

# AI S

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

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

Volumen 3

Número 2

Diciembre 2015

eISSN: 2340-5155

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



Ediciones Universidad  
**Salamanca**



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AIIS

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

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

---

Volumen 3 | Número 2 | Diciembre 2015 | eISSN: 2340-5155  
<http://revistas.usal.es/index.php/ais/>

### EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

#### Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

#### Secretario

Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo de Redacción

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

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

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

Agustín Enrique FERRARO CIBELLI (Universidad de Salamanca, España)

Enrique GACTO FERNÁNDEZ (Universidad de Murcia, España)

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

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

Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)

Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia

Antonia DURÁN AYAGO (Universidad de Salamanca, España)

#### Consejo Científico

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

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

Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)

Marta DEL POZO PÉREZ (Universidad de Salamanca, España)

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

Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)

Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)

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

Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)

Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)

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

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

Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)

Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)

Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)

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

Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)

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



Ediciones Universidad  
**Salamanca**

# AI S

---

## ARS IURIS SALMANTICENSIS

---

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

---

Volumen 3

Número 2

Diciembre 2015

eISSN: 2340-5155

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

### SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Revista *Ars Iuris Salmanticensis* (AIS)

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

### Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (Director)

Dr. Juan Pablo APARICIO VAQUERO (Secretario)

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

Teléfono: +34 923 29 44 41

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### NORMAS PARA AUTORES/AS

Diseño de cubierta: Fernando Benito e Intergraf

Maquetación: Intergraf

Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla





## ÍNDICE

---

### TRIBUNA DE ACTUALIDAD

---

1. Informe «La nueva regulación del matrimonio en forma religiosa por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 03-07-2015)», por el Grupo de Trabajo sobre la Regulación Jurídica del Matrimonio Religioso ..... 11-18
2. Principales novedades legislativas introducidas con motivo de la promulgación de la nueva Ley de Patentes española, por *Miriam Martínez Pérez*..... 19-31
3. La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva, por *Ignacio Moralejo Menéndez* ..... 33-46
4. Música, improvisación y democracia, por *Daniel García Diego* ..... 47-52

---

### ESTUDIOS

---

1. Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad, por *José María Lago Montero* ..... 55-73
2. La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el Derecho Privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos, por *Héctor Augusto Campos García* ..... 75-108

3. La libre navegación de los buques de guerra en el mar territorial y su regulación a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, por <i>Leopoldo M. A. Godío y Julián M. Rosenthal</i> .....	109-131
4. El trabajo de menores artistas, científicos, deportistas, etc., por <i>Aníbal Guzmán Ávalos</i> .....	133-150
5. La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico, por <i>Vanessa Jiménez Serranía</i> .....	151-174

---

### **CRÓNICA DE LEGISLACIÓN**

(ENERO-JUNIO 2015)

Derecho Administrativo.....	180-202
Derecho Civil .....	203-216
Derecho Constitucional .....	217-218
Derecho Financiero y Tributario .....	219-222
Derecho Internacional Privado .....	223-227
Derecho Internacional Público .....	228-230
Derecho Mercantil .....	231-277
Derecho Procesal .....	278-292

---

### **RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA**

(ENERO-JUNIO 2015)

Derecho Administrativo.....	297-302
Derecho Civil .....	303-308
Derecho Constitucional .....	309-313
Derecho Financiero y Tributario .....	314-318
Derecho Mercantil .....	319-321
Derecho Procesal .....	322-324
Trabajo y Seguridad Social .....	325-332



## TABLE OF CONTENTS

---

### CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

---

1. Report on «The new regulation of marriage in religious form by Law 15/2015, of July 2nd, of Voluntary Jurisdiction (BOE 03-07-2015)», by the *Working group on the legal regulation of religious marriage*..... 11-18
2. Main legislative developments introduced under the promulgation of the new Spanish Patent Act, by *Miriam Martínez Pérez* ..... 19-31
3. The exemption from liability for individual’s remaining debts in the Spanish Law. Provisional exemption, payment plan and final exemption, by *Ignacio Moralejo Menéndez*..... 33-46
4. Music, improvisation and democracy, by *Daniel García Diego* ..... 47-52

---

### ARTICLES

---

1. Aggressive tax planning, BEPS and Litigation, by *José María Lago Montero* ..... 55-73
2. The civil liability for harmful lawful acts in Private Law: brief reflections from a comparative law perspective of a main South American and European legal systems, by *Héctor Augusto Campos García*..... 75-108
3. The freedom of navigation of warships in the territorial sea and its regulation from the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, by *Leopoldo M. A. Godio and Julián M. Rosenthal*..... 109-131

4. Child labour in science, arts, sports, etc., by <i>Aníbal Guzmán Ávalos</i> .....	133-150
5. The Directive 2014/104/UE on Antitrust Damages Actions: A critical review, by <i>Vanessa Jiménez Serranía</i> .....	151-174

---

**LAW REVIEW**

(JANUARY-JUNE 2015)

Administrative Law .....	180-202
Civil Law .....	203-216
Constitutional Law .....	217-218
Tax Law .....	219-222
International Private Law.....	223-227
International Public Law.....	228-230
Commercial Law .....	231-277
Procedural Law .....	278-292

---

**CASE LAW**

(JANUARY-JUNE 2015)

Administrative Law .....	297-302
Civil Law .....	303-308
Constitutional Law .....	309-313
Tax Law .....	314-318
Commercial Law .....	319-321
Procedural Law .....	322-324
Labour Law .....	325-332



**—— TRIBUNA DE ACTUALIDAD ——**



# Informe «La nueva regulación del matrimonio en forma religiosa por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 03-07-2015)»

*Report on «The new regulation of marriage in religious form by Law 15/2015, of July 2nd, of Voluntary Jurisdiction (BOE 03-07-2015)»*

**Grupo de Trabajo sobre la Regulación Jurídica del Matrimonio Religioso, designado por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa**

**Ricardo García García**

Subdirector General de Relaciones con las Confesiones

**Carmen Nieto Muñoz-Casillas**

Secretaria técnica de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa

**María Elena Olmos Ortega**

**Lourdes Ruano Espina**

Catedráticas de Derecho Eclesiástico del Estado y vocales de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa

**Alfredo García-Gárate**

**Manuel Alenda Salinas**

Catedráticos de Derecho Eclesiástico del Estado

Fecha de recepción: 22 de julio de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

*Ricardo García, Carmen Nieto, María Elena Olmos, Lourdes Ruano, Alfredo García-Gárate y Manuel Alenda*  
Informe «La nueva regulación del matrimonio en forma religiosa por la Ley 15/2015...

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 3, diciembre 2015, 11-18  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

# «LA NUEVA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN FORMA RELIGIOSA POR LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (BOE 03-07-2015)»

## 1. ENTRADA EN VIGOR

Con carácter general la Ley de la Jurisdicción Voluntaria entra en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* de 3 de julio. Por tanto, *entra en vigor el día 23 de julio de 2015*.

Sin embargo, *algunas normas* relativas a la regulación del matrimonio en forma religiosa *entrarán en vigor el 30 de junio de 2017*, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final vigésima primera de la Ley.

## 2. MATRIMONIO CELEBRADO SEGÚN LAS NORMAS DEL DERECHO CANÓNICO O EN CUALQUIERA DE OTRAS FORMAS RELIGIOSAS PREVISTAS EN LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Estos matrimonios producen efectos civiles, según establece el *apartado primero del artículo 60 del Código Civil* (vigente desde el día 23 de julio de 2015).

La regulación del matrimonio aprobada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria conlleva la modificación del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), aprobado por la Ley 24/1992, de 10 de noviembre; la del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España (FCJE), aprobado por la Ley 25/1992, de 10 de noviembre; y la del artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (CIE), aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre. Estas modificaciones, contenidas respectivamente en las disposiciones finales quinta, sexta y séptima, *entrarán en vigor el 30 de junio de 2017*.

Hasta la entrada en vigor de estas disposiciones finales:

- A los matrimonios religiosos evangélico y judío les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la FEREDE y la FCJE respectivamente, salvo el *apartado 5 del artículo 7 en la redacción dada por la Disposición transitoria quinta* de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (*vigente desde el día 23 de julio de 2015*), que establece que

una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente previo que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

- Al matrimonio religioso islámico le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la CIE, salvo el *apartado 3 del artículo 7 en la redacción dada por la Disposición transitoria quinta* de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (*vigente desde el día 23 de julio de 2015*), que establece que

una vez celebrado el matrimonio, el representante de la Comunidad Islámica en que se hubiera contraído aquel extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de las circunstancias del expediente que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante<sup>1</sup> de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 3, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo de la Comunidad.

1. Pendiente de que se publique una corrección de errores de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, donde dice «certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios» debe decir «certificación acreditativa de la capacidad del Imán o dirigente religioso de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios».

### 3. MATRIMONIO CELEBRADO EN LA FORMA RELIGIOSA PREVISTA POR LAS IGLESIAS, CONFESIONES, COMUNIDADES RELIGIOSAS O FEDERACIONES DE LAS MISMAS QUE, INSCRITAS EN EL REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS, HAYAN OBTENIDO EL RECONOCIMIENTO DE NOTORIO ARRAIGO EN ESPAÑA

Igualmente, se reconocen efectos civiles a estos matrimonios, según establece el apartado segundo del artículo 60 del Código Civil (vigente desde el día 23 de julio de 2015).

En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.
- b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento.

Por lo que respecta a la normativa del Registro Civil, hay que tener en cuenta que los artículos 58 y 58 bis de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, entran en vigor el 30 de junio de 2017.

Ahora bien, para la plena eficacia de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 60 del Código Civil, establece la *Disposición transitoria quinta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria* (vigente desde el día 23 de julio de 2015) que estos matrimonios

requerirán la resolución previa de capacidad matrimonial. Cumplido este trámite, el Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que haya intervenido expedirá dos copias de la resolución que incluirá, en todo caso, certificación acreditativa del juicio de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio. El consentimiento deberá prestarse ante un ministro de culto y dos testigos mayores de edad. En estos casos, el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición del certificado de capacidad matrimonial.

A estos efectos se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio

arraigo en España con la conformidad de la Federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento.

Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

Esta nueva regulación puede plantear las siguientes cuestiones:

### 1.º ¿Quiénes pueden celebrar matrimonios en forma religiosa con efectos civiles?

- La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones).
- Los Testigos de Jehová.
- Las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España.
- Las Iglesias Ortodoxas.

### 2.º ¿A partir de qué fecha se pueden celebrar estos matrimonios en forma religiosa con efectos civiles?

Desde el día 23 de julio de 2015.

### 3.º ¿Se necesita el expediente previo de capacidad de matrimonial?

Sí.

Desde el 23 de julio de 2015 será tramitado por el Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular.

Y desde el 30 de junio de 2017, cuando entre en vigor el artículo 58 de la Ley 20/2011, de 22 de julio, del Registro Civil, la celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes

para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del acta competará al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario judicial o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes.

#### 4.º ¿En qué consiste este expediente previo de capacidad matrimonial?

Quienes deseen contraer matrimonio han de acreditar previamente en este expediente que reúnen los requisitos de capacidad necesarios para poderlo contraer. A grandes rasgos, se requiere:

- Solicitud previa de los interesados.
- Su ratificación posterior.
- Publicación de edictos y proclamas con el requerimiento a los que tuvieran noticia de algún impedimento para que lo denuncien.
- El trámite anterior se sustituirá por el de audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente cuando ambos hayan residido o hubieren estado domiciliados durante los dos últimos años en poblaciones de más de 25.000 habitantes de derecho, o que correspondan a la circunscripción de un Consulado español con más de 25.000 personas en el Registro de Matrícula.
- Terminación mediante resolución del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que haya intervenido. Se han de expedir dos copias de la resolución que incluirá, en todo caso, certificación acreditativa del juicio de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

#### 5.º ¿Dentro de qué plazo puede celebrarse este matrimonio?

El consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición del certificado de capacidad matrimonial.

#### 6.º ¿Cómo se ha de celebrar el matrimonio?

Se ha de celebrar en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.



Y el consentimiento ha de prestarse ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

## 7.º ¿Quién se considera ministro de culto?

La libertad religiosa garantizada por la Constitución comprende el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a designar y formar a sus ministros de culto (artículo 2.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa).

A estos efectos se considera ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España con la conformidad de la Federación que, en su caso, hubiera solicitado dicho reconocimiento.

Por tanto, podrán celebrar estos matrimonios en forma religiosa con efectos civiles quienes dedicándose, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa sean acreditados mediante certificación expedida por los representantes legales de:

- La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (Mormones).
- Los Testigos de Jehová.
- Las Comunidades Budistas que forman parte de la Federación de Comunidades Budistas de España (FCBE). Las certificaciones de estas comunidades necesitan la conformidad de la FCBE.
- Las Iglesias Ortodoxas. Cada Iglesia Ortodoxa debidamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas tiene capacidad para certificar, sin que sea necesaria la conformidad de la Asamblea de Iglesias Ortodoxas de España y Portugal.

## 8.º ¿Deben constar en el Registro de Entidades Religiosas estos ministros de culto?

El Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas (pendiente de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*), establece en su artículo 18 que «las entidades religiosas inscritas podrán anotar en el Registro de Entidades Religiosas a sus ministros de culto que ostenten residencia legal en España. En todo caso, deberán anotarse aquellos ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles».

Por tanto, cuando entre en vigor este Real Decreto, deberá anotarse en el Registro de Entidades Religiosas a los ministros de culto que celebren matrimonios en forma religiosa con efectos civiles.

Ahora bien, el matrimonio será válido aunque el ministro de culto no esté anotado en el RER, ya que este requisito no viene exigido en el Código Civil ni en la Ley de Registro Civil.

## 9.º Trámites posteriores a la celebración del matrimonio a realizar por el ministro de culto

Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido.

Esta certificación la remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. (Mientras no se apruebe ese reglamento, se presentarán los expedientes matrimoniales mediante comparecencia ante el Registro Civil).

Igualmente extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto.

# Principales novedades legislativas introducidas con motivo de la promulgación de la nueva Ley de Patentes española

*Main legislative developments introduced under  
the promulgation of the new Spanish Patent Act*

**Miriam Martínez Pérez**

Doctoranda del Área de Derecho Mercantil  
Universidad de Santiago de Compostela (USC)  
[miriam.martinez@usc.es](mailto:miriam.martinez@usc.es)

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

## 1. PRELIMINAR

El pasado veinticinco de julio de 2015, se publicaba en el *Boletín Oficial del Estado* la nueva Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, que viene a sustituir a la actual regulación española en materia de patentes establecida por la vigente Ley de Patentes del año 1986. En su día, la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes supuso la reforma completa del sistema de patentes español, como consecuencia del ingreso de España en la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la adhesión de España al Convenio

sobre concesión de la Patente Europea, hecho en Múnich el 5 de octubre de 1973; hechos que tuvieron lugar en el año 1986.

Tal y como establece el Preámbulo de la nueva Ley de Patentes del año 2015 –en lo sucesivo, LP 2015–, la solidez y la flexibilidad de la LP de 1986 ha permitido, a lo largo de sus tres décadas de vigencia, «combinar la estabilidad de su marco regulador con los cambios necesarios para acomodarlo puntualmente a la evolución comunitaria e internacional de este sector del ordenamiento, sin que fuera necesaria una nueva Ley, bastando con reformas parciales de su articulado».

No obstante, las actuales exigencias del nuevo contexto socioeconómico han propiciado la necesidad de la promulgación de una nueva Ley de Patentes. En este sentido, la reforma operada por la LP 2015 pretende adecuar el marco legal a las necesidades actuales y, principalmente, facilitar la obtención rápida de derechos exclusivos de patente sólidos para los innovadores españoles. La revisión general de la que adolecía el sistema de patentes español imprimió la necesidad de promulgar un nuevo texto legal que permitiese mantener la estructura del anterior marco regulador y que, al mismo tiempo, sirviese para incorporar las nuevas modificaciones, otorgando, así, mayor coherencia y claridad al conjunto de la regulación en materia de patentes.

En este contexto, surge la LP 2015, a través de la cual se introducen modificaciones significativas en el Derecho de patentes español y que serán objeto de análisis a continuación. Téngase en cuenta que, a pesar de haberse publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, la LP 2015 establece en su Disposición Final novena una amplia *vacatio legis*, por lo que el citado texto no será de aplicación hasta su entrada en vigor el 1 de abril de 2017.

## 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA NUEVA LEY DE PATENTES

### 2.1. *Panorámica general*

La aprobación de la Ley de Patentes del año 1986, a raíz de la entrada de España en la Comunidad Económica Europea y la adhesión del Convenio sobre concesión de patentes europeas en ese mismo año, supuso una importante reforma del sistema de patentes. A lo largo de los treinta años de vigencia de la LP ha sido necesaria la adopción de diversas reformas parciales a través de las cuales se actualizaron las disposiciones contenidas en la LP. Ejemplo de ello fueron la promulgación de la Ley 10/2002, de 29 de abril, por la que se incorporaba al Derecho español la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, y la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y

se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios; entre otras modificaciones menores.

Pese a la actualización progresiva de la LP de 1986, la realidad del sistema de patentes español ha sufrido muchos cambios desde el año 1986. Con ello, empezaba a acuciar la necesidad de reformar de forma general el contenido de la legislación en materia de patentes. Entre estos cambios, en el plano internacional, destaca el desplazamiento desde los procedimientos de concesión de patentes nacionales a los internacionales por parte de los solicitantes de patentes, así como el crecimiento del número de patentes que se tramitan por estos últimos –la mayor parte de las patentes con efectos en España se tramitan por la Oficina Europea de Patentes (OEP)–.

Otro factor que indujo significativamente al cambio fue la integración de la propiedad industrial en el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC). Mediante las disposiciones en materia de propiedad industrial contenidas en el ADPIC, la innovación se erigía, así, como soporte del comercio internacional en una economía de mercado cada vez más globalizada.

Cabe recordar también, a este respecto, los desarrollos legislativos en materia de patentes en el ámbito de la Unión Europea, en relación con la creación de los certificados complementarios de protección para los medicamentos y para los productos fitosanitarios (CCPS). En concreto, el Reglamento (CE) n.º 469/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos [DOUE n.º L 152/1, de 16 de junio de 2009], y el Reglamento (CE) n.º 1610/96, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios [DOUE n.º L 198/30, de 8 de agosto de 1996].

La necesidad de adecuar la normativa española en materia de patentes a la nueva realidad internacional y europea se puso de manifiesto entre los objetivos marcados por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. En ellas se impulsaba a simplificar y agilizar la innovación a través de la concesión de derechos exclusivos de patente fuertes, así como a dotar al sistema de patentes de un mayor grado de seguridad jurídica.

En este marco, comenzaron los trabajos preparatorios para elaborar un borrador de un nuevo texto normativo en materia de patentes, el cual, una vez finalizada su preceptiva tramitación, vendría a sustituir al régimen establecido en la Ley de Patentes de 1986.

## 2.2. El Anteproyecto de la Ley de Patentes del 2015

En octubre del año 2013, el Gobierno daba a conocer un nuevo texto normativo que llevaba por título Borrador de Anteproyecto de la Ley de Patentes. Posteriormente, el 11 de abril de 2014, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley de Patentes –en lo sucesivo, ALP–. Previamente, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo había encargado a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) la elaboración de un informe en el que se analizaran las implicaciones del ALP desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados, en aras de ponderar y poner de manifiesto la constante tensión entre el grado de libre competencia necesario y el estímulo de la innovación a través de la concesión de patentes.

De este modo, el Informe de la CNMC contribuía a arrojar luz y a alcanzar el equilibrio deseado, valorando las novedades legislativas que introducía el ALP. Concretamente, el texto abogaba por la protección y fortalecimiento de la innovación en España, ofreciendo a los solicitantes de patentes una alternativa sólida, rápida y eficaz para proteger sus innovaciones mediante patentes, eliminando las desventajas competitivas frente a las patentes concedidas por otras vías como la europea. En consecuencia, el objetivo fundamental radicaba en el fortalecimiento del sistema de patentes, a fin de evitar la concesión de monopolios legales injustificados restrictivos de la libre competencia.

En términos generales, las modificaciones introducidas por el ALP pasarían a consolidarse con la posterior promulgación de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

## 3. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 24/2015, DE 24 DE JULIO DE PATENTES

### 3.1. Estructura de la LP 2015

En lo esencial, la estructura de la nueva LP 2015 no difiere demasiado del esquema de la LP de 1986. Principalmente, se centra en introducir nuevos objetivos con los que se busca simplificar y agilizar la protección de la innovación mediante la concesión de patentes y modelos de utilidad. Se pretende, además, reforzar la seguridad jurídica a través del establecimiento de un sistema de concesión de patentes con examen previo de forma generalizada. Se elimina, por lo tanto, el sistema dual que actualmente se recoge en la LP de 1986.

La LP 2015 mantiene la estructura de la LP vigente. La nueva Ley consta de dieciséis títulos, ciento ochenta y seis artículos, diez disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, nueve disposiciones finales y un anexo relativo a las tasas y exacciones parafiscales unificadas a que se refiere el artículo

décimo de la Ley 17/1975, de 2 de mayo, sobre creación del organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial», aplicadas a servicios, prestaciones y actividades del Registro de la Propiedad Industrial derivados de la nueva Ley de Patentes.

El Título I contiene las «Disposiciones preliminares» (arts. 1 a 3). En ellos se establece que el objeto de la Ley es la regulación de la concesión de patentes de invención, modelos de utilidad y certificados complementarios de protección de productos farmacéuticos y fitosanitarios (art. 1).

El Título II lleva por rúbrica «Patentabilidad» (arts. 4 a 9) y se refiere a los requisitos para la obtención de una patente: materia patentable, excepciones a la patentabilidad y requisitos de patentabilidad. La novedad se introduce en este título mediante la supresión del período de gracia para divulgaciones causadas por el solicitante o su causante que no impliquen explotación u ofrecimiento comercial del invento (confróntese el art. 7 de la LP de 1986).

El Título III es el relativo al «Derecho a la patente y designación del inventor» (arts. 10 a 14). No presenta diferencias en cuanto a la regulación de la vigente LP, estableciendo que el derecho de la patente pertenece a su inventor o a sus causahabientes. Regula también los mecanismos para que el inventor pueda reivindicar la patente y reconoce el derecho de éste a ser mencionado en la patente.

El Título IV hace referencia a las «Invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios», esto es, las invenciones laborales (arts. 15 a 21). La regulación contenida en este título no dista demasiado de la legislación vigente. Simplemente, se busca la simplificación y aclaración del régimen jurídico de este tipo de invenciones.

El Título V regula uno de los pilares fundamentales de la reforma, pues se refiere a la «Solicitud y procedimiento de concesión» (arts. 22 a 57). Tal y como se analizará más en profundidad en apartados sucesivos, el régimen de concesión de patentes establecido en la LP 2015 se aparta del actual régimen opcional dualista de la vigente LP, que permite la elección entre el procedimiento general de concesión o el procedimiento de concesión con examen previo. La nueva Ley de Patentes generaliza el procedimiento de concesión con examen previo como única vía para el otorgamiento de derechos exclusivos de patente (confróntese los arts. 30 a 40 de la LP de 1986).

El Título VI se refiere a los «Efectos de la patente y de la solicitud de patente» (arts. 58 a 69). Establece la duración de veinte años de la patente improrrogables desde la fecha de la solicitud. Del mismo modo, se establece el contenido del derecho de exclusiva, esto es, el *ius prohibendi* del que goza el titular para impedir tanto la explotación directa como indirecta de la invención patentada a terceros no autorizados. Se establecen además los límites al derecho de patentes y el alcance de la protección conferida tanto por el derecho de patente como por la solicitud de patente.

El Título VII se encarga de las «Acciones por violación del derecho de patente» (arts. 70 a 78). Recoge el elenco de acciones de las que goza el titular de la patente,

se establecen los presupuestos para la indemnización de daños y perjuicios y los parámetros para el cálculo de la misma y se fija un plazo de cinco años para la prescripción de dichas acciones.

El Título VIII lleva por rúbrica «La solicitud de patente y la patente como objetos de derecho de propiedad» (arts. 79 a 89). Al igual que en la LP de 1986, este título establece el régimen jurídico de explotación de la patente en régimen de cotitularidad, así como las condiciones para su expropiación. Asimismo, regula la transmisión del derecho y el régimen de las licencias contractuales. Y establece, además, el régimen jurídico para el otorgamiento de las licencias de pleno derecho.

El Título IX lleva por título «Obligación de explotar y licencias obligatorias» (arts. 90 a 101). La regulación contenida en este Título comienza por establecer la obligación de explotar la invención patentada y continúa estableciendo el régimen de concesión de licencias obligatorias. La nueva Ley de Patentes del año 2015 introduce en este título otra de las grandes novedades de esta nueva Ley: la simplificación de las denominadas licencias obligatorias, aquellas que, por razones de interés público, el titular de la patente debe otorgar en todo caso para evitar que la invención patentada quede sin explotar. Introduce, además, dos nuevos supuestos en los que puede tener cabida la concesión de licencias obligatorias, como se analizará en apartados sucesivos.

El Título X regula las causas de extinción del derecho de patente y lleva por rúbrica «Nulidad, revocación y caducidad de la patente» (arts. 102 a 110).

Por su parte, el Título XI se dedica a las «Patentes de interés para la defensa nacional» (arts. 111 a 115). Establece el régimen de secreto para todas las patentes que tengan por objeto invenciones realizadas en España que puedan resultar de interés para la defensa nacional. Con ello, se establece un cambio de rúbrica del título que en la legislación vigente aparece como «Patentes secretas» regulado en el Título XII de la LP de 1986.

El Título XII contiene las normas sobre «Jurisdicción y normas procesales» (arts. 116 a 136). De entre las novedades de este título cabe destacar la del cambio de régimen jurídico en materia de conciliación ante la OEPM en relación con las invenciones laborales, como trámite previo al ejercicio de acciones relativas a invenciones realizadas en el marco de una relación laboral. Mientras que en la LP vigente configura la conciliación como un trámite preceptivo, en la LP de 2015 propuesto, pasa a ser voluntaria (art. 133 LP 2015). En el mismo Capítulo IV, del presente Título XII, relativo a la solución extrajudicial de controversias, se introducen como novedad el arbitraje y la mediación como alternativas extrajudiciales a la resolución de conflictos surgidos en relación con el ejercicio de los derechos exclusivos regulados por la nueva Ley de Patentes (art. 136 LP 2015).

El Título XIII se dedica a regular «Modelos de utilidad» (arts. 137 a 150). El título introduce importantes cambios respecto de la LP de 1986 actualmente vigente en



relación con la exigencia de novedad, como se explicará más adelante. Cabe destacar, además, que el procedimiento de concesión de los modelos de utilidad difiere con respecto al establecido para las patentes; si, en este último caso, las solicitudes de patentes pasan por el procedimiento con examen previo, en el caso de los modelos de utilidad no hay examen previo, optando por el llamamiento a la oposición por parte de los terceros.

El Título XIV se dedica a la «Aplicación de los convenios internacionales» (arts. 151 a 174). Mediante las previsiones contenidas en el articulado de este Título, se integran en la legislación de patentes varias normas relativas a la aplicación en España de los convenios internacionales que rigen en nuestro país.

El Título XV se denomina «Representación ante la Oficina Española de Patentes y Marcas» (arts. 175 a 181). En ellos se establecen las condiciones de ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Industrial, así como los requisitos necesarios de acceso a la misma.

El Título XVI se refiere a «Tasas y anualidades» (arts. 182 a 186), cuya cuantía se determinará a través de la leyes de aprobación de los Presupuestos Generales del Estado.

Y, finalmente, la LP se completa con diez disposiciones adicionales –relativas a procedimientos administrativos y judiciales en materia de propiedad industrial–; seis disposiciones transitorias; una disposición derogatoria única; nueve disposiciones finales; y un Anexo, relativo a las tasas y exenciones parafiscales.

## 3.2. Principales modificaciones introducidas por la LP 2015

### 3.2.1. Generalización del procedimiento de concesión con examen previo

Uno de los ejes fundamentales de la reforma introducida por la nueva Ley de Patentes del año 2015 lo constituye la modificación realizada en relación con los procedimientos de concesión de patentes, que actualmente se regulan en el Título V de la LP de 1986 –regula un procedimiento general de concesión y un procedimiento de concesión con examen previo–. El sistema de concesión establecido en la nueva LP de 2015 se aparta del régimen opcional previsto por la legislación vigente, adoptando el procedimiento con examen previo como único sistema posible para la concesión de patentes.

Como acertadamente aclara el propio Preámbulo de la LP 2015, la elección «a la carta» del modelo de procedimiento para la concesión de la patente está más basado en las preferencias de los usuarios que en el incentivo de la innovación. Este sistema acaba por trasladar a los competidores y a los tribunales el coste y la carga de anular patentes que nunca debieron ser concedidas. Ello propicia «la presencia de burbujas

tecnológicas y falseamientos de la competencia basados en títulos cuya presunción de validez solo puede ser destruida en vía jurisdiccional» (véase el texto del Considerando III del Anteproyecto de la Ley de Patentes de 2015). El sistema opcional supone además, a modo de ver del legislador, una incorrecta asignación de los recursos públicos dedicados a la protección legal de la innovación en España, pues la OEPM ha de dedicar parte de esos medios económicos a la tramitación de solicitudes de baja calidad y al cumplimiento de las formalidades procedimentales, con independencia de que posteriormente dichas solicitudes incluso puedan ser abandonadas por sus titulares (véase el Considerando III del ALP).

La valoración de esta modificación legislativa por la que se generaliza el procedimiento de concesión con examen previo como único procedimiento posible para el otorgamiento de patentes ha de ser positiva. La reforma introducida por la nueva Ley de Patentes coadyuvará a poner fin a la coexistencia de patentes «fuertes» –aquellas que han sido concedidas sin examen previo– y de patentes «débiles» –patentes que sí han superado el examen previo–. La LP vigente permite que un solicitante, a la vista de un IET desfavorable, obtenga la concesión de una patente eludiendo dicho examen por la vía del procedimiento de concesión sin examen previo. Ciertamente, la patente estaría viciada de nulidad, pues no se ha acreditado que la invención sea nueva y que posea actividad inventiva. Pero teniendo en cuenta que la patente ha sido concedida, el titular podría ejercitar acciones de cesación e indemnización contra cualquier tercero que vulnere su derecho. Es por ello que la única vía para impedir que dicha patente débil produzca efectos es mediante la declaración de nulidad de la misma. Para ello, es preciso que el tercero interesado interponga ante los tribunales una acción de nulidad. Como consecuencia, a pesar de que la patente pueda declararse nula, se traslada al competidor la carga económica y administrativa de impugnar derechos exclusivos que nunca debieron ser concedidos, pues no cumplen con los requisitos de patentabilidad. Es por esta razón por la que se considera que las patentes débiles constituyen monopolios legales injustificados restrictivos de la libre competencia. En este sentido, la generalización del procedimiento con examen previo de la LP 2015 contribuye a erradicar la presencia de dichos monopolios legales injustificados (véase, en este sentido, el Informe emitido por la CNMC sobre el Anteproyecto de la Ley de Patentes).

Asimismo, dentro del propio modelo de concesión con examen previo también se introducen modificaciones buscando un modelo más flexible y mejorado. En primer lugar, se elimina el trámite de continuación de procedimiento, que anteriormente se suspendía hasta que el solicitante pedía el informe sobre el estado de la técnica (IET) en un plazo de 15 meses. Con la nueva regulación, la tasa para la realización del IET deberá abonarse con la presentación de la solicitud, realizándose éste inmediatamente para todas las solicitudes no incurso en causas de exclusión o prohibiciones de patentar (art. 36 LP 2015). En segundo lugar, destaca como novedad, siguiendo el Derecho comparado, la sustitución de las oposiciones previas por un sistema de oposición posconcesión, en aras de

acelerar el procedimiento de concesión. No obstante, se mantienen las oposiciones de terceros, que, sin interrumpir el procedimiento, podrán presentarse una vez publicada la solicitud. La introducción del sistema de oposición posconcesión obliga a modificar el régimen de recursos administrativos contra la concesión de la patente. Los recursos podrán presentarse contra quienes hayan sido parte en el procedimiento de oposición e irán dirigidos contra la resolución de la invención patentada (art. 43 LP 2015).

### 3.2.2. Introducción expresa de los CCPs como título de protección

Otra de las novedades introducidas por la nueva Ley de Patentes es la inclusión expresa de los Certificados Complementarios de Protección (CCPs) entre los títulos de protección de la Ley –se regulan en el Capítulo IV del Título V–. Como es bien sabido, se trata de títulos de propiedad industrial que extienden por un plazo de cinco años la protección otorgada por una patente sobre un producto farmacéutico o fitosanitario. El objetivo de estos títulos de protección es el de compensar la mayor dilación de tiempo que se produce respecto de este tipo de productos desde que se concede la patente hasta que se autoriza la comercialización de los mismos en el mercado, de ahí su condición de título accesorio, en la medida en que su condición presupone la existencia de una patente de base.

Los CCPs de medicamentos y de productos fitosanitarios se rigen respectivamente por el Reglamento (CE) n.º 469/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos y el Reglamento (CE) n.º 1610/96, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios. La nueva LP solamente regula aspectos relacionados con el procedimiento de concesión en los artículos 45 a 47.

### 3.2.3. Simplificación y ampliación del régimen jurídico de las licencias obligatorias

Otra de las novedades destacables de la regulación contenida en la nueva Ley de Patentes es la simplificación del régimen jurídico de las licencias obligatorias. Se regulan en el Título IX, cuyo primer artículo se dedica a la obligación de explotar la invención patentada, concretamente en el artículo 90. Se introduce una novedad en este precepto, en su apartado tercero, en el que se dispone expresamente que la prueba de que la invención está siendo explotada corresponde al titular de la patente.

El artículo 91 especifica cinco supuestos en los que tendría cabida la concesión de licencias obligatorias, variando la actual regulación de la LP contenida en el artículo 86 de la legislación vigente. Dispone el artículo 91 que se procederá a la concesión de una licencia obligatoria ante:

- a) la falta o insuficiencia de la explotación de la invención patentada;
- b) la dependencia de patentes;
- c) la necesidad de poner término a prácticas que una decisión administrativa o jurisdiccional firme haya declarado contrarias a la legislación nacional o comunitaria de defensa de la competencia;
- d) la existencia de motivos de interés público para su concesión; y, se introduce una nueva causa
- e) la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación en aplicación del Reglamento (CE) n.º 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006 –en sustitución de la causa contenida en el artículo 86 b) de la vigente LP–.

A continuación, como novedad en las disposiciones contenidas en la LP 2015, los artículos 92 a 96, ambos incluidos, se dedican a la regulación concreta de cada una de las causas concretas que dan lugar a la concesión de licencias obligatorias.

Así, el artículo 92 LP 2015 se refiere a las «Licencias obligatorias por falta o insuficiencia de explotación». Se establece la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar la concesión obligatoria si en el momento de la solicitud no se ha iniciado la explotación o cuando se haya interrumpido durante más de un año, una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 90 LP 2015. Asimismo, se establecen una serie de causas legítimas que justificarían la no explotación de la invención patentada: las dificultades objetivas de carácter técnico-legal, ajenas a la voluntad y a las circunstancias del titular de la patente, que hagan imposible la explotación del invento o que impidan que esa explotación sea mayor de lo que es.

Por su parte, el artículo 93 LP 2015 regula los supuestos de concesión de «Licencias obligatorias por dependencia». El precepto regula la concesión de licencias obligatorias para los casos en los que no sea posible explotar la invención protegida por una patente –u obtención vegetal– sin menoscabo de los derechos conferidos por una patente o por un derecho de obtención vegetal anterior, el titular del derecho posterior podrá solicitar una licencia obligatoria, para la explotación de la patente u obtención vegetal anterior, mediante el pago de un canon adecuado.

El artículo 94 LP 2015 regula los supuestos de concesión de «Licencias obligatorias para poner remedio a prácticas anticompetitivas». Esta previsión no se recogía en el ALP. Finalmente, la LP de 2015 ha optado por introducir este supuesto para aquellos casos en los que una práctica restrictiva de la competencia deba ser corregida mediante la imposición de licencias obligatorias. Para ello será preceptiva una resolución administrativa o jurisdiccional firme que haya declarado la violación del derecho de la competencia por parte del titular de la patente, la cual se comunicará a la OEPM por parte de la CNMC o por el Juez o Tribunal que la haya emitido.

El artículo 95 LP 2015 hace referencia a las «Licencias obligatorias por motivos de interés público». Dispone que el Gobierno podrá someter en cualquier momento una

solicitud de patente o una patente ya otorgada a la concesión de licencias obligatorias cuando se considere que existen motivos de interés público para ello. Se considerará que existen motivos de interés público cuando:

- a) la iniciación, el incremento o la generalización de la explotación del invento, o la mejora de las condiciones en las que la explotación se realiza, sean de primordial importancia para la salud pública o para la defensa nacional;
- b) la falta de explotación o la insuficiencia en la calidad o en la cantidad de la explotación realizada ocasione graves perjuicios para el desarrollo económico o tecnológico del país, y
- c) las necesidades de abastecimiento nacional así lo exijan.

Y, por último, el artículo 96 se refiere a las «Licencias obligatorias para la fabricación de medicamentos destinados a países con problemas de salud pública». A grandes rasgos, dispone que el régimen jurídico de este tipo de licencias obligatorias se regirá conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativo a la concesión de Licencias Obligatorias sobre Patentes para la fabricación de productos farmacéuticos destinados a la exportación a países con problemas de salud pública.

Establecida la regulación específica para cada uno de los supuestos concretos en los que cabe la concesión de licencias obligatorias, el Título IX de la LP 2015, en los Capítulos posteriores, hace mención al procedimiento de concesión de dichas licencias obligatorias y al régimen jurídico de éstas.

### 3.2.4. Simplificación del régimen jurídico de las invenciones laborales

En realidad, no varía en lo esencial la regulación contenida en la LP de 1986 en referencia a las invenciones realizadas dentro del marco de una relación de empleo o de servicios en cuanto a la atribución de titularidad. Únicamente, la reforma se centra en aclarar el régimen jurídico de las invenciones laborales, dotando al sistema de un mayor grado de seguridad jurídica y simplificando el procedimiento.

De este modo, la nueva Ley comienza por establecer tres supuestos distintos de atribución de la titularidad de este tipo de invenciones:

- a) las invenciones pertenecientes al empresario (art. 15 LP 2015) –invenciones de servicio, aquellas que forman parte del objeto del contrato o relación de servicios–;
- b) las invenciones pertenecientes al empleado o prestador de servicios (art. 16 LP 2015) –invenciones libres–;

- c) las invenciones asumibles por el empresario (art. 17 LP 2015) –invenciones de explotación, aquellas que exceden del objeto de la relación laboral, pero en cuya obtención han influido predominantemente conocimientos adquiridos dentro de la empresa o la utilización de medios proporcionados por ésta–.

No obstante, respecto de la atribución de titularidad, la nueva Ley solamente precisa algunas cuestiones relativas al ejercicio de derechos en el caso de las invenciones de explotación, buscando un mayor equilibrio entre el deber de información del empleado y el de ejecución del compromiso asumido, en su caso, por el empresario.

Por otra parte, se sustituye la presunción fuerte o *de iure* que actualmente permite al empresario reclamar la titularidad de las invenciones cuya patente se solicite dentro del año siguiente a la extinción del contrato por el que se regía la relación laboral (confróntese con el actual art. 19.1 LP de 1986). En este sentido, se introduce un cambio legislativo sustituyendo la presunción por un sistema de carga de la prueba en contrario, mediante el cual podrá probarse que las invenciones no fueron realizadas durante la vigencia de la relación contractual (art. 19 LP 2015).

En lo que se refiere a las invenciones realizadas por el personal investigador al servicio de las Universidades Públicas y otros organismos públicos de investigación, el ALP ha procurado adaptarse a la regulación contenida en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Por último, respecto de los litigios en relación con las invenciones titularidad de los empleados, se modifica el régimen de la conciliación ante la OEPM, pasando a ser voluntaria (art. 133 LP 2015). Con la atribución de competencia al orden jurisdiccional civil para la resolución de este tipo de controversias –se suprime el precepto donde se prohíbe al Juez admitir demandas a trámite si no se acredita la disconformidad de alguna de las partes a la propuesta de acuerdo de conciliación (art. 142.2 LP de 1986)–, el sistema de conciliación deja de ser preceptivo. Se mantiene como una opción más que se suma a las de mediación y arbitraje (art. 136 LP 2015).

### 3.2.5. Modificación del régimen jurídico de los modelos de utilidad

El Preámbulo de la LP de 2015 se refiere expresamente a la necesidad de adaptar la regulación de los modelos de utilidad a las exigencias de la sociedad actual, puesto que dichos títulos de protección se adaptan a las necesidades de las empresas españolas.

En este sentido, la nueva Ley de Patentes propone un cambio importante respecto de la regulación vigente en lo que se refiere a la exigencia de novedad. La LP de 1986 establece una exigencia de novedad nacional (arts. 143 y ss. LP 1986). En cambio, la LP 2015 propone un sistema de novedad mundial. El párrafo 1.º del

artículo 139 de la LP 2015 dispone que las exigencias de novedad y actividad inventiva –el estado de la técnica– de las invenciones protegibles como modelos de utilidad se rigen por lo dispuesto en el apartado 2 respecto de las patentes, esto es, el estado de la técnica está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público en España o en el extranjero.

Establecido esto, el párrafo segundo del mencionado precepto amplía la exigencia de novedad cuando dispone que se entenderá igualmente comprendido en el estado de la técnica el contenido de las solicitudes anteriores a las que se refiere el artículo 6.3 LP 2013. Concretamente, este último precepto dispone que se entenderán comprendidas en el estado de la técnica las solicitudes españolas de patentes o modelos de utilidad, de las solicitudes europeas o solicitudes internacionales PCT que designen España.

### 3.2.6. Supresión de los certificados de adición como título propio

Finalmente, entre las novedades introducidas por la nueva Ley de Patentes destaca la eliminación de los certificados de adición como título accesorio. Actualmente, la LP vigente de 1986 dedica un título completo, el Título X, a la regulación de esta figura. Dispone el artículo 108 LP de 1986 que el titular de una patente en vigor podrá proteger las invenciones que perfeccionen o desarrollen la patente originaria, solicitando adiciones a la patente, siempre y cuando se integre en ellas el objeto de la patente principal en una misma unidad inventiva.

La Ley del 2015 ha optado por eliminar de su regulación este título de protección accesorio. La justificación se encuentra en el propio Preámbulo de la Ley, cuando afirma que se ha considerado que, siguiendo el modelo del Derecho comparado, «no resulta necesario regular unos títulos accesorios que puedan solicitarse durante toda la vida legal de la patente y no requieran actividad inventiva frente al objeto de la patente principal». Fundamentalmente, porque la figura de la prioridad permite durante un plazo la presentación mejorada de solicitudes posteriores y, por lo tanto, hace superfluo el mantenimiento de una figura marginal, que ha sido escasamente utilizada por los titulares de las patentes en vigor.





# La exoneración del pasivo insatisfecho por la persona natural en el Derecho español. Exoneración provisional, plan de pagos y exoneración definitiva

*The exemption from liability for individual's remaining debts in the Spanish Law. Provisional exemption, payment plan and final exemption*

**Ignacio Moralejo Menéndez**

Profesor Titular de Derecho Mercantil  
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 28 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización modificó el apartado 2 del art. 178 de la Ley Concursal (LC) introduciendo un incipiente mecanismo de segunda oportunidad para el deudor persona natural. En efecto, concurriendo determinados presupuestos, el deudor persona natural podía quedar exonerado de tener que hacer frente al pasivo insatisfecho cuando su

concurso hubiera concluido por liquidación, con lo que se excepcionaban las rigurosas consecuencias que para el deudor persona natural resultan del principio de responsabilidad patrimonial universal sancionado en el art. 1911 del Código Civil (CC). Para ello se hacía necesario que el deudor hubiera satisfecho en su concurso la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados y, además, al menos el veinticinco por ciento de su pasivo ordinario. En el caso en que el deudor hubiese intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podía acceder a este beneficio sin necesidad de haber satisfecho el referido umbral de pasivo ordinario siempre y cuando hubiera satisfecho, eso sí, en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados.

En esta política de reconocimiento de una segunda oportunidad para el deudor persona natural incide el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero (publicado en el *BOE* n.º 51 de 28 de febrero de 2015), aprobado por la Ley 25/2015, de 29 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (publicado en el *BOE* n.º 180 de 29 de julio de 2015). Tal y como se recoge en los autos de conclusión del concurso del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 (id Cendoj 08019470102015200002 y 08019470102015200003), pioneros en la aplicación de las disposiciones relativas a la exoneración del pasivo insatisfecho resultantes del RDL 1/2015, el acogimiento de mecanismos de segunda oportunidad en el Derecho español se ha hecho esperar. Así, se señala que

es sabido que en el Derecho comparado más avanzado se regulan mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al deudor de buena fe que cumple determinados requisitos, a fin de darle una *second chance* o *fresh start*. El Derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en mecanismos preventivos de sobreendeudamiento. El Derecho alemán y el Derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al consumidor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores para evitar los llamados *planes cero* o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El Derecho italiano, finalmente, también ha incorporado recientemente esta tendencia. Debemos citar también la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia UNCITRAL de 25 de junio de 2004, que recomienda incorporar a las distintas legislaciones concursales el mecanismo de *discharge* anglosajón, a fin de incentivar las solicitudes de procedimientos concursales, al menos voluntarios, y favorecer la recuperación patrimonial del deudor una vez concluido el procedimiento [capítulo VI A Exoneración]).

La Ley 25/2015 de 29 de julio modifica el artículo 178.2 LC e incorpora un nuevo art. 178 bis LC que establece el régimen a que se sujeta el reconocimiento al deudor persona física del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho concluido su concurso. La nueva redacción dada al art. 178.2 LC recalca el carácter excepcional del

régimen previsto por el art. 178 bis LC en relación al principio de responsabilidad patrimonial a que se sujeta el deudor persona física. Y así señala cómo

[F]uera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto en cuanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

## 2. EXONERACIÓN PROVISIONAL

### 2.1. *Presupuestos para la solicitud del beneficio provisional de exoneración del pasivo insatisfecho*

La necesidad de introducir mecanismos de segunda oportunidad en el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales venía advirtiéndose, atendidas las graves consecuencias anudadas al régimen de responsabilidad patrimonial universal (*vid.* la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015). A estos efectos son ilustrativas asimismo las consideraciones de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 (<http://www.boe.es/doue/2014/074/L00065-00070.pdf>) y del Comité Económico y Social Europeo de (CESE) en su dictamen de 29 de abril de 2014 sobre «[P]rotección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social» (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014AE0791>). La conveniencia de la introducción de mecanismos de segunda oportunidad en España se plantea también en el Informe del Fondo Monetario Internacional (FMI) de 7 de julio de 2014. En el informe del FMI de 8 de junio de 2015, tras la promulgación del RDL 1/2015, se señala a estos efectos cómo

[L]a regulación de la segunda oportunidad que acaba de aprobarse constituye un paso importante para facilitar el desapalancamiento de consumidores y autónomos que actúen de buena fe. Si se aplica de forma efectiva la demanda puede aumentar la demanda y estimular la actividad emprendedora en el sector formal, a la vez que se preserva la sólida cultura de pagos de España. Se estima que el impacto inmediato en la rentabilidad de los bancos será pequeño y podría ser positivo en el largo plazo. Para maximizar los efectos positivos, las incertidumbres relacionadas con el plan de pagos post liquidación y la revocación de la segunda oportunidad deberían ser aclaradas. De forma más general, la legislación de insolvencias debería considerar incluir a los acreedores públicos en los procesos de reestructuración, de forma que las obligaciones con el sector público también puedan ser exoneradas tras una liquidación.

Ahora bien, en aras de prevenir conductas oportunistas y cohonestar los diferentes intereses en juego el régimen de segunda oportunidad que sanciona el art. 178 bis LC parte del establecimiento de unos presupuestos. De entrada se ha optado por el control judicial del procedimiento que en su caso ha de terminar con el reconocimiento de este beneficio. Y, de este modo, sólo puede beneficiarse de este particular régimen el deudor persona natural concursado, con independencia de que su concurso se hubiera abierto de manera directa o con carácter consecutivo, y para poder solicitar este beneficio ha de esperarse a la conclusión de su concurso bien por liquidación o bien por insuficiencia de masa. Se requiere, además, que sea el deudor el que solicite el reconocimiento provisional de este beneficio de conformidad con las previsiones acogidas en el art. 178 bis 2 LC. (Puede advertirse llegados a este punto que, sin perjuicio de que exista una cierta conexión entre deuda hipotecaria e insolvencia, lo cierto es que hasta la promulgación de la Ley 14/2013 la atención del legislador español se venía centrando en la problemática propia de los préstamos hipotecarios y en el proceso de ejecución hipotecaria. Así, por ejemplo, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se operó en virtud del RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa, publicado en el *BOE* n.º 161 de 7 de julio; el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, publicado en el *BOE* n.º 60 de 10 de marzo; RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la posición de los deudores hipotecarios, publicado en el *BOE* n.º 276 de 16 de noviembre; y las Leyes 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social publicada en el *BOE* n.º 116 de 15 de mayo).

A diferencia de lo previsto en el art. 178.2 LC como resultado de la redacción que le dio la Ley 14/2013, el art. 178 bis no limita al deudor persona natural cuyo concurso concluya una vez liquidado su patrimonio la posibilidad de solicitar su descarga financiera. También el deudor cuyo concurso concluya por insuficiencia de masa pueda ser exonerado de tener que hacer frente al pasivo insatisfecho. El art. 178 bis 1 LC incorpora por tanto la posibilidad de que el deudor pueda acceder a este beneficio concluido su concurso por insuficiencia de masa, si bien en este caso el deudor que quiera acceder al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho necesariamente habrá de incorporar a su solicitud el correspondiente plan de pagos aprobado por el juez del concurso ya que no habrá llegado al umbral de pasivo satisfecho previsto en el art. 178 bis 3.4.º LC.

La solicitud del beneficio de exoneración debe presentarse por el deudor durante el período de audiencia que tienen reconocidas las partes durante la tramitación del informe de cierre del concurso, una vez hayan concluido las operaciones de liquidación

(art. 152.3 LC). En el supuesto en que el concurso concluya por insuficiencia de masa, la administración habrá de haber elaborado un informe justificativo en el que se afirme y razone inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable, que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que pudiera obtenerse de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. Este informe debe depositarse durante un plazo de quince días en la oficina judicial, y debe ponerse de manifiesto a todas las partes. Es, precisamente, durante este plazo el período en que el deudor puede presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho (art. 176 bis 3 LC).

## 2.2. El deudor de buena fe

El reconocimiento del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho lo sujeta el legislador a que el deudor sea de buena fe. Para ello se establece un conjunto de criterios generales que permiten determinar cuándo, efectivamente, concurre tal circunstancia. Ahora bien, junto a estos criterios generales se incorporan dos alternativos dependiendo del umbral de pasivo satisfecho por el deudor en su concurso.

Se parte, por tanto, del establecimiento de unos criterios generales y concurrentes de elegibilidad atendida la conducta del deudor que solicita la descarga financiera. El art. 178 bis 3.1.º LC sujeta la admisión de la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho presentada por el deudor a que su concurso no hubiera sido declarado culpable. Será pues deudor de buena fe aquel cuyo concurso haya sido calificado como fortuito. La valoración de la concurrencia de esta circunstancia se ve favorecida toda vez que la solución liquidatoria del concurso resulta en la apertura de la pieza de calificación y, por otro lado, si la conclusión del concurso se ha producido por insuficiencia de masa ello presupone que el concurso no vaya a calificarse como culpable (arts. 167.1 y 176 bis LC).

Debe tenerse presente que la calificación culpable del concurso no se agota en un resultado objetivo, esto es, en la concurrencia de un nexo causal entre el hecho enjuiciado y la generación y agravamiento del estado de insolvencia, sino que además ha de concurrir dolo o culpa grave en la actuación del deudor (art. 164.1 LC). Hacemos esta advertencia habida cuenta de que durante la tramitación de la Ley 25/2015 se ha introducido una excepción para un supuesto singular en el que, pese a haberse declarado el concurso culpable, pudiera llegar a admitirse la solicitud de exoneración de pasivo del deudor.

Así en la redacción dada por la Ley 25/2015 al art. 178 bis 3.1.º LC se prevé que «si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1.º LC el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor». Esta última precisión, introducida

en el trámite parlamentario de aprobación del RDL 1/2015, parece que tiene por objeto incidir en que por la sola circunstancia de que el deudor hubiese solicitado tardíamente la declaración de su concurso no debe privársele de la posibilidad de poder acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, debiendo atenderse particularmente en este caso a la que hubiera sido su conducta.

Ahora bien, debe tenerse presente que el referido art. 165 LC establece unas presunciones relativas de concurso culpable. Esto es, señala una serie de hechos que si se producen resultan en la presunción no sólo de que el acto enjuiciado, en este caso la solicitud tardía de concurso por el deudor, ha incidido en la generación o agravación de su estado de insolvencia, sino también en que su conducta merece reproche por haber actuado el deudor con dolo o con culpa grave (art. 164.1 LC). Se antoja complicado que el juez que en sede de calificación haya declarado culpable el concurso porque el deudor no hubiese estado en condiciones de enervar la presunción relativa de perjuicio del art. 165.1.1.º LC, sin embargo, llegado el momento de valorar su solicitud de exoneración del pasivo pendiente considere que no ha concurrido dolo o culpa grave en la actuación del deudor y que por tanto el deudor lo es de buena fe.

Lo habitual será que si, efectivamente, en el incumplimiento de su deber de instar el concurso el deudor no actuó dolosamente o con culpa grave esta circunstancia se hubiera hecho valer para enervar la presunción de perjuicio del art. 165.1.1.º LC en sede de calificación. Con lo que el juez ya habría valorado esta circunstancia en la sentencia de calificación y, de ser efectivamente así, el concurso habría sido calificado como fortuito por no concurrir el reproche de conducta necesario para calificar el concurso como culpable.

Además de que su concurso hubiera sido calificado como fortuito, con la salvedad anteriormente reseñada, para que el deudor se considere de buena fe se requiere que

no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. En caso de que existiese un proceso penal pendiente el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme (art. 178 bis 3.2.º LC).

La interpretación del alcance del tercero de los requisitos que han de concurrir para que el deudor se repute de buena fe, el previsto en el art. 178 bis 3.3.º LC, requiere su integración con lo dispuesto en el art. 178 bis 3.4.º LC. Las dudas de interpretación que suscitan estas disposiciones quizás hubieran podido resolverse en sede parlamentaria ya que estos artículos no han sufrido alteración alguna y se han recogido en la Ley 25/2015 tal y como resultaban del RDL 1/2015. El primero de los preceptos referidos señala que sólo se admitirá la solicitud de exoneración del deudor concursado «que, reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231, haya celebrado

o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos». El art. 178 bis 3.4.º LC, tras fijar genéricamente el pasivo satisfecho que permite al deudor acceder temporalmente al beneficio de reducción de la carga financiera, señala que los deudores que «no hubieran intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, habrán de haber satisfecho al menos el 25 por ciento del importe de los créditos ordinarios». La duda que surge de la lectura aislada del art. 178 bis 3.3.º es la de si un deudor que tiene la posibilidad de instar el acuerdo extrajudicial de pagos que son la mayoría y, sin embargo, al menos no lo intenta queda privado de poder acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho o si, por el contrario, aún puede tener abierta esta posibilidad si bien teniendo que haber satisfecho al menos un 25% de los créditos ordinarios en el concurso o en caso de no llegar al umbral de pasivo señalado en el art. 178 bis 3.4.º LC presentando el correspondiente plan de pagos. (El art. 231 LC prevé que el deudor persona natural pueda iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros). El art. 231 LC prevé que el deudor persona natural pueda iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. Parece que haya de optarse por la última interpretación. A nadie se le puede exigir intentar un acuerdo extrajudicial de pagos si en él no concurren los presupuestos subjetivos legalmente predeterminados. Aunque, tal y como ha señalado la profesora CUENA, «resulta técnicamente criticable que se imponga el requisito de tener que acceder al acuerdo extrajudicial de pagos y luego se establezca un umbral de pasivo mínimo satisfecho si no acude» (*vid.* CUENA CASAS, M. «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente». *Portal de Revistas Wolters Kluwer, RDCyP*, edición electrónica). Habremos de entender entonces que quienes pudiendo haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos para poder acceder al beneficio de exoneración temporal del pasivo insatisfecho habrán no sólo de satisfacer el umbral de pasivo que pudiera calificarse de genérico, sino que, además, deberán haber satisfecho el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios en su concurso.

Así las cosas, el deudor en que concurren las exigencias enunciadas en los arts. 178 bis 3, 1.º, 2.º y 3.º LC puede acceder al beneficio de exoneración del pasivo si en su concurso hubiera satisfecho íntegramente los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y si no ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos satisfecho al menos el 25 por ciento de los créditos concursales (art. 178 bis 3.4.º LC). Adverada la concurrencia de estas exigencias, se reputa deudor de buena fe pudiendo en su caso exonerarse con carácter provisional de tener que hacer frente al pasivo pendiente: créditos ordinarios y subordinados –incluido el crédito público– no satisfecho en el concurso. Conviene incidir en el carácter provisional del reconocimiento de este beneficio. En puridad, la exoneración de deuda *ex lege* (*discharge*) no tiene lugar en tanto en cuanto

no hayan transcurrido cinco años sin que se haya producido alguna de las causas que permiten la revocación del beneficio (art. 178 bis 7 LC).

A diferencia de lo previsto en relación a los concursados personas naturales que acceden a la exoneración provisional del pasivo pendiente tras la presentación de un plan de pagos (art. 178 bis 3.5.º v) LC), no se prevé la publicidad del reconocimiento provisional de este beneficio para los que hubieran satisfecho el umbral de pasivo legalmente predispuesto ni, tampoco, de la consolidación del beneficio transcurridos los cinco años desde su reconocimiento provisional (art. 178 bis 8 i.f. LC).

Para que los deudores que no hubieran satisfecho en su concurso el umbral de pasivo señalado en el art. 178 bis 3.4º LC puedan reputarse de buena fe, han de concurrir las exigencias que resultan de los arts. 178 bis 3, 1.º, 2.º, 3.º y 5.º LC. El art. 178 bis 3.5.º LC parte de señalar que el concursado habrá de aceptar someterse al plan de pagos que ha de acompañar a su solicitud ([art. 178 bis 3.5.º i] LC), que no ha de haber incumplido las obligaciones de colaboración que se establecen en el art. 42 LC ([art. 178 bis 3.5.º ii] LC), que para poder disfrutarlo no ha de haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años ([art. 178 bis 3.5.º iii] LC), que no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad ([art. 178 bis 3.5.º iv] LC) y acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años (tras la promulgación del RDL 1/2015 la mejor doctrina había criticado la introducción de esta exigencia. Tal y como se señala en el art. 3.1 del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal y que desarrolla las previsiones del art. 198 LC «[E]l acceso al Registro Público Concursal será público, gratuito y permanente, sin que requiera justificar o manifestar interés legítimo alguno» [publicado en el *BOE* núm. 289 de 3 de diciembre de 2013]). De ahí que se hubiese advertido que atendida la redacción del RDL 1/2015 «[S]e asegura el Gobierno de que ese deudor no obtenga crédito, y que nadie quiera contratar con el deudor, dando una publicidad desmesurada a este dato negativo que no puede “limpiar” el deudor con información positiva pues no se ha considerado oportuno regular los ficheros de solvencia positivos que tan importantes son para evitar la exclusión financiera». Así CUENA CASAS, M. «Notas de urgencia...», *op. loc. ult. cit.* Sin entrar en valoraciones de técnica legislativa, ya que quizá hubiera sido preferible ubicar esta previsión en la normativa propia del Registro Público Concursal, lo cierto es que a través de esta disposición se tratan de paliar tímidamente los efectos anteriormente referidos).



## 3. PLAN DE PAGOS

### 3.1. *Presentación*

Se ha hecho referencia a la necesidad de que los deudores que no hubieran satisfecho un determinado umbral de pasivo hayan de estar a un plan de pagos. El plan de pagos tiene por objeto la determinación de cómo van a satisfacerse las deudas que no queden exoneradas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso. Llegados a este punto podemos plantearnos con qué bienes el deudor va a hacer frente al plan de pagos que ha de acompañar su solicitud de exoneración de pasivo. Concluido su concurso por insuficiencia de masa o liquidación lo cierto es que su patrimonio está constituido por aquellos bienes legalmente inembargables (art. 76.2 LC), con lo que lo habitual será que los concursados en la genérica categoría de NINA (*No Income No Assets*) difícilmente puedan hacer frente al plan de pagos a cuya presentación y cumplimiento se sujeta el reconocimiento provisional, primero, y el definitivo después del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Corresponde al juez del concurso la aprobación del plan de pagos en los términos en que hubiera sido presentado o, en su caso, incorporando las modificaciones oportunas. Sin perjuicio de que la norma no se pronuncie directamente sobre ello, habrá de entenderse que el plan de pagos lo presenta el deudor acompañando su solicitud de reconocimiento del beneficio provisional de exoneración del pasivo pendiente (arts. 178 bis 3.5.º i LC y 178 bis 6 párrafo segundo LC). Ahora bien, de la lectura del art. 178 bis LC me parece que resulta un problema de coordinación entre el procedimiento de valoración de la pertinencia de la solicitud presentada y el de aprobación del plan de pagos. Y ello habida cuenta de que la norma no pospone la concesión del beneficio provisional de exoneración del pasivo a la aprobación por el juez del plan de pagos. En efecto, y si lo hemos entendido bien, el plan de pagos ha de acompañar a la solicitud del beneficio de exoneración. Se dará traslado de la solicitud a la administración concursal y a los acreedores para que aleguen lo que estimen oportuno por un plazo de cinco días (art. 178 bis 4 LC), pero, sin embargo, las partes tienen derecho a ser oídas por un plazo de diez días en relación con la propuesta de plan de pagos (art. 178 bis 6 LC). En una interpretación literal del art. 178 bis LC pudiera suceder que transcurridos cinco días el juez se encuentre en condiciones de conceder el beneficio provisional de exoneración, si bien aún no habrían transcurrido los diez días que las partes tienen reconocidos para ser oídas en relación a la propuesta del plan de pagos. Parece que quizá lo más prudente en este caso sería que el juez no se pronunciase sobre la concesión del beneficio en tanto en cuanto no hubiesen transcurrido estos diez días (podría ser que estas actuaciones se inspiren en la tramitación de la aprobación judicial del convenio una vez adoptado por la junta de acreedores, si bien en este caso se establecen una serie de fases sucesivas que concluyen con la aprobación del convenio. En efecto, con anterioridad a la junta de acreedores ha tenido lugar un

control judicial de las propuestas [art. 114 LC]; admitidas las propuestas se someten a la votación de la junta de acreedores y el convenio aceptado se traslada al juez del concurso para su aprobación [art. 127 LC]; se abre entonces la fase de oposición al convenio aceptado por la junta, 10 días, y en caso de que no se formule oposición al convenio, no se estime la oposición al mismo o no sea rechazado de oficio por el juez se dictará sentencia aprobando el convenio. Así las cosas, el convenio adquiere eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acepte de oficio o a instancia de parte retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza [art. 133.1 LC]. Aun así quedan cuestiones por resolver. La norma se limita a señalar que el juez, oídas las partes, aprobará el plan de pagos en los términos en que se hubiera presentado o con las modificaciones que estime oportunas. Sin embargo, en el caso en que el deudor no esté conforme con las modificaciones al plan de pagos introducidas por el juez ¿qué posibilidades tiene de recurrir? ¿Puede recurrir el auto por el que se le reconoce el beneficio de exoneración por no estar de acuerdo con el plan de pagos aprobado por el juez?).

### 3.2. Contenido del plan de pagos

En lo que al contenido del plan de pagos se refiere, el mismo tiene por objeto la ordenación de la satisfacción de los créditos no exonerables concluido el concurso. Los créditos no exonerables y cuya satisfacción se ordena en el plan de pagos son: los créditos contra la masa, los créditos con privilegio, el crédito público con independencia de su clasificación y el crédito por alimentos.

Así las cosas, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho alcanza con carácter general a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuándose los créditos de Derecho público y por alimentos, mencionando expresamente el legislador como crédito exonerable el remanente no satisfecho del crédito garantizado cuando se hubiera ejecutado la hipoteca o la prenda sin desplazamiento y el referido remanente mereciese la clasificación de crédito ordinario o subordinado (como puede apreciarse la determinación de qué créditos no son exonerables está directamente relacionada con la conclusión del concurso. Si el concurso concluye por insuficiencia de masa, entre los créditos no exonerables podrán encontrarse tanto créditos contra la masa como créditos con privilegio especial. No sucederá así en el supuesto en que el concurso concluya con la liquidación del patrimonio del deudor concursado).

Resulta llamativo que el crédito público no sea exonerable cualquiera que sea su clasificación en el concurso del deudor que no hubiese satisfecho el pasivo referido en el art. 178 bis 3.4.º LC. Además quedan al margen de toda reordenación que pueda resultar del plan de pagos ya que se advierte expresamente que la tramitación de las

solicitudes de aplazamiento de estos créditos así como su fraccionamiento se registrará por lo dispuesto en su normativa específica (art. 178 bis 6 LC tercer párrafo).

Igualmente resulta llamativo que no se haya introducido referencia alguna a la situación del crédito destinado a financiar la adquisición de la vivienda habitual del deudor. En relación al préstamo hipotecario, procedimiento habitual para la financiación de la vivienda en España, se recoge que el remanente que no hubiera podido satisfacerse con la garantía será exonerable si merece en el concurso la clasificación de crédito ordinario o subordinado. Ahora bien, de llegar a producirse esta circunstancia y que el deudor se vea exonerado de tener que satisfacer el crédito pendiente no cubierto por la garantía no se habría producido en puridad un supuesto de dación en pago. El deudor, de entrada, ha de ser de buena fe en los términos resultantes y ya conocidos de esta Ley 25/2015 y ha tenido que soportar la ejecución de su vivienda, pero además recuérdese que el reconocimiento provisional de exoneración del pasivo no adquiere firmeza en tanto en cuanto no hayan transcurrido cinco años sin que concurra ninguna de las causas que lo hacen decaer (*vid.* CUENA CASAS, M. «Notas de urgencia...», *op. loc. ult. cit.*).

Salvo en el caso de los créditos por alimentos que en ningún caso se reputan exonerables, el legislador se abstrae de todo juicio de merecimiento en la determinación de los créditos que quedan al margen del plan de pagos. De este modo sólo se atiende a la clasificación que el crédito hubiera merecido en el concurso, extendiéndose el beneficio del deudor a todo crédito ordinario o subordinado insatisfecho tras la conclusión del concurso con independencia de las circunstancias concurrentes en su concesión.

Se sanciona expresamente pues cómo «[L]os acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos» (art. 178 bis 5.2.º LC). Sin perjuicio de que probablemente las garantías personales ya se hayan realizado, el RDL 1/2015 advertía que quedaban a «salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado» (art. 178 bis 5.2.º LC). En la tramitación parlamentaria de la Ley 25/2015 se ha facilitado la interpretación del alcance de esta previsión señalando que fiadores y obligados solidariamente con el concursado tampoco podrán subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese frente al deudor, salvo que se revoque la exoneración del pasivo concedida (art. 178 bis 5.2.º LC).

### 3.3. Efectos

Como se sabe, una vez concluido el concurso cesan los efectos que la declaración de concurso tiene sobre los créditos. Esto tiene incidencia sobre la exigibilidad y

vencimiento de los créditos así como sobre el devengo de intereses que ya no quedan sometidos a la Ley del dividendo. Sin perjuicio de que el plan de pagos despliegue sus efectos concluido el concurso del deudor persona natural, la circunstancia de que en la enumeración de los créditos cuya satisfacción se ordena en el plan se mantenga la referencia a la clasificación que hubieran merecido en el concurso resulta en que en su satisfacción haya de mantenerse la prelación concursal. El plan de pagos permite al concursado aplazar y fraccionar la satisfacción de los créditos insatisfechos no exonerables. Se señala expresamente como contenido del plan la ordenación del pago de las referidas deudas durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, pero, sin perjuicio de lo anterior, se prevé que las deudas que tuvieran un vencimiento posterior estarán a sus respectivos vencimientos. Igualmente se prevé que las deudas pendientes no podrán devengar interés durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso.

#### 4. EXONERACIÓN DEFINITIVA

El reconocimiento por el juez del concurso del beneficio de exoneración del pasivo pendiente tiene carácter provisional, siendo necesario esperar a que transcurran cinco años desde la estimación de la solicitud para que el beneficio se consolide sin que se haya producido ninguna de las causas que justifican que cualquier acreedor pueda instar su revocación (art. 178 bis 7 LC). Estas causas son: la constatación de la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados; que el deudor deje de serlo de buena fe por incurrir en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el art. 178 bis 3 LC le hubieran impedido la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho; por incumplir la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o en el supuesto en que mejorase sustancialmente su situación económica por causa de herencia, legado o donación, juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de su obligación de alimentos (la concreción de las causas del enriquecimiento del deudor común que harían decaer el beneficio de exoneración del pasivo pendiente se introdujo en la tramitación de la Ley 25/2015. El RDL 1/2015 sancionaba con carácter general que el beneficio decaía en caso de que en los cinco años siguientes a su reconocimiento provisional el deudor mejorase sustancialmente su situación económica. Se señalaba que de no introducirse discriminación alguna se incurría en una cierta contradicción toda vez que, precisamente, lo que se pretendía era habilitar un sistema de liberación de deuda con la finalidad de evitar la vinculación de ingresos futuros al pago de deudas anteriores. Pero, además, se señalaba también que de no procederse de este modo se desincentivaba al deudor toda vez que si a través de su actividad económica mejoraba su situación económica se le revocaban las deudas ya exoneradas. CUENA CASAS, M.

«Notas de urgencia ...», *op. cit. loc. ult. cit.*; SENENT MARTÍNEZ, S. «EL RDL 1/2015. Una revisión a la segunda oportunidad en la insolvencia de las personas físicas». *Portal de Revistas Wolters Kluwer, RDCyP*, edición electrónica).

Sin perjuicio de lo anterior, hay que introducir dos matices en relación a las causas enumeradas que permiten la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. El primer matiz que se prevé expresamente incide en que aun en el supuesto en que el deudor no cumpla en su integridad su obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme al plan de pagos el juez, previa audiencia de los acreedores y atendiendo a las circunstancias del caso, puede mantenerle en el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Ello será así cuando, durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio, el deudor hubiese destinado al cumplimiento de sus obligaciones, al menos, la mitad de los ingresos percibidos que no tuviesen la consideración de inembargables o, en una previsión no contemplada en el RDL 1/2015 pero incorporada en la tramitación de la Ley 25/2015, la cuarta parte de los ingresos inembargables cuando en el deudor concurren las circunstancias previstas en el artículo 3.1 letras a) y b), del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. (Para el cálculo de los ingresos inembargables a efectos de mantener al deudor en su beneficio aun cuando, atendidas las circunstancias, no hubiese cumplido con el plan de pagos presentado se estará a lo establecido en el art. 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa [art. 178 bis 8 LC]. Se advierte cómo, a efectos de valorar el incumplimiento que resulta en la pérdida del beneficio de exoneración, la referencia del porcentaje de ingresos percibidos aplicables a los pagos que no tuviesen la condición de inembargables de conformidad con el RDL 8/2011 difiere en atención a la situación del deudor. Así se prevé que para los casos más graves y que afectarían a los deudores situados en el umbral de exclusión social –deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda en que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas y que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de la unidad familiar– el juez pueda mantener el beneficio de exoneración cuando pese al incumplimiento del plan de pagos dediquen la cuarta parte de los ingresos inembargables).

El segundo de los matices que se apuntaban, y a mi juicio de una trascendencia no menor, incide en el tratamiento que ha de merecer el deudor cuando se constate la existencia de bienes o derechos ocultados. Y es que de la lectura del primer y del último párrafo del art. 178 bis 8 LC parece desprenderse que la constatación de la existencia de bienes y derechos ocultados que no tengan la consideración de

inembargables durante los cinco años posteriores a la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho no sólo constituye, en su caso, causa de revocación del beneficio todavía provisional, sino, también, se instituye en causa de revocación de la exoneración definitiva. Es esta una importante novedad que incorpora la Ley 25/2015 y que exceptúa el carácter inatacable del auto por el que el juez hubiera reconocido con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

En efecto, con las salvedades apuntadas, transcurridos los cinco años fijados para el cumplimiento del plan de pagos sin que se hubiese revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Contra dicha resolución que se publicará en el Registro Público Concursal no cabrá recurso alguno (art. 178 bis 8 LC).

# Música, improvisación y democracia

## *Music, improvisation and democracy*

**Daniel García Diego**

Pianista y compositor

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

La verdad es que de las dos partes que componen este acto: una conferencia y un concierto, he de decir que lo mío es la segunda parte, el concierto. Me cuesta menos hablar a través de esa cosa grande y negra de ahí que a través de las palabras. Y cuando digo «hablar», lo digo consciente de que es una palabra que sólo se aplica al lenguaje.

Pero, ¿acaso la música y el lenguaje hablado no sirven a los mismos propósitos? Las dos son formas de expresión que pueden usarse para comunicarse con los demás. Se pueden escribir, y por lo tanto también leer. Las dos pueden hacerte reír o llorar, pensar, dudar o recordar...

Puedes dirigirte a una o varias personas. Incluso puedes hablar contigo mismo. Y ambas pueden emocionar. De hecho, en algunos casos la música puede ser mejor que la palabra, porque no es necesario entenderla para que sea efectiva. Esto es una gran ventaja.

Voy a hablaros durante unos pocos minutos sobre algunos aspectos que me parecen interesantes acerca de la música y la improvisación en relación con la política y la democracia. Esto no pretende ser un discurso formal ni una solemne conferencia,

entre otras cosas porque no estoy preparado para afrontar tal desafío. Tan solo será una breve y distendida exposición de algunas ideas que me han ido surgiendo gracias al contacto diario con la música, siendo ésta mi pasión y modo de vida; y con la política, vivida desde la perspectiva de un ciudadano de a pie.

La música es ciertamente algo muy especial. Por un lado, no tiene por qué tener otro significado más allá de la propia música. Puede ser absolutamente autorreferencial, una expresión de sí misma, sin mayor aspiración que la propia belleza musical. Pero por otro lado, o quizás al mismo tiempo, la música adquiere significados extramusicales en diferentes contextos, dependiendo de cómo la audiencia la recibe, de la intención del músico al producirla, del momento o lugar en que se produce y, en general, de cualquier tipo de intervención o contexto que otorgue al momento musical un contenido social que exceda a la propia música. De esta manera, podemos decir que el sonido puede existir tanto en sí mismo como ligado a un contexto. Esta propiedad de la música puede crear algunas curiosas paradojas. Por ejemplo: todos sabemos que el blues es una música muy ligada a un momento y lugar concreto de la historia, ya que fue creado a mediados del siglo XIX por los esclavos negros de los Estados Unidos, que lo cantaban en las plantaciones de algodón o caña de azúcar durante los largos días de trabajo. Seguramente les servía para paliar el sufrimiento, como vehículo de expresión de su situación concreta. Así, podemos decir que el blues es una música nacida del dolor y la injusticia. Y es aquí donde aparece la paradoja: si un miembro del Ku Klux Klan canta un blues, ¿sigue siendo un blues? Esta pregunta pone de manifiesto el significado de la música en relación al contexto sociopolítico en el que ésta se produce. Cuando las melodías, acordes y ritmos concretos están presentes pero el contexto social en el cual la música se produce contradice, distorsiona o viola las condiciones sociomusicales de un género concreto, ¿qué se produce? De hecho, podemos hacer comparaciones similares, quizás no tan extremas, como por ejemplo flamenco cantado por japoneses, un racista cantando hip hop, un judío cantando en una ópera de Wagner, un sueco cantando una canción aborigen australiana, o incluso comparaciones con un cierto toque de humor. ¿Alguien puede imaginarse a Esperanza Aguirre cantando una canción de Víctor Jara?, ¿o a Pablo Iglesias cantando una de Bertín Osborne?... Lo que quiero poner de manifiesto es esta dicotomía consustancial a la música que la hace única. Mientras que ningún sonido es necesariamente neutro, ningún sonido puede ser a su vez reducido a un significado social concreto. El escritor holandés Harry Mullisch decía: «Al igual que las matemáticas, la música sólo puede tener un significado en su aplicación concreta: a través de la conjunción con palabras o imágenes, o en el contexto de una ópera, por ejemplo. Pero sólo tiene significado político a través del momento concreto de la interpretación». Quizás sea una visión muy reduccionista la de Mullisch, pero vale la pena tenerla en cuenta.

Lo que sí podemos decir sin miedo a equivocarnos es que en ciertos casos, desde la esclavitud americana hasta las protestas estudiantiles de los años sesenta en



Europa, la guerra de Vietnam, la lucha por la igualdad de las mujeres, los inmigrantes, etc., en todos estos casos y muchos otros, los contextos políticos y culturales son inseparables de la música que fue creada en esos momentos. Pero hay más: la música jugó un papel ciertamente importante de propagación ideológica y ética. Millones de personas escuchaban a sus ídolos cantar las injusticias contra las que los activistas luchaban, convirtiéndose la música en un arma de propagación de increíble potencia, hasta el punto de que cabría preguntarse si ciertos cambios sociopolíticos acaecidos sobre todo en el siglo XX habrían tenido lugar tal y como los conocemos de no ser por la música que sirvió de altavoz para que el mensaje llegara a las masas.

Todo esto es muy bonito, pero ¿qué tienen que ver la improvisación y el jazz con la política? Empecemos por el principio, lo que, en este caso, quiere decir que empezamos mal. En el *Diccionario de la Real Academia* sólo aparece una acepción bajo el término improvisar: «Hacer algo de pronto, sin estudio ni preparación». Punto. No podría estar más en desacuerdo. Y esto me lleva a pensar en que si un grupo de inteligentes y doctos académicos de la lengua piensan que improvisar es, tan solo, hacer algo de pronto, sin estudio ni preparación, es probable que la mayor parte de la gente piense lo mismo. Esto es bastante preocupante, porque querría decir que la inmensa mayoría de hispanohablantes, a la hora de escuchar jazz o cualquier otra música improvisada, lo que estarían pensando es que es música para la que no hace falta estudio ni preparación, fácil o engañosa y, por lo tanto, que los músicos de jazz son, en el mejor de los casos, unos impostores. Querría decir que la mayor parte de vosotros pensáis que yo soy un impostor en tanto que soy músico de jazz, así que me permitiréis que me defienda de tal acusación.

Para ello, me gustaría redefinir el término improvisar de una manera muy sencilla, pero creo que más precisa: «Hacer algo que uno no ha hecho antes en el mismo instante en que se piensa». Esta definición puede parecer extraña. Uno podría pensar que está improvisando, por ejemplo, mientras monta en bici bajo ciertas circunstancias: si la bici es prestada y la ruta es desconocida para el ciclista, se cumplen las condiciones para encajar en mi definición de improvisar. Nunca he montado en esta bici concreta por este camino concreto hasta ahora mismo. Bien, pues yo digo que improvisar es exactamente eso. Claro que alguno podría pensar que esta persona ya sabía montar en bici antes y por lo tanto no está improvisando. He aquí el quid de la cuestión. Para cualquier actividad que realizamos, nos servimos de nuestra particular reserva de recuerdos, experiencias y aprendizajes que, sumados a nuestras propias facultades naturales, dan como resultado una acción determinada. Bajo estos criterios, podríamos decir que la vida es en sí misma una improvisación constante, ya que cada momento y circunstancia es único e irrepetible y nos obliga a tomar decisiones a medida. Pues yo digo que sí. Que así es. Nuestro bagaje nos sirve para tomar todas nuestras decisiones a diario, desde comprar Colacao en lugar de Nesquick en el supermercado hasta pedir un café en un bar o mirar a los lados antes de cruzar una calle. Ahora bien, y volviendo

a nuestro ciclista: si nunca hubiera montado en bici, no podría dar ni dos pedaladas. Si es un principiante, podrá ir con cuidado, a poca velocidad y con mucho riesgo de estamparse contra un árbol, pero si sigue montando y practica durante años, podrá ir como un loco por cualquier terreno bajo cualquier circunstancia, sin miedo a chocarse y ofreciendo un gran espectáculo. La música no es diferente. Así pues, el estudio y la preparación son fundamentales para poder improvisar, aunque esta preparación no tiene por qué ser en absoluto formal, ni siquiera producirse de una manera consciente, sino que puede resultar de la propia experiencia acumulada con el paso del tiempo. ¿Qué es una conversación entre dos desconocidos sino una maravillosa improvisación? Tomen nota, señores académicos...

El hecho musical, y cómo éste se produce en sus diferentes formas, hace que resulte muy interesante establecer paralelismos con los diferentes sistemas de gobierno. Por ejemplo, pongamos el caso de una orquesta sinfónica. En esta orquesta, cada músico tiene que tocar una partitura determinada. Por lo tanto, cada uno sabe qué es lo que van a tocar tanto él como sus compañeros. Pero, además, una orquesta tiene un líder muy poderoso, el director de orquesta, quien impone su criterio musical sobre todos los componentes de su agrupación, de manera que cada individuo se ve obligado a inhibir su propia visión, su propia voluntad musical, en aras de un objetivo común. Los mejores directores suelen ser los que más poder de persuasión tienen, los que son capaces de convencer al resto de que sus ideas merecen la pena. Es interesante observar cómo este tipo de organización se asemeja a los sistemas totalitarios, aunque esta característica no se da únicamente en las orquestas o en la música clásica. También se dan situaciones de este tipo en la música moderna. Un ejemplo claro es el documental *This is it* que se hizo al poco de morir Michael Jackson, en donde se puede ver cómo, durante los ensayos del concierto que tristemente nunca llegó a producirse, el bueno de Michael ordena y manda con absoluta autoridad a todos los músicos de su banda sin recibir de ellos ningún tipo de opinión contraria a la suya. Este tipo de contextos en donde un gran líder toma el control de la situación musical muchas veces dan lugar a música que es ampliamente reconocida como excelente y de gran calidad, y que seguramente no habría sido posible sin ese liderazgo casi dictatorial. Está claro que son sistemas prácticos, que sirven a un propósito muy concreto, de la misma manera que los regímenes totalitarios sirven al propósito de mantener el mayor orden posible dentro de una sociedad, a costa de la libertad de cada individuo que la compone. Y he aquí la palabra clave: libertad. Estas formaciones musicales están compuestas por personas, cada una de ellas con sus propios criterios musicales, anhelos, inquietudes, con su propia curiosidad y su propia opinión acerca de las cosas. Así, cabría preguntarse cuál es el grado de compromiso de cada uno de los integrantes de estas agrupaciones. ¿Hasta qué punto se sienten realizados musicalmente? ¿Cuál es su grado de frustración? ¿Hasta qué punto son musicalmente felices, si es que algo así puede existir?

Aquí es donde el jazz y la música improvisada adquieren un papel relevante. En este tipo de música, el grado de libertad del intérprete es mucho mayor. La propia música está construida para dejar amplios espacios de libertad al músico, de manera que éste puede expresarse como individuo de una manera mucho más profunda que tocando en una orquesta sinfónica o perteneciendo a la banda de Michael Jackson. Hay más libertad por dos razones fundamentales: la primera es que gran parte de la música no está escrita, por lo que el músico se la tiene que inventar sobre la marcha. Así de simple. La segunda razón nace de la primera: el hecho de que el músico se tenga que inventar gran parte de la música en tiempo real implica, por definición, la ausencia de una figura autoritaria que le diga cómo o qué tiene que tocar, ya que nadie sabe cuál va a ser el resultado de esa interpretación. Esto no quiere decir que en las bandas de jazz no haya líderes. Claro que los hay, y muy fuertes. Son los que deciden qué temas tocar y con qué músicos tocarlos. Y, si las improvisaciones de uno de ellos no les gustan, son los que despiden a ese músico para llamar a otro. Pero justo antes de ser despedido, ese pobre músico habrá disfrutado de su pequeño momento de libertad mientras tocaba, y nada ni nadie en el mundo podría haberlo impedido.

Esta explicación vale como primera aproximación, pero, como casi todo en la vida, las cosas no son negras o blancas. A la pregunta: ¿un músico de jazz es total y absolutamente libre cuando está improvisando?, la respuesta es sí, pero con matices. Y los matices no son ni más ni menos que los otros músicos con los que toca. Aquí aparece otra palabra muy importante: tolerancia. En el jazz es de vital importancia escucharse los unos a los otros. Pero no solo eso, igualmente importante es reaccionar a lo que los otros tengan que decir. Pongamos el ejemplo del concierto de hoy, un trío. Tres músicos queriendo expresarse al mismo tiempo. Si cada uno de nosotros lo hiciera sin tener en cuenta lo que los otros están diciendo, el resultado sería bastante desastroso y carecería de todo interés musical. Por lo tanto, en una banda de jazz se establece una red de comunicación entre todos sus componentes a través de la cual cada músico produce estímulos y reacciona a los de sus compañeros a la vez y en cada momento, creando un todo más grande que la suma de los componentes. Podríamos decir que una banda de jazz es como un minipaís, el país del jazz, con un sistema sociopolítico en el que cada individuo puede y debe expresarse libremente, pero en el que a su vez necesita del resto de individuos igualmente libres que él para lograr que el mundo en el que vive sea el mejor posible. En este país ideal no caben los individuos egoístas o avariciosos, ya que el daño que éstos provocarían afectaría a todos por igual, independientemente de si el egoísta ha sido uno u otro. Así, el nivel de bienestar de cada habitante es directamente proporcional a su grado de tolerancia. Yo creo que éste sería el país perfecto para enviar al exilio a los corruptos. ¿Alguno se imagina a Bárcenas o Pujol tirando piedras contra su propio tejado? Yo les obligaría a estudiar jazz como método de reinserción.

Bromas aparte, y para terminar. Es probable que estas y otras analogías no sean más que un simple divertimento para músicos con demasiado tiempo libre. Resulta difícil vislumbrar cuál puede ser la aplicación práctica de todo esto. ¿Qué podrían aprender de nuestro diminuto país del jazz, y, en general, de la música, las grandes y complicadas democracias de hoy? Vivimos en un mundo difícil y repleto de injusticias. Estamos rodeados de tantas distracciones que apenas tenemos tiempo para pensar. Por otro lado, la música se ha banalizado tanto que ha dejado de tener importancia para la sociedad hasta convertirse en un mero ruido de fondo. Y, sin embargo, sigo creyendo que la música es un increíble vehículo de expresión de lo mejor del ser humano. Para mí, el más increíble de todos. Tan sólo hay que saber escuchar, porque cualquier cosa, hasta la más pequeña, puede convertirse en el germen de algo mucho más grande. ¿Acaso sabía Alexander Fleming cuántos millones de vidas iba a salvar gracias a la penicilina cuando se olvidó las placas de cultivo en el laboratorio?

¿Acaso Rosa Parks era consciente cuando se negó a sentarse en la parte de atrás del autobús de que ese simple acto se convertiría en la chispa que generó el movimiento por los derechos civiles en los EE. UU.? ¿Quién sabe lo que se puede lograr gracias a la música? Seguramente tan sólo haga falta que llegue a los oídos adecuados. Al fin y al cabo, si la vida es una improvisación, todo puede pasar.

---

# **ESTUDIOS**

(ENERO-JUNIO 2015)



# Planificación fiscal agresiva, BEPS y litigiosidad<sup>1</sup>

## *Aggressive tax planning, BEPS and Litigation*

**José María Lago Montero**

Catedrático de Derecho Tributario

Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca

Magistrado adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

### Resumen

Este trabajo reflexiona acerca de la planificación fiscal agresiva y el plan BEPS de la OCDE para combatirla, así como acerca de la litigiosidad que puede generar el uso simultáneo de cláusulas antiabuso genéricas y específicas para combatir esas estrategias de elusión/evasión fiscal.

**Palabras clave:** Planificación fiscal agresiva; Cláusulas antiabuso; litigiosidad.

### Abstract

*These article thinks about aggressive tax planning and the OECD plan BEPS to fight it, Base Erosion and Profit Shifting. It is also analysed the litigation that the simultaneous application general and specific antiabuse clauses would induced in the struggle against fiscal avoid/evasion strategies.*

**Key words:** *Aggressive tax planning; anti-abuse clauses; litigation.*

1 Trabajo que se realiza en el marco del proyecto de investigación del que el autor es investigador principal que lleva por título *La reducción de la litigiosidad administrativa, financiera y tributaria*, DER2012, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

**Sumario:** 1. La huida de los sistemas tributarios modernos, de la progresividad del IRPF y de la proporcionalidad del Impuesto sobre Sociedades. 2. La litigiosa aplicación de cláusulas genéricas antiabuso. El levantamiento del velo a efectos puramente tributarios. 3. Cláusulas específicas antiabuso menos litigiosas contra la planificación fiscal agresiva, previa moderación tarifaria y coordinación normativa internacional. 4. Conclusiones. Bibliografía.

**Table of contents:** 1. The flight of the modern tax systems, of the progressiveness of the Personal Income Tax and of the proportionality of the Corporation Tax. 2. The disputed application of generic anti-abuse clauses. Lifting the veil to purely tax purposes. 3. Less litigious specific anti-abuses clauses against aggressive tax planning, previous tariff moderation and international policy coordination. 4. Conclusions. Bibliography.

## 1. LA HUIDA DE LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS MODERNOS, DE LA PROGRESIVIDAD DEL IRPF Y DE LA PROPORCIONALIDAD DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

En los últimos tiempos se ha recrudecido la preocupación por el fraude fiscal en los países de la OCDE y en los organismos internacionales, y más concretamente por las conductas evasoras que se articulan aprovechando las ventajas de la globalización. La progresividad excesiva que soportan algunas rentas de las personas físicas; la autonomía de la voluntad que consagran los ordenamientos jurídicos civiles; la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, y el libre establecimiento de empresas que rige en la Unión Europea conforman el marco idóneo para la deslocalización de personas y negocios fuera del ámbito territorial de los países con sistemas tributarios progresivos<sup>2</sup>.

2. La Agencia Tributaria Española también participa de la preocupación, según explica en el Plan de Control Tributario 2015 que se aprueba por Resolución de 9 de marzo de 2015 de la Dirección General de la AEAT (BOE del 11 siguiente): «El desarrollo de las nuevas tecnologías y la creciente globalización de la economía permiten a las empresas ofrecer sus servicios a sus potenciales clientes a través de la web, sin sede en España, deslocalizadas, posibilitando actividades total o parcialmente sumergidas junto con otras que, bajo apariencia extranjera, son en realidad empresas españolas que usan Internet para intentar eludir sus obligaciones fiscales. Se va a vigilar, por ello, la información disponible en la red, los indicios de éxito de las páginas de comercio electrónico, e incluso las redes sociales en busca de patrones de comportamiento fraudulentos (tramas carrusel, testaferrós)». Como explica GARCÍA VALERA, Alberto. 2014: «Aspectos fiscales de la internacionalización empresarial y de la inversión extranjera en España». En *Estudios sobre el sistema tributario y la situación financiera del sector público, Libro homenaje al profesor Javier Lasarte Álvarez*. Madrid: IEF, el plan BEPS lanzado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE contiene 15 acciones sustentadas en 3 principios básicos: coherencia a nivel internacional del impuesto de sociedades, definiendo nuevos estándares que eviten la doble no imposición y la disgregación artificiosa entre beneficio imponible y actividades que lo generan; acomodar la tributación y la actividad que la genera, evitando que se desvirtúen las medidas de reparto de la potestad tributaria que contienen los convenios de doble imposición mediante



Parece que desde los países de la OCDE es extremadamente fácil constituir una sociedad en un paraíso fiscal o en un territorio de baja tributación, como los vienen llamando ahora. La facilidad se acrecienta si la jurisdicción de piratería y/o gamberreo fiscal, que son nombres más apropiados, está incrustada en el propio territorio nacional, como le ocurre a España con Andorra y Gibraltar. El cóctel BEPS, que es un auténtico cóctel Molotov fiscal, se compone, pues, de todos estos ingredientes: paraíso fiscal próximo + sistema tributario muy exigente en el país en el que se quiere hacer negocios + autonomía de la voluntad en derecho privado + libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales + libre establecimiento de empresas = personas físicas y jurídicas que dicen que se van a esos idílicos lugares, con sus rentas que escapan de la acción de los impuestos personales sobre la renta de los países en los que realmente viven, negocian y obtienen sus rendimientos...<sup>3</sup>.

Como es sabido, la llamada planificación fiscal *agresiva* en los foros OCDE aprovecha la facilidad para la constitución de empresas en territorios que colaboran poco o nada con las autoridades tributarias de otros países y que mantienen sistemas de baja o nula tributación. Y traslada, aparentemente, los beneficios obtenibles en un país en el que tributarían onerosamente a otro desde el que se opera, o dice que se opera, y en el que tributan poco o nada, merced a una o varias sociedades constituidas *ad hoc*. No es fácil poner coto a estas conductas. Lo primero que habría que plantearse con sinceridad es la causa de las mismas, y reconocer que normas tributarias muy exigentes generan comportamientos huidizos en busca de normas tributarias menos onerosas. Es la historia, el presente y el futuro del Derecho Tributario. En pleno siglo XXI sigue

---

sociedades interpuestas, así como el uso indebido de intangibles y transacciones artificiosas que intentan eludir las reglas sobre precios de transferencia; transparencia, seguridad jurídica y previsibilidad, esto es, intercambio de información completa y relevante entre las Administraciones Tributarias.

3. Posibilidad que no es precisamente de ahora, aunque parece que las autoridades fiscales de los países desarrollados se han percatado, por fin, en estos años de la crisis económica sucesivos a 2007, del volumen de recaudación ingente que se pierde vía paraísos fiscales. Ya CASTÁN TOBEÑAS, José. 1987: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, volumen II, *Introducción y parte general. Teoría de la relación jurídica*. Madrid: Reus, 428 y ss., llamaba la atención del debate en la doctrina europea sobre la deformación del concepto de persona jurídica, que se presta a tantos abusos en materia de fiscalidad, entre otras, por lo que criticaba la concepción formalista de la persona jurídica, y abogaba por un mayor control jurisprudencial de los fines, en línea con el *Common Law*, en el que «no ha influido el exagerado dogmatismo del sistema continental... los tribunales pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura. Esta doctrina *disregard* que autoriza a correr el velo de la forma de la persona jurídica, empezó siendo originariamente una regla de equidad, pero posteriormente se ha convertido en patrimonio conceptual del derecho de sociedades». En virtud del abuso de la forma jurídica no se niega la personalidad jurídica sino en el caso concreto, «lo que naturalmente supone caer en la incertidumbre, o hacer necesaria la intervención previa del legislador».

siendo difícil poner límites a la sacrosanta autonomía de la voluntad para configurar negocios en el derecho civil y mercantil o reducir la no menos sagrada operatividad de los principios de la libre circulación y establecimiento de personas, bienes y negocios, pues inmediatamente hay quien tilda tal empeño como de intentar poner puertas al campo, amén de atentatorio a derechos fundamentales al libre ejercicio de la actividad económica, máxime en el espacio comunitario...<sup>4</sup>.

A nuestro juicio, todos los dogmas son revisables, los recién citados también, así como el dogma de la progresividad, que se ha llevado a niveles quizá excesivos en los impuestos sobre la renta de las personas físicas, detractores de porcentajes de riqueza que exceden del 30% de las bases imponibles de los contribuyentes y que éstos no parecen dispuestos a soportar. Teniendo en cuenta que esas mismas personas físicas tendrán que hacer frente además a impuestos indirectos, tasas, precios y cotizaciones a la Seguridad Social, que fácilmente le detraen otro 20% o más de su renta disponible, nos encontramos ya en el umbral del 50% de riqueza privada que va a parar a las Haciendas Públicas nacionales, regionales y locales; umbral que, como dijera el Tribunal Constitucional Alemán, conforma la zona gris oscura de la confiscatoriedad constitucionalmente prohibida por ilegítima, por vulneradora del derecho de propiedad privada. Traspasar ese umbral significa dar argumentos al contribuyente tendente a evitarla para que tilde de agresiva a esa fiscalidad, y de legítima defensa sus maniobras evasivas<sup>5</sup>.

4. Espacio comunitario que está plagado y/o rodeado de paraísos fiscales o territorios de baja tributación y/o escaso intercambio de información, que reciben a los contribuyentes con clarines y trompetas: Andorra y Gibraltar, Suiza y Luxemburgo, San Marino y Liechtenstein, Mónaco y Chipre, Madeira y Azores, Jersey y Guernsey, Malta e Isla de Man... Los esfuerzos de la OCDE por reducirlos y reconducirlos están siendo notables, máxime a partir de la Administración Obama, que ha hecho más por ello en 6 años que todos los países juntos de la OCDE en toda su historia. Pero juegan al gato y al ratón estos refugios de piratas y delincuentes, simulando transparencia y buena conducta que hay que verificar caso por caso. No basta con firmar 12 convenios con otras tantas jurisdicciones semiopacas, ni la OCDE puede darse por satisfecha con eso. Ni que decir tiene que España es soberana para considerar a un territorio paraíso fiscal. La OCDE no tienen poder normativo. La DA primera de la Ley 36/2006, apartado segundo, en su redacción a partir de 1 de enero de 2015, prevé actualizaciones de la lista caso por caso, según firmen o no convenios con España y superen o no las evaluaciones inter pares del Foro Global de Transparencia. Un Informe de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014 se ha permitido actualizar la lista con efectos 1 de enero de 2015. *Cfr.* OGEA RUIZ, Rodrigo. 2005: «La legislación española y los paraísos fiscales». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

5. Amplia referencia a este criterio en HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. 1998. *Capacidad económica y sistema fiscal (análisis del derecho español a la luz del derecho alemán)*. Madrid: Marcial Pons. ALMUDÍ CID, José Manuel. 2005: «El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 835 y ss., explica las oportunidades que se le ofrecen a las sociedades para diferir/reducir su tributación utilizando las facilidades que brinda la globalización y la respuesta mediante regímenes de transparencia (TFI), traslación al derecho

Las medidas para reconducirla generarán, con toda seguridad, un grado notable de litigiosidad<sup>6</sup>.

Sé que esto que estoy escribiendo lo piensan miles de operadores y comentaristas, no voy a decir que todos, siendo pocos, sin embargo, los que se atreven a decirlo y menos a escribirlo, no les vayan a tratar de poco progresistas y a excluirlos del club de la modernidad. Pero de nada sirve hablar de planificación fiscal agresiva si no se reconoce antes la agresividad de la fiscalidad para con buena parte de los contribuyentes. Las rentas altas tienen fácil el camino de la evasión mediante estratagemas de planificación fiscal agresiva, por lo que son las rentas medias las que soportan todo el rigor de una progresividad excesiva<sup>7</sup>. Como bien dijera el Tribunal Constitucional español, «lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o menos posibilidades de defraudar»<sup>8</sup>. Añado yo que no es que lo tengan

---

español de regímenes antielusivos específicos previamente aplicados por otros Estados, siendo pionero Estados Unidos con su *Controlled Foreign Company* (CFC). Recalca que los comentarios al modelo OCDE han sido revisados para poner de manifiesto que, a juicio de la mayor parte de las Administraciones Tributarias representadas en el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, no existen problemas de compatibilidad entre las normas CFC y los CDI. Evitar la elusión y la evasión fiscal constituye uno de los objetivos de los Convenios de Doble Imposición. Pero el régimen de transparencia fiscal no puede aplicarse a una entidad participada residente en la Unión Europea, salvo que se trate de un paraíso.

6. Y lo que deberíamos intentar todos es de reducirla, que es ya muy elevada. Algunos dedicamos a ello todo un proyecto y un grupo de investigación: *La reducción de la litigiosidad...*, cit. Esfuerzos recientes y notables en CHICO DE LA CÁMARA, Pablo (dir.). 2015: *Una propuesta de medidas alternativas de solución de conflictos (A.D.R.) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*. Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad. Y por parte del Centro de Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma: *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*, disponible en la página web del Centro.

7. Los miles de contribuyentes acogidos a la lamentable amnistía fiscal decretada por el Gobierno de España en 2012 son una buena muestra del escapismo de los sujetos pasivos de rentas altas, encabezados por el exvicepresidente del Gobierno don Rodrigo Rato y Figueiredo. Un país en el que un exministro de Hacienda encabeza las listas de cientos de blanqueadores y de miles de defraudadores debería reflexionar acerca de la practicabilidad de su sistema tributario, de la eficacia de su Agencia Tributaria y de la necesidad de su educación fiscal colectiva. Mientras tanto, bueno sería mejorar en el intercambio efectivo de información tributaria entre Estados, como proponen SÁNCHEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> Esther y MORENO GONZÁLEZ, Saturnina. 2014: «Planificación fiscal, competencia fiscal e intercambio de información tributaria: reflexiones al hilo de las últimas propuestas en los ámbitos de la UE y de la OCDE». En la obra colectiva dirigida por Jesús Ramos Prieto: *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

8. STC 110/1984, de 26 de noviembre. No comparto la crítica que le formula SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel. 2008: *El levantamiento del velo (La responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio)*. Madrid: Marcial Pons, 22, negando que el fraude fiscal afecte a la presión fiscal que soportamos los contribuyentes cumplidores, y ciñendo los efectos del impago al nivel de gastos a efectuar, que se verá perjudicado. Desde que el hacendista Wagner enunciara su teoría de

que pagar, es que llevan –llevamos– años pagándolo día a día los titulares de rentas medias fiscalmente controladas, máxime en tiempos de crisis económica, en que las Agencias Tributarias son incapaces de alcanzar los niveles de recaudación que exige el mantenimiento del Estado Social.

Es menester alcanzar consensos internacionales acerca de los tipos impositivos máximos aplicables en el IRPF y en el IS. En lo que no haya una aproximación notable entre los mismos, acercándolos al entorno del 30/25%, preveo que será difícil que disminuyan las maniobras de deslocalización/evasión/planificación agresiva. Pero en tanto esto ocurre, y tanto si ocurre como si no ocurre, las leyes están para aplicarlas y los Estados tienen que luchar contra la huida de contribuyentes del IRPF al IS y de ambos a territorios fiscalmente opacos y/o de nula o baja tributación<sup>9</sup>.

Como es sabido, los Estados Unidos de América, además de promover todas las iniciativas OCDE, han decidido hacer la guerra por su cuenta a la planificación fiscal agresiva y a los paraísos fiscales a través de la iniciativa FACTA, tildada de «ejemplo de realismo jurídico norteamericano, desde la perspectiva del análisis económico del derecho que traspone al derecho los paradigmas económicos»<sup>10</sup>. La Administración

---

la solidificación del gasto público, están por ver sociedades en las que se rebaje el gasto social alcanzado en un momento histórico concreto por culpa de la defraudación. Sólo crisis económicas graves como la que hemos padecido de 2008 a 2014 han generado recortes en el gasto social, que la presión de los votantes obliga a revertir en cuanto las condiciones lo permitan.

9. También el IVA es figura tributaria abonada para las maniobras fraudulentas deslocalizadoras, sobre todo en el espacio común europeo sin aduanas ni controles efectivos, por mucho que pregone el Plan de Control Tributario 2015 de la AEAT española que es una prioridad la lucha contra las tramas organizadas de fraude en el IVA: pues no se está notando nada, lamentablemente. Es escandaloso el volumen de defraudación que estiman los estudios más solventes. Trayendo a la caja ese 35% de recaudación que se está escaqueando, no habrían hecho falta, muy probablemente, las subidas de los tipos del 16% al 18% y luego al 21%. Los contribuyentes que sí pagan sufragan lo que no pagan los defraudadores, también aquí, de manera palmaria. Muestro de técnicas de planificación fiscal legítima y agresiva y de medidas para combatir a la segunda en BOOTELLO MARTÍN, Vicente y PALACIOS, José. 2005: «Introducción a la planificación fiscal internacional». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1103 y ss.

10. Así MALHERBE, Jaques; TELLO, Carol P. y GRAU RUIZ, Amparo. 2014: *La revolución fiscal de 2014*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 61. En páginas 73 y siguientes nos hacen notar que el Departamento de Justicia USA denunció a la Unión de Banca Suiza por conspiración de fraude en detrimento de los Estados Unidos, al impedir las investigaciones del IRS. Después de que este organismo suizo se avino a colaborar y cantar los datos de los contribuyentes norteamericanos huidizos, muchos de éstos se han acogido a un programa de regularización. Es lo que tiene el realismo jurídico americano del norte y del sur, realismo mágico... El banco suizo más antiguo, el Wegelin & Companie, ha tenido que abonar 74 millones de dólares entre multas y restituciones. Las autoridades suizas parece que se avienen ya a colaborar con el IRS e incitan a sus bancos a hacerlo. Suiza ha firmado un acuerdo IGA2, por el que las entidades financieras transferirán los datos directamente al IRS. Pero parece que todavía se

Obama culpa a los bancos en la sombra, operativos desde paraísos fiscales, de la crisis financiera de 2008, e impone, a todas las entidades financieras del mundo que alberguen cuentas fuera de USA de ciudadanos USA, la obligación de informar al Internal Revenue Service de los titulares de esas cuentas y de sus rendimientos. Si no cumple esta obligación de información, cualquier pagador norteamericano en operaciones con esa entidad financiera incumplidora le aplicará a ésta una retención-sanción del 30% del importe del pago/cobro a percibir. La ley ha entrado en vigor el 1 de julio de 2014, si bien prevé vigencias efectivas estacionadas a lo largo de tres años.

A nuestro juicio, la aplicación de FACTA, y particularmente de esa severa retención/sanción del 30%, generará una dosis difícilmente evaluable de litigiosidad, siendo como es un mecanismo de una efectividad presumible muy elevada. Pero, de entrada, ha acelerado las negociaciones internacionales para implantar ya en 2015 un sistema de intercambio automático de información tributaria. España, con Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, ha compuesto un particular G-5 especialmente diligente, que firma el modelo IGA1 como Acuerdo Intergubernamental con Estados Unidos por el que las entidades financieras operativas en España informarán a la AEAT, y ésta al IRS, de las cuentas de ciudadanos-USA en España<sup>11</sup>.

## 2. LA LITIGIOSA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS GENÉRICAS ANTIABUSO. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO A EFECTOS PURAMENTE TRIBUTARIOS

Las cláusulas antiabuso genéricas son modestamente operativas y generadoras de litigiosidad, al decir de los autores, pues no es fácil la prueba de que una sociedad se ha constituido para burlar a Hacienda, de que carece de objeto específico, de causa lícita o de actividad social verdadera<sup>12</sup>. Ya se ocupan los despachos de abogados,

---

resisten a comunicar el NIF de los titulares, arriesgándose a soportar la retención del 30% si no informan en un plazo de 8 meses...

11. Según MALHERBE, TELLO y GRAU, *op. cit.*, 84, el fundamento jurídico del Acuerdo, que no es un tratado internacional, es el Convenio OCDE relativo a la asistencia mutua en materia fiscal de 25 de enero de 1988, modificado en 2010 para albergar el intercambio automático de información y abrirlo a todos los países, abierto a la firma el 27 de mayo de 2010. *Cfr.* MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso; MORENO GONZÁLEZ, Saturnina y LAMPREAVE PÉREZ, Patricia. 2014: «Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente». *Informe nacional español para el congreso de la European Tax Law Professors*, Estambul, disponible en la web del Instituto de Estudios Fiscales.

12. DÍEZ PICAZO, Luis. 2003: *Sistema de Derecho Civil*, I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 585 y ss., explica que las personas físicas se asocian para conseguir fines muy variados pero el ordenamiento jurídico no le reconoce a toda asociación personalidad jurídica. Las sociedades son ficciones que el ordenamiento

especialistas o no en ingeniería financiera, de que las apariencias de licitud y verosimilitud brillen suficientemente y de que aquello no parezca simulado de ninguna manera, ni tampoco ejecutado en fraude de ley, y de que no pueda ser desmantelado fácilmente con la aplicación de los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, amén de con sus hermanos fiscales, los artículos 13, 15 y 16 LGT. A ello se une una doctrina hipergarantista, y muy influyente en los tribunales, de los derechos del contribuyente, que quiere evitar a toda costa abusos calificadores de las Agencias Tributarias en su actuar diario así como arbitrios judiciales poco meditados. Pensamiento que antepone los derechos de los contribuyentes defraudadores a los derechos de todos los contribuyentes ordinarios a que el sistema tributario se aplique efectivamente en sus principios de generalidad e igualdad, cuya falta de vigencia efectiva distorsiona la contribución de cada cual al sostenimiento de los gastos públicos, haciendo pagar, a quienes ya pagan todo lo que les corresponde, aquello que no fue percibido de los defraudadores<sup>13</sup>.

A nuestro juicio, la autonomía calificadora del Derecho Tributario permite a las Agencias Tributarias calificar, descalificar y recalificar hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito probado de eludir impuestos. La discusión doctrinal acerca de si las cláusulas nacionales antiabuso pueden ser aplicadas a los casos de abuso de los tratados ha sido zanjada por la OCDE, que no ve ningún inconveniente en hacerlo, como nosotros tampoco y en ello incide la acción 6 del plan BEPS. *Substance*

---

reconoce cuando quiere, atendiendo a la existencia de voluntad colectiva, fin social, patrimonio común, organización de medios, idea de permanencia. Se abusa de la personalidad jurídica para cometer fraudes, directos e indirectos o de ley, obviando la aplicación de normas imperativas. Prácticas que se combaten con la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo, aplicable prudentemente cuando se vislumbran tales fraudes. Pero también cabe avanzar por la vía de la coordinación normativa internacional como propone SANZ GÓMEZ, Rafael. 2012: «Las cláusulas antielusión entre coordinación y armonización fiscal. Influencia de la armonización positiva en el margen de acción de los estados miembros». En la obra colectiva dirigida por Francisco Adame Martínez: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 223 y ss.

13. Centrados, sin concesiones a la demagogia, GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio. 2001: *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*. Aranzadi: Cizur Menor y PALAO TABOADA, Carlos. 2001: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española contra el fraude a la ley tributaria». *Crónica Tributaria*, 2001, n.º 98. El Plan de Control Tributario y Aduanero 2015 de la AEAT española enuncia con acierto que el fraude fiscal genera desconfianza en los ciudadanos y el buen funcionamiento de la actividad económica, para lo que avisa de actuaciones presenciales con obligados tributarios respecto de los que existan indicios de deslocalización o de simulación de actividad para ocultar la verdadera actividad o el verdadero titular de las rentas; investigación de patrimonios en el exterior, opacos a la Administración tributaria, especialmente en territorios no colaborativos; investigación de contribuyentes que, no habiendo presentado el modelo 720 de declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, existan indicios de que están ocultando bienes a la Administración Tributaria, y de contribuyentes que, aun habiendo presentado el susodicho 720, existan indicios que pongan de manifiesto la falta de consistencia de los bienes y derechos incluidos en dicha declaración.

*over form* es hace siglos un principio de derecho nacional e internacional, esté mejor o peor explicitado en normas y tratados. El abuso se combate por vía jurisprudencial en el derecho anglosajón y por vía normativa y jurisprudencial en el derecho continental, imponiendo límites al derecho de los contribuyentes a configurar sus negocios libremente<sup>14</sup>. Pero aun así a día de hoy es evidente que a las Agencias Tributarias nacionales les cuesta «desfacer entuertos» que proliferan como setas, incluso entre representantes de la ciudadanía que se exhiben como feroces denunciadores de todo tipo de fraudes<sup>15</sup>. A nuestro juicio, no hay sociedad donde no se reúnan los requisitos normativos que jurisprudencia y doctrina han construido como propios del contrato social. Y todas las sociedades de profesionales deberían ser calificadas como sociedades civiles, privadas de subjetividad a efectos del Impuesto sobre Sociedades. La reforma española aplicable a partir del 2015 excepciona sólo, dejando de ser sujetos pasivos del IS, a las que tengan objeto mercantil, a partir de 1 de enero de 2016. A falta de éste, tributarán los socios en su personal impuesto sobre la renta en el que tendrán que atribuir la renta obtenida a través de esas sociedades, en una variante de transparencia fiscal completamente lógica, que desconoce la personalidad fiscal del

14. Esclarecedora explicación en VEGA HERRERO, Félix Alberto. 2005: «Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 755 y ss., donde se muestra sin embargo reticente a la adopción de nuevas cláusulas específicas antiabuso para combatir nuevos supuestos de elusión, por la complejidad que añaden al ordenamiento. Serán cláusulas complementarias de las generales que descarguen en buena medida a la Administración de la carga de la prueba que conllevan éstas. Su compatibilidad con los CDI habría que verificarla caso por caso.

15. El caso del líder del partido antisistema PODEMOS, Juan Carlos Monedero, facturando servicios de asesoría política a Venezuela a través de sociedades pantalla, ha reavivado la polémica, nunca apagada, sobre la viabilidad fiscal de las sociedades de profesionales y de las sociedades de un solo socio persona física. Sociedades que facturan servicios prestados sin estructura societaria, sin actividad social, sin sede, sin empleados, sin organización de medios productivos, ¿son sociedades? ¿O artificios para tributar por el IS en vez de por el IRPF? IS que admite como gastos deducibles todos los inherentes a la actividad, y que presenta tipos de gravamen considerablemente más bajos que la tarifa progresiva del IRPF, amén de abundantes deducciones en la cuota. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, volumen II, cit., 773 y ss., explica que la causa es la razón económica del negocio, la función económico-social del mismo, la finalidad concreta perseguida por las partes, distinta de los motivos o fines psicológicos individuales y mediatos. En todo negocio, también en el contrato de sociedad, ha de constar la causa, la armonía entre la voluntad concreta y específica de los sujetos contratantes y el esquema preestablecido por la norma. El negocio sin ella se puede tener por inexistente. Y en el tomo IV, *Derecho de las obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Reus, 1981, 561 y ss., nos recuerda que el *animus contrahendae societatis* es el elemento psicológico diferencial y esencial del contrato de sociedad.

ente levantando su velo<sup>16</sup>. A nuestro juicio, está de más esta novedad, que amparará, hasta que sea frenada, la huida del IRPF de más y más profesionales constituidos en sociedades civiles aparentemente mercantiles.

Las Agencias Tributarias también deben comprobar el trabajo efectivo que prestan los socios en las sociedades de profesionales y la facturación del mismo. El socio profesional que materialmente presta el servicio de asesoramiento al cliente debe facturarle a la sociedad a valor de mercado y consecuentemente esa renta debe constar declarada en su personal IRPF, ex artículo 16 LIS y artículo 28.4 y 41 LIRPF<sup>17</sup>. Forma parte de su renta mundial, sea cual sea la sede de esa sociedad de asesores. Si el profesional trabaja por cuenta ajena para la misma, su retribución será un rendimiento del trabajo personal que se presume asimismo retribuido a valor de mercado<sup>18</sup>. Cualquier

16. DÍEZ PICAZO, Luis. 2005: *Sistema de Derecho Civil, II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos, 458 y ss., nos recuerda que la sociedad civil, para serlo, ha de mantener una organización estable y compleja para la consecución de un fin común, un objeto lícito y en interés de todos los socios; conlleva patrimonio común según la jurisprudencia, aunque al Código Civil parezca que le baste con aportaciones de industria; conlleva ánimo de lucro, propósito de obtención de ganancia partible entre los socios; y lo que no es menos importante, *afectio societatis*, esto es, voluntad de unión, *animus contrahendae societatis*, auténtica causa del negocio indagable por el juez para ver si realmente existe la sociedad. La sociedad civil lo es por su objeto, no mercantil, si bien se presume mercantil si adopta la forma anónima o limitada.

17. Con reflejo en sus declaraciones del IVA. El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española dice que se van a vigilar especialmente las tramas de fraude en el IVA para su detección *temprana* (sic). Para mí que en esto la AEAT no va nada *temprana*, va un poco tardía, pero dice que va a utilizar el Registro de Operadores Intracomunitarios, a controlar los depósitos fiscales y depósitos distintos de los aduaneros para evitar la utilización de estos regímenes con fines de elusión fiscal. También se plantea la «detección de esquemas organizados de fraude a través de los que se produce la adquisición masiva y por precios simbólicos de sociedades sobre las que recaen o van a recaer importantes contingencias fiscales, por parte de personas localizables, con el fin de facilitar la elusión de las responsabilidades tributarias de todo tipo en las que hubieran incurrido los anteriores titulares de dichas sociedades». Para SERRANO ANTÓN, Fernando. 2014: «El programa BEPS: La OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional». En la obra colectiva *Fiscalidad en tiempos de crisis*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 495 y ss., las medidas antiabuso van siempre detrás de la realidad, siendo difícil identificar todas las prácticas abusivas, ya que algunas son meras economías de opción. Sostiene que se trata de una labor muy casuística en la que no cabe una posición preestablecida sobre el carácter abusivo de la estructura hipotéticamente abusiva.

18. El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española dice que va a seguir vigilando especialmente a los profesionales (¿?!;) controlando los servicios personales de alto valor, los gastos declarados deducibles, la concordancia de los ingresos con los signos externos de riqueza y «la utilización impropia de personas jurídicas que canalizan rentas de personas físicas con el único objeto de reducir la tributación de la persona física por la diferencia de tipos o que incorporen gastos personales no relacionados con la actividad» (sic). Y ello para



valoración del mismo distinta de éste requiere la prueba a cargo del contribuyente. Si el servicio lo factura una sociedad constituida, domiciliada o radicada en un paraíso fiscal, habrá de probar ésta que el servicio se ha prestado efectivamente desde ese paraíso pues el artículo 8.2 LIS presume la residencia en España si los activos principales o la actividad principal se encuentran aquí. Tendrá que acreditar la sede de dirección efectiva en el paraíso y la existencia de un motivo económico válido para operar desde allí<sup>19</sup>.

También debe ser celosa la AEAT en la aplicación del artículo 8.2 LIRPF neutralizando el cambio de residencia a paraísos fiscales en el período en que se realiza y en los cuatro siguientes (con la salvedad incomprensible de Andorra, tan querida a la familia Pujol, excluida por la Disposición Adicional 21.<sup>a</sup>). No pierde su condición de contribuyente del IRPF español quien dice que se marcha a vivir a un paraíso fiscal, ni aun a partir del 5.º año de la fuga, en el que tendrá que acreditar que vive allí más de 183 días al año, ex artículo 9.1.a LIRPF<sup>20</sup>. En esta prueba fracasan a menudo tenistas

---

evitar que el grueso de la imposición recaiga, de manera ciertamente injusta, sobre aquellos rendimientos que resultan más difícilmente deslocalizables, tal y como sostienen ALMUDÍ CID, José Manuel y SERRANO ANTÓN, Fernando. 2005: «El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros». En la obra colectiva dirigida por el último: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1266.

19. URÍA, Rodrigo.1982: *Derecho Mercantil*. 12.<sup>a</sup> edición. Madrid: Imprenta Aguirre, 118 y ss., explica que toda sociedad mercantil necesita un fondo real de bienes, un fondo patrimonial. Recuerda que es nula la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial, que habrá de hacerse a título definitivo y no de simple goce temporal. Entiende que la causa está íntimamente ligada al objeto: se constituye para el ejercicio en común de una determinada actividad económica (empresa) con ánimo de repartir los beneficios con objeto lícito, «pero establecido por la ley el carácter mercantil de toda sociedad anónima cualquiera que sea su objeto, hay que admitir la posibilidad de que desarrolle una actividad de otro orden». Se considera española a la que se haya constituido con arreglo a nuestras leyes o tenga aquí su domicilio social. «Con el fin de evitar en lo posible la corruptela de los domicilios ficticios, habrán de optar entre el lugar en que se halle establecida la representación legal de la sociedad o aquel en donde radique alguna de sus explotaciones o ejerza las actividades propias de su objeto. El primero de esos lugares será aquél donde funcionen o actúen los órganos jurídicos de la sociedad (consejo de administración y junta general); el segundo aquél donde se despliegue de hecho la actividad económica constitutiva de la empresa social».

20. El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española dice que se va a vigilar especialmente a los contribuyentes con residencia fiscal en España que se sirvan de instrumentos o estructuras híbridas o de otros instrumentos de planificación fiscal agresiva; los casos de doble aprovechamiento de pérdidas o gastos o la generación de pérdidas mediante la transmisión de valores intragrupo; control sobre pagos al exterior de especial relevancia, pagos por dividendos y cánones de destino comunitario, y a las estructuras en que intervienen «conduit companies» (sociedades interpuestas para obtener los beneficios de un convenio). Lo que resulta chocante es que la Ley del IRNR siga declarando exenta la renta derivada de deuda pública en todo caso, ya sea cupón o transmisión o reembolso, ya provenga de paraíso fiscal, lo cual se estableció para asegurar la inversión exterior en España, dada la extrema necesidad

y cantantes, entre otros contribuyentes huidizos de sus responsabilidades fiscales<sup>21</sup>. Resultan asimismo frenos a la huida fiscal hacia territorios más templados el nuevo artículo 95 bis LIRPF, que establece un impuesto de salida gravatorio de plusvalías latentes y emergentes al salir del país por cambio de residencia; y los artículos 23, 26 y 32 LIRPF, reguladores de las comunidades de bienes que se constituyan en el extranjero<sup>22</sup>.

Traer al país la renta que huye utilizando los mecanismos de simulación o fraude de ley es posible aplicando, en España, los artículos 13, 15 y 16 LGT, preceptos que con similares redacciones se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos como cláusulas genéricas antiabuso<sup>23</sup>. El problema de los mismos es la litigiosidad que generan, pues no es fácil operar con automatismos en estos procelosos mundos fraudulentos bien poblados de abogados perspicaces componedores de estrategias de defensa alambicadas. Por ello, es preciso, a nuestro juicio, avanzar en la implantación de

---

de ello en tiempos recientes, tal y como explica GARCÍA VALERA, Alberto: *Aspectos fiscales de la internacionalización empresarial...*, cit. Cfr. JIMÉNEZ BLANCO, José Ignacio. 2005: «El uso de los instrumentos híbridos en la planificación fiscal internacional». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 1221 y ss.

21. Cfr. GRACIA ESPINAR, Eduardo y LETE ACHIRICA, Carlos. 2005: «Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales». En *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF, 699-729.

22. El catálogo de prácticas fraudulentas que preocupan a las AEAT y describe SÁNCHEZ HUETE, Miguel Ángel: *El levantamiento del velo...*, cit., 28-30 es espeluznante por verídico: ocultación de bienes aportándolos a sociedades patrimoniales, otorgando capitulaciones matrimoniales simuladas o constituyendo cargas ficticias sobre los bienes; interposición de personas como administradores que no tienen ningún bien; utilización de entramados de sociedades, dentro de un grupo, que carecen de bienes patrimoniales propios; actividad de entidades que se dedican a la creación de sociedades para su posterior venta, albergando bienes perseguibles; creación de cadenas de sociedades sucesivas por las mismas personas, que se van dejando sin actividad a medida que acumulan deudas sin pagar; creación de sociedades pantalla, que asumen deudas en lugar de otras que poseen los activos; creación de sociedades refugio en las que almacenar el patrimonio del auténtico obligado tributario.

23. Y en la Directiva 2015/121/UE, para neutralizar esquemas de negocio que sólo buscan una ventaja fiscal, sin responder a razones comerciales válidas que reflejen una actividad económica legítima. A favor de la compatibilidad de normas genéricas y específicas antiabuso, sean de derecho interno o internacional, CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor. 2005: «Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 781 y ss. A su juicio, la normativa interna española en materia de entidades en régimen de atribución de rentas acoge –y muchas facetas amplía– la filosofía OCDE desconocedora del estatus de sociedad para las sociedades de personas –*partnerships*–. Aclara la operatividad de la cláusula de beneficiario efectivo como neutralizadora de la utilización de sujetos interpuestos para la percepción de rentas que pretenden acogerse indebidamente a las ventajas de los CDI. Aplauda la normativa española que sujeta las rentas de artistas y deportistas por actuaciones en España «aun cuando se perciban por una entidad distinta», frecuentemente constituida ad hoc en paraíso.

cláusulas antiabuso específicas<sup>24</sup>, claras, contundentes, de transparencia fiscal nacional e internacional, que traigan a los impuestos personales las rentas huidizas de ellos, al modo en que lo hacen los artículos 91, 92 y 95 LIRPF, reguladores de la transparencia fiscal internacional, de la imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen a sociedades constituidas en el extranjero, y de la imputación de rentas de las SICAV, FIM y SIM constituidas en países o territorios considerados paraísos fiscales<sup>25</sup>. Mecanismos en los que hay que seguir profundizando al objeto de mejorar su aplicación efectiva y su adaptación a las nuevas maniobras defraudatorias que surgen para evitarlos<sup>26</sup>.

### 3. CLÁUSULAS ESPECÍFICAS ANTIABUSO MENOS LITIGIOSAS CONTRA LA PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA, PREVIA MODERACIÓN TARIFARIA Y COORDINACIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL

Lo primero que habría que plantearse es qué es la planificación fiscal *agresiva*, dónde comienza ésta por terminar la *legítima* planificación tendente a cumplir con las obligaciones tributarias de la manera menos onerosa posible, previendo de antemano

24. La Comisión Europea ha propuesto la modificación de la Directiva Matriz-Filial (Directiva 2011/96UE) para que, cuando los beneficios distribuidos por la filial sean gasto deducible en origen, no lo sean también en destino. La acción 2 del plan BEPS quiere adaptar las normas tributarias para evitar que los pagos sean deducibles en un país mientras el rendimiento correspondiente sea gravado en otro. La neutralización de los efectos de los instrumentos híbridos, tratados de manera diferente en dos países, que posibilitan una doble deducción, es explicada por MALHERBE, Jaques; TELLO, Carol P. y GRAU RUIZ, Amparo: *La revolución fiscal de 2014*, 166-171.

25. Sociedades que tendrán que reunir para ser reconocidas como tales en el Derecho español los clásicos requisitos de consentimiento, objeto y causa. Como recuerda CASTÁN TOBEÑAS, José. 1978: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Madrid: Reus, 486 y ss., el consentimiento es el alma del contrato social, el acuerdo de voluntades dirigido a un fin común. El objeto ha de ser real o posible, lícito y determinado o susceptible de determinación. Y la causa el hecho que explica y justifica la creación de una obligación por la voluntad de las partes. La causa ha de existir y ser verdadera y lícita. Es simulada cuando se hace aparecer una distinta de la verdadera. La causa falsa genera la inexistencia del contrato. La causa simulada ha de despreciarse y atenderse a la verdadera y lícita. Se presume la licitud de la causa mientras no se demuestre lo contrario, por lo que es la Agencia Tributaria quien corre con la carga de la prueba de desmontar entramados societarios sin causa.

26. Cfr. LUCAS DURÁN, Manuel. 2014: «La planificación fiscal y sus límites jurídicos: cuestiones sustantivas y procedimentales de las Cláusulas antielusivas previstas en las LGT». En la obra colectiva dirigida por Isaac Merino Jara: *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*. Barcelona: Bosch, 35 y ss.

la selección de las opciones económicas más convenientes dentro de las legítimas. Es evidente que no es fácil trazar la frontera entre la una y la otra, siendo esta materia extremadamente sometida a la apreciación subjetiva de cada cual, según ha quedado puesto de manifiesto en los epígrafes anteriores<sup>27</sup>. Ello no obstante, creo que el umbral del 50% de riqueza global personal detraible es un umbral más que razonable para que no debiera ser sobrepasado por los sistemas tributarios contemporáneos. Lo que significa, en mi opinión y dando por supuestos impuestos indirectos, tasas, precios y cotizaciones sociales que detraen más del 20% de la riqueza disponible de los contribuyentes, que los impuestos personales sobre la renta no debieran exceder en sus tarifas del 30%<sup>28</sup>.

Por otra parte, no puede perderse de vista la dificultad de acometer cualquier planificación fiscal, agresiva o no agresiva, a la vista de los cambios constantes que soporta la normativa reguladora de los sistemas tributarios modernos, que ofrecen hoy opciones ayer inexistentes, y viceversa. La falta de estabilidad normativa dificulta cualquier planificación a medio plazo, no digamos a largo, y hace incierta incluso la planificación a corto, para un periodo impositivo. Más que de planificación fiscal, que en un entorno de normas cambiantes no es fácil de acometer, lo que proliferan son los intentos descarados de huir de los sistemas tributarios de los países desarrollados, maniobras que se ven favorecidas por las nuevas tecnologías en un mundo globalizado<sup>29</sup>.

27. El análisis del catálogo de prácticas de planificación fiscal agresiva o ilegítima al que se refiere el Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española es inabordable en estas modestas páginas. Algunas han tenido respuesta normativa: no deducibilidad de gastos financieros derivados de préstamos entre empresas de un mismo grupo para la adquisición de participaciones en entidades del propio grupo, cuestión en la que incide la acción 4 del plan BEPS; no deducción de determinados deterioros de valor de participaciones en el capital social de entidades así como de determinadas pérdidas de establecimientos permanentes. Pero no se han desarrollado al máximo todas las posibilidades que ofrece la técnica del levantamiento del velo en materia tributaria. Siguen arrojando luz LOZANO SERRANO, Carmelo. 2001: *La transparencia fiscal*. Cizur Menor: Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi; y *cfr.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis y MERINO JARA, Isaac. 1994: «El levantamiento del velo en el marco de la defraudación tributaria». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, mayo-agosto 1994.

28. Como explican MARTÍN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo; TEJERIZO LÓPEZ, José Manuel y CASADO OLLERO, Gabriel. 2014: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos, 115-116, es muy difícil fijar los confines de la confiscatoriedad prohibida al sistema tributario. Y casi igual de difícil fijarle el domicilio a las sociedades que no quieren tener ninguno, como explica MONDINI, Andrea. 2014: «Movilidad de las sociedades entre competencia fiscal perniciosa, planificación fiscal agresiva y libertad europea: algunas reflexiones desde la experiencia italiana». En la obra colectiva dirigida por Jesús Ramos Prieto: *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 321 y ss.

29. Ya la acción 1 del plan BEPS se centra en la economía digital, que se desarrolla sin sedes ni establecimientos permanentes, huyendo del impuesto sobre la renta del país en el que se genera el beneficio, impuesto que hay que restablecer, alineándolo con la localización real

La llamada planificación fiscal agresiva es un eufemismo, una expresión que ha hecho fortuna para describir el catálogo de estrategias de huida al que los ordenamientos tributarios deben responder en la línea de la definición de cláusulas antiabuso genéricas y específicas, de reglas de transparencia fiscal que traigan a los impuestos personales la renta que pretende huir de ellos mediante esas estrategias de planificación fiscal agresiva, nacional y sobre todo internacional<sup>30</sup>.

Creo que se debe aplicar la máxima severidad con quienes operan a través de paraísos fiscales y territorios de baja tributación mediante normas contundentes en los CDI y en los tratados multilaterales que auspicia la OCDE. Las cláusulas específicas antiabuso son compatibles con las cláusulas genéricas antiabuso, ya sean unas y otras nacionales o internacionales, pues todas tienen el loable fin de combatir el fraude de ley/conflicto en la aplicación de la norma y la simulación<sup>31</sup>. Cláusulas específicas antiabuso que tienen historia y recorrido en materia de precios de transferencia, a los que se

---

de las actividades económicas, tal y como explican MALHERBE, Jaques; TELLO, Carol P. y GRAU RUIZ, Amparo: *La revolución fiscal de 2014*, cit., 162-166. De cómo pueden organizar los inversores sus actuaciones en España sin incurrir en prácticas ilegítimas se ocupan RAMOS RAICH, Juan Ramón y GONZÁLEZ TURIGAS, Cristina. 2005: «Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión extranjera en España». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

30. La acción 3 del plan BEPS de reforzamiento de las reglas sobre las entidades financieras controladas quiere transparentar y traer al impuesto del que huyen las rentas de sociedades intermediarias, para lo cual puede ser preciso modificar algunos CDI. Y la acción 5 poner coto a los regímenes preferenciales dañinos, que no pueden escudarse en la soberanía fiscal del país para establecer tarifas nulas o muy bajas, incluso negociadas con los interesados, con generosas excepciones a su propia aplicación, siempre opaca. HERRERA MOLINA, Pedro. 2005: «Los convenios de doble imposición ante las libertades comunitarias (análisis de la jurisprudencia del TJCE)». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*, CEF: Madrid, 1079 y ss., llama la atención sobre la doctrina del Tribunal Europeo, nada proclive a que se restrinjan libertades comunitarias por normas antiabuso, lo que le convierte, a decir de algunos, en «excelente aliado de la planificación fiscal internacional». Pero la tendencia está cambiando últimamente. Que el Derecho Comunitario prevalezca sobre los CDI no significa que ampare maniobras abusivas. No cabe una defensa interesada y a ultranza de las libertades comunitarias para acometer planificaciones fiscales agresivas.

31. La acción 7 del plan BEPS incide en la práctica reciente de reemplazar el papel de distribuidor por el papel de comisionista que no revela la identidad ni la sede del comitente evitando el estatus de establecimiento permanente. Y en la práctica de fragmentar actividades en el interior de una empresa y entre empresas del grupo para minimizar su duración. La acción 7 quiere reconducir el uso de intangibles para deslocalizar beneficios, y que éstos sean gravados en el lugar en el que se producen. GARCÍA BERRO, Florián. 2012: «Anotaciones sobre el principio de prohibición de abuso en la jurisprudencia reciente del TJUE». En la obra colectiva dirigida por Francisco Adame Martínez: *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 205 y ss., sostiene que pueden sancionarse las prácticas abusivas cuando pueda llegarse a la conclusión de que integran el tipo objetivo de infracción, posición que compartimos.

refieren las acciones 8 a 13 del Plan BEPS<sup>32</sup>: se trata de coger el toro por los cuernos, siguiendo la técnica americana de obligar a los contribuyentes a declarar los esquemas de planificación fiscal agresiva que están utilizando. Esto ha sido ya calificado por cualificados expertos como «poner el carro delante de los bueyes» y «de emprender acciones antes de haber reunido los datos relativos a su eventual necesidad»<sup>33</sup>.

No comparto tal calificación descalificadora. Los datos sobre las prácticas presuntamente fraudulentas sí se tienen de antemano. Conminar a contribuyentes sospechosos de anomalías a desvelar su estrategia artificiosa o simuladora no tiene nada de arbitrario. Y nada tienen que temer si operan dentro de los límites de las opciones fiscales legítimas. Sí que entiendo, sin embargo, la preocupación por el incremento de litigiosidad que puede generar conferir a las Administraciones Tributarias nuevos y mejores poderes de calificación. Es un riesgo que hay que correr cada vez que se adoptan nuevas normas para perseguir nuevas modalidades de fraude. Es el precio que hay que pagar por acomodar el ordenamiento jurídico a la persecución de las nuevas maniobras que lo defraudan. La propia OCDE es consciente de ello y propone el arbitraje obligatorio en la acción 14 del plan BEPS, y entretanto, que se mejore el procedimiento amistoso de resolución de conflictos habitualmente previsto en los CDI<sup>34</sup>.

32. El Plan de Control Tributario 2015 de la Agencia Tributaria Española anuncia que vigilará, en materia de precios de transferencia, las operaciones de reestructuración empresarial complejas, los servicios intragrupo prestados o recibidos y operaciones sobre intangibles relevantes. Se analizará especialmente la correcta aplicación del método del margen neto transaccional en determinados sectores. Continuarán desarrollándose actuaciones de instrucción y resolución de acuerdos previos de valoración de operaciones entre personas y entidades vinculadas, como instrumento de prevención del fraude, aumento de la seguridad jurídica y reducción de la litigiosidad futura. Cfr. RAVENTÓS CALVO, Stella. 2005: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional». En la obra colectiva dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF, 1171 y ss.

33. Así MALHERBE, Jaques; TELLO, Carol P. y GRAU RUIZ, Amparo: *La revolución fiscal de 2014*, cit., 179. Las acciones 8 a 13 del plan BEPS se detienen en las diversas modalidades de troteo que practican las multinacionales, encuadrables en el mundo de los precios de transferencia, a las que la OCDE quiere poner coto: informes país por país junto al informe global del grupo, todos ellos en inglés, lo que provoca las ironías de los autores citados –página 182–. Todas las medidas del plan BEPS van a incrementar la litigiosidad, según acerba crítica que enarbolan sin piedad en las páginas 182-189, con planteamientos asumibles por abogados defensores de las multinacionales.

34. Cfr. SERRANO ANTÓN, Fernando. 2005: «La cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional». En la obra colectiva por él dirigida: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF, 949 y ss., propone que se corrijan las deficiencias del procedimiento amistoso, en el que no existe obligación de alcanzar una solución, no queda garantizada la eliminación de la doble imposición, dura excesivamente el procedimiento, el contribuyente no es parte, no se publican los criterios y hay problemas de ejecución de los acuerdos, razones todas por las que buena parte de la doctrina se inclina por el arbitraje obligatorio. Así GARCÍA FRÍAS, M.<sup>a</sup> Ángeles. 2005: «El arbitraje tributario internacional». En la obra colectiva

## 4. CONCLUSIONES

Buena parte de las medidas que propone el plan BEPS necesitarían de su implantación coordinada a nivel internacional, para lo cual se propone una suerte de macrotratado multilateral, de difícil confección –acción 15–. Como una norma de esa envergadura no es realizable en unos días, hemos de conformarnos con apostar por medidas más practicables, tales como demandar compromisos entre los Estados para aproximar los respectivos tipos impositivos de los impuestos sobre la renta de las personas físicas y jurídicas a niveles no abrasivos. Compromisos en el camino de instaurar ya el intercambio automático de información tributaria relevante. Compromisos en cuanto al aislamiento económico efectivo de los paraísos fiscales que lo sigan siendo. Compromisos en cuanto a la adopción de cláusulas antiabuso específicas en los convenios y en las normas internas que desmonten entramados societarios artificiosos, particularmente los dispuestos por profesionales y los organizados utilizando paraísos. Y compromisos, en fin, en cuanto al establecimiento de un órgano jurisdiccional o arbitral fiscal internacional que resuelva en tiempo razonable los conflictos de derecho tributario internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMUDÍ CID, J. M. 2005: «El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- ALMUDÍ CID, J. M. y SERRANO ANTÓN, F. 2005: «El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros» En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- BOOTELLO MARTÍN, V. y PALACIOS, J. 2005: «Introducción a la planificación fiscal internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. 2005: «Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, volumen II, *Introducción y parte general. Teoría de la relación jurídica*. Madrid: Reus, 1987; tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Madrid: Reus, 1978; y tomo IV, *Derecho de las obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*. Madrid: Reus, 1981.
- CHICO DE LA CÁMARA, P. (dir.). 2015: *Una propuesta de medidas alternativas de solución de conflictos (ADR) en el sistema tributario español con especial referencia al arbitraje*. Madrid: Fundación Impuestos y Competitividad.

---

dirigida por Fernando Serrano Antón: *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF, 1053 y ss. El procedimiento arbitral ya se sigue en el ámbito del Convenio Europeo Multilateral para la supresión de la doble imposición de beneficios entre empresas vinculadas, de 23 de julio de 1990 (90/436/CEE), como última fase a poner en marcha una vez concluido el procedimiento amistoso. Valora positivamente la viabilidad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como tribunal arbitral.

- DÍEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 2003 y II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Madrid: Tecnos, 2005.
- GARCÍA BERRO, F. 2012: «Anotaciones sobre el principio de prohibición de abuso en la jurisprudencia reciente del TJUE». En F. Adame Martínez (dir.): *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA FRÍAS, M.<sup>a</sup> Á. 2005: «El arbitraje tributario internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF.
- GARCÍA VALERA, A. 2014: «Aspectos fiscales de la internacionalización empresarial y de la inversión extranjera en España». En *Estudios sobre el sistema tributario y la situación financiera del sector público, Libro homenaje al profesor Javier Lasarte Álvarez*. Madrid: IEF.
- GONZÁLEZ GARCÍA, E. 2001: *El fraude a la ley tributaria en la jurisprudencia*. Aranzadi: Cizur Menor.
- GRACIA ESPINAR, E. y LETE ACHIRICA, C. 2005: «Fiscalidad de artistas y deportistas. Aspectos internacionales». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF.
- HERRERA MOLINA, P. M. 1998: *Capacidad económica y sistema fiscal (análisis del derecho español a la luz del derecho alemán)*. Madrid: Marcial Pons.
- JIMÉNEZ BLANCO, J. I. 2005: «El uso de los instrumentos híbridos en la planificación fiscal internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- LOZANO SERRANO, C. 2001: *La transparencia fiscal*. Cizur Menor: Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria Aranzadi.
- LUCAS DURÁN, M. 2014: «La planificación fiscal y sus límites jurídicos: cuestiones sustantivas y procedimentales de las Cláusulas antielusivas previstas en las LGT». En I. Merino Jara (dir.): *Procedimientos tributarios: aspectos prácticos*. Barcelona: Bosh.
- MALHERBE, J.; TELLO, Carol P. y GRAU RUIZ, A. 2014: *La revolución fiscal de 2014*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario.
- MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G. 2014: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ GINER, L. A.; MORENO GONZÁLEZ, S. y LAMPREAVE PÉREZ, P. 2014: «Nuevo intercambio de información tributaria versus medidas tributarias de efecto equivalente». *Informe nacional español para el congreso de la European Tax Law Professors*. Estambul, disponible en la web del Instituto de Estudios Fiscales.
- MONDINI, A. 2014: «Movilidad de las sociedades entre competencia fiscal perniciosa, planificación fiscal agresiva y libertad europea: algunas reflexiones desde la experiencia italiana». En J. Ramos Prieto (dir.): *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- OGEA RUIZ, R. 2005: «La legislación española y los paraísos fiscales». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- PALAO TABOADA, C. 2001: «Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española contra el fraude a la ley tributaria». *Crónica Tributaria*, 2001, n.º 98.
- RAMOS RAICH, Juan Ramón y GONZÁLEZ TURIGAS, Cristina. 2005: «Aspectos relevantes de la planificación fiscal internacional de la inversión extranjera en España». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- RAVENTÓS CALVO, S. 2005: «La reestructuración empresarial como instrumento de planificación fiscal internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.



- SÁNCHEZ HUETE, M. Á. 2008: *El levantamiento del velo (La responsabilidad de la sociedad pantalla y refugio)*. Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> E. y MORENO GONZÁLEZ, S. 2014: «Planificación fiscal, competencia fiscal e intercambio de información tributaria: reflexiones al hilo de las últimas propuestas en los ámbitos de la UE y de la OCDE». En J. Ramos Prieto (dir.): *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- SANZ GÓMEZ, R. 2012: «Las cláusulas antielusión entre coordinación y armonización fiscal. Influencia de la armonización positiva en el margen de acción de los estados miembros». En F. Adame Martínez (dir.): *Armonización, coordinación fiscal y lucha contra el fraude*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- SERRANO ANTÓN, F. 2005: «La Cláusula de procedimiento amistoso de los convenios para evitar la doble imposición internacional». En *Fiscalidad Internacional*. Madrid: CEF.
- SERRANO ANTÓN, F. 2014: «El programa BEPS: La OCDE contra la erosión de bases imponibles y la traslación de beneficios en el marco internacional». En *Fiscalidad en tiempos de crisis*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. y MERINO JARA, I. 1994: «El levantamiento del velo en el marco de la defraudación tributaria». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, mayo-agosto 1994.
- URÍA, R. 1982: *Derecho Mercantil*. 12.<sup>a</sup> edición. Madrid: Imprenta Aguirre.
- VEGA HERRERO, F. A. 2005: «Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional». En F. Serrano Antón (dir.): *Fiscalidad Internacional*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- VV. AA.: *Informe sobre la Justicia Administrativa 2015*. Centro de Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma, disponible en la página web del Centro.



# La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el Derecho Privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos

*The civil liability for harmful lawful acts in Private Law: brief reflections from a comparative law perspective of a main South American and European legal systems*

**Héctor Augusto Campos García**<sup>(\*)</sup>(\*\*)

Profesor de Derecho Civil

Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)

Fecha de recepción: 24 de julio 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Especialización en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España). Asociado del Estudio Linares Abogados. Correo: h.campos@pucep.edu.pe. URL: <http://orcid.org/0000-0002-4032-4419>.

(\*\*) Quiero expresar mi gratitud a don José María León González, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, por su disposición al intercambio de ideas respecto del tema objeto del presente estudio. Asimismo, agradezco a Mauro Grondona, profesor del Dipartimento di Giurisprudenza della Università degli Studi di Genova, quien gentilmente revisó una versión preliminar del presente trabajo. Cualquier yerro es de exclusiva responsabilidad del autor.

## Resumen

El estudio de la responsabilidad civil desde una perspectiva polifuncional implica una revisión de los presupuestos que determinan el surgimiento de una obligación resarcitoria en el responsable. Uno de esos elementos que deben ser analizados de forma crítica es el de la *antijuridicidad* o *ilicitud*; ya que si se concibe que la responsabilidad civil ha dejado de ser una reacción sancionatoria contra la conducta que generó el daño, entonces pierde fundamento el reconocer a la *ilicitud* como un presupuesto condicionante de la tutela resarcitoria. De lo anterior se deduce que sería plenamente viable el construir una categoría autónoma y operativa de los *actos lícitos dañosos*. El presente trabajo está destinado a identificar la necesidad, el fundamento y la estructura de los *actos lícitos dañosos* desde una perspectiva comparatista que tome en consideración las principales codificaciones sudamericanas y europeas.

**Palabras clave:** Actos lícitos dañosos; antijuridicidad; responsabilidad civil; *ilicitud*; Administración Pública; responsabilidad aquiliana; daño lícito.

## Abstract

*The study of Civil Liability from a polyfunctional perspective involves a revision of the emergence requirements of an obligation to compensate. As one of those requirements, the illegality or unlawfulness has to be analyzed in a critical way; because if civil liability is no longer conceived as a sanctioning reaction against the harmful act, then there is no fundament in recognizing the unlawfulness as a determining element of compensatory tutelage. It follows from the above that it would be fully viable to build an independent and operative category of lawful harmful acts. The present work is intended to identify the need, fundament and structure of the lawful harmful acts from a comparative perspective that takes into account the main South American and European codifications.*

**Key words:** Harmful lawful acts; illegality; civil liability; unlawfulness; Public Administration; tortious liability; lawful harm.

**Sumario:** 1. A modo de introducción: objetivos y orden de la exposición; 2. Precisiones conceptuales a la noción de *antijuridicidad* o *ilicitud* en el marco de la responsabilidad civil; 3. La necesidad de teorizar respecto de los actos lícitos dañosos: una visión comparativa entre los formantes legislativos de Sudamérica y Europa; 3.1. El carácter oscilante de la antijuridicidad o *ilicitud* como elemento de la responsabilidad civil en la codificación europea; 3.2. La ausencia de la antijuridicidad o *ilicitud* como elemento de la responsabilidad civil en los Principios Europeos de la responsabilidad civil; 4. La categoría de los actos lícitos dañosos desde una perspectiva comparatista, con especial referencia al modelo italiano; 4.1. La irrelevancia de los actos lícitos dañosos en la responsabilidad civil: su estudio desde la responsabilidad civil de la Administración Pública; 4.2. La excepcionalidad de los actos lícitos dañosos en el régimen de la responsabilidad civil del Derecho Privado; 4.3. La regularidad de los actos lícitos dañosos en el régimen general de la responsabilidad civil del Derecho Privado; 4.3.1. La complementariedad entre los actos lícitos y los actos ilícitos como actos generadores de responsabilidad civil; 4.3.2. La omnicomprensividad del hecho jurídico dañoso desde una perspectiva solidarista; 4.3.3. La complementariedad de la responsabilidad aquiliana y la responsabilidad no aquiliana; 5. Conclusiones.

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

El discurso sobre la responsabilidad civil, sin importar el ordenamiento jurídico que se tome como referencia, es uno de los tópicos más sensibles y controvertidos que existen en el Derecho Privado. Sensible porque está directamente relacionado con los daños (materiales o morales, patrimoniales o no patrimoniales) que pueda sufrir un sujeto determinado; es decir, con los menoscabos o perjuicios que puede sufrir una esfera jurídica. Controvertido porque al estar directamente relacionado con la administración del coste de los daños ocasionados y con la circulación de la riqueza<sup>1</sup> despierta discusiones que trascienden a lo jurídico y que se encuadran en el ámbito económico y filosófico<sup>2</sup>.

Además se debe tener en consideración que la tutela contra los daños ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo que ha determinado toda una «transformación funcional»<sup>3</sup>; es decir, una metamorfosis del fundamento de la responsabilidad civil tanto en el *civil law* como en el *common law*<sup>4</sup>, lo cual ha llevado a un sector de la doctrina civil a afirmar un abandono de la «responsabilidad civil» a favor de un acogimiento del «derecho de daños».

Si bien esta no es la sede para discutir con detenimiento respecto de las funciones de la responsabilidad civil; sin embargo, respetuosamente no compartimos la visión de quienes consideran que por haber operado un cambio de paradigma en la responsabilidad civil (del responsable a la víctima), la función resarcitoria o compensatoria habría adquirido un rol primordial, de modo que se postula la presencia de un nuevo principio general del Derecho que podría formularse como el *favor victimae* o principio *pro damnato*.

El problema con la tesis comentada radica en el extremismo en el que incurre, ya que resulta igual de equívoco haber reconocido una prevalencia de la función sancionatoria de la responsabilidad civil a establecer, hoy por hoy, que es la función resarcitoria la prevalente en desmedro de otras, ya que la misma puede llevar a resultados del todo desmesurados que deben ser evitados<sup>5</sup>.

1. FRANZONI, Massimo. 2001: «La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones». Tr. por Leysser León Hilario. En AA. VV.: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara, 187-227.

2. PAPAYANNIS, Diego M. 2010: *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.

3. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. 2001: «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*)». En AA. VV.: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara, 229-279.

4. PONZANELLI, Giulio. 1992: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Società editrice «il Mulino», 25-36.

5. Se ha manifestado de forma crítica respecto de los excesos en los que se incurre al momento en que la tutela resarcitoria se emplea como mecanismo para enriquecer a las víctimas,

La doctrina peruana más autorizada toma partido por la multifuncionalidad de la responsabilidad civil<sup>6</sup>, en ese sentido, en específico desde nuestro punto de vista, en la actualidad cumplen el mismo nivel de importancia la función resarcitoria o compensatoria, la preventiva y la distributiva con carácter general, siendo el principal problema del intérprete el conseguir un adecuado balance de estas funciones sin que se produzca un desmedro injustificado de los intereses del agente o de la víctima.

Frente a un panorama como el descrito, en donde la prevención es una función admitida de la responsabilidad civil, se ha cuestionado si de verdad el pago de la *indemnización* sirve para prevenir un suceso lesivo que ya ha tenido lugar<sup>7</sup>, ello con la finalidad de negar la presencia de una función preventiva de la tutela resarcitoria.

Desde nuestro punto de vista, la responsabilidad civil cumple una función preventiva indiscutible. Evidentemente, el punto de análisis no recae en determinar si el resarcimiento que se paga respecto de un daño previene el daño que ya fue cometido, ello sería enfocar la responsabilidad civil desde una perspectiva limitadamente intersubjetiva, sin tomar en consideración el nivel macrosistémico del problema.

Lo cierto es que desde el momento en que la determinación del criterio de imputación (subjetivo y objetivo) aplicable para justificar el traspaso del coste económico del daño de la víctima al causante se realiza a través de un análisis de las capacidades de prevención del sujeto para evitar el daño, se reconoce de manera indubitable la presencia de la función preventiva de la responsabilidad civil no solo a nivel diádico

---

LLAMAS POMBO, Eugenio. 2011: «El derecho de daños, sistema y problema». En *Problemas actuales de la responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 27 y 31, quien señala que ese escenario «no es responsabilidad civil, sino un sucio negocio indemnizatorio cuya eventual importación, obvio es, repugna a la inteligencia jurídica más elemental».

6. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. 2003: *La responsabilidad extracontractual*. 7.ª ed., 1.ª reimp. Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV, t. I. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 47-67; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. 2003: «El sistema de responsabilidad extracontractual». En *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 499 y ss.; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2006: *Derecho de la responsabilidad civil*. 4.ª ed. Lima: Gaceta Jurídica, 52-54; MORALES HERVIAS, Rómulo. 2006: «La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)». En *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, 617-669; LEÓN HILARIO, Leysser. 2006: *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Cuaderno de trabajo, n.º 2. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 20-36; MERINO ACUÑA, Roger. 2010: «Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del “desarrollo de la industria”». *Revista Jurídica del Perú*, 2010, t. 107: 215-242.

7. LLAMAS POMBO, Eugenio. 2011: «Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños». En *Problemas actuales de la responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 48-57.

(prevención específica), sino a nivel sistémico (prevención general) de cara a las futuras ocasiones de daños que puedan presentarse.

Frente a lo indicado en el párrafo anterior, no podría replicarse válidamente que se incurre en una superposición de conceptos respecto a la «previsibilidad» o «evitabilidad» del daño, ya que estos criterios sirven para cuantificar el daño causado (*quantum*); por el contrario, las «capacidades de prevención» están relacionadas con la imputación de responsabilidad (*quid*) que es un problema diferente al de la cuantificación.

En función de lo expuesto, no se puede establecer una relación de antítesis entre «responsabilidad civil» y «tutela resarcitoria», como si la segunda denominación fuese superior a la primera. En realidad son complementarias, ya que mientras la primera hace énfasis en la imputación de la obligación resarcitoria del causante, la segunda alude a la reparación de los daños efectivamente ocasionados, siendo dos caras de un mismo fenómeno. Por ello, a lo largo del presente trabajo emplearemos indistintamente ambas denominaciones.

En función de lo expuesto, debemos convenir en que así como «no hay responsabilidad civil sin daño», tampoco debe haber «responsabilidad civil sin criterio de imputación».

Lo primero es el resultado del cambio de paradigma antes mencionado (en donde se reconoce la importancia de la función compensatoria). Lo segundo constituye el precepto necesario a tomar en consideración para que no se incurra en excesos al momento de responsabilizar a un sujeto (en donde se reconoce a la función preventiva al mismo nivel de la función compensatoria).

De este modo, resulta de vital importancia determinar el motivo por el cual el responsable va a afrontar el resarcimiento de un daño, ya que resultaría una afectación directa a cualquier sistema jurídico que se considere coherente el que se produzca la reparación de un daño por el solo hecho de considerar, equívocamente, a la víctima del daño como la parte débil de la responsabilidad civil.

Como se podrá comprender, en el contexto descrito se hace necesaria la revisión de cada uno de los elementos que determinan la procedencia de la tutela resarcitoria con la finalidad de armonizarlos con la perspectiva funcional que se plantea. En el presente artículo nos limitaremos a analizar de forma crítica la *antijuridicidad* o *ilicitud* como condicionantes de la responsabilidad civil.

De este modo, nuestro objetivo principal consiste en evidenciar que la *ilicitud* no es un elemento de la responsabilidad civil, ni referido a la conducta del causante del daño y mucho menos al daño en sí mismo considerado. Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, queremos contribuir a establecer la necesidad de teorizar sobre los *actos lícitos dañosos* de manera general en el Derecho Privado. Por último, es nuestra

intención proponer directrices operativas concretas para el funcionamiento de la categoría de los *actos lícitos dañosos*<sup>8</sup>.

Para cumplir con los objetivos propuestos hemos estructurado el presente trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, realizaremos precisiones conceptuales a la noción de *antijuridicidad* o *ilicitud* en el análisis de la responsabilidad civil; en segundo lugar, reflexionaremos sobre la necesidad de teorizar sobre la categoría de los *actos lícitos dañosos* a partir de la revisión de los principales formantes legislativos en Sudamérica y en Europa; en tercer lugar, revisaremos las principales construcciones doctrinarias que se han formulado respecto de la categoría de los *actos lícitos dañosos*; finalmente, plantearemos nuestras conclusiones tendientes a construir la categoría bajo análisis en términos operativos.

## 2. PRECISIONES CONCEPTUALES A LA NOCIÓN DE ANTIJURIDICIDAD O ILICITUD EN EL MARCO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Sobre la base de la premisa que se ha establecido acerca del enfoque de la responsabilidad civil es que se plantea como necesario establecer algunas precisiones conceptuales a la noción de *antijuridicidad* o *ilicitud*, toda vez que esta categoría, independientemente de su acogimiento normativo, ha presentado una evolución a lo largo del tiempo debido a la evolución de las funciones de la tutela resarcitoria.

En primer lugar, debemos establecer que la ilicitud vinculada a la responsabilidad civil no es ajena a los problemas que tiene la ilicitud como categoría de teoría general del derecho que deberán ser precisados.

El primer tópico a considerar es el «objeto de calificación» de lo antijurídico: o lo es el acto humano en cuanto transgrede un precepto jurídico (antijuridicidad subjetiva) o lo es cualquier hecho que sea contrario a Derecho (antijuridicidad objetiva). El segundo tópico refiere a la identificación del «criterio para valorar la antijuridicidad»: o lo es la transgresión de la norma jurídica (antijuridicidad en sentido formal) o lo es el contraste

8. En lo que se refiere al ordenamiento peruano nosotros hemos realizado una breve aproximación al tema en el *Congreso Internacional de Derecho Civil en homenaje a los 30 años del Código Civil peruano*, realizado el 12 de noviembre de 2014 en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), el contenido de esta ponencia se encuentra en CAMPOS GARCÍA, Héctor. 2015: «La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano». En *Reflexiones en torno al Derecho Civil a los treinta años del Código*. Lima: lus et Veritas, 453-471.



entre los hechos de la vida y los valores e intereses tutelados por la norma (antijuridicidad material)<sup>9</sup>.

En función de la terminología que se acaba de exponer, la antijuridicidad que es vinculada a la responsabilidad civil no podría estar referida a cualquier hecho que sea contrario a Derecho, ya que la responsabilidad civil supone el surgimiento de una obligación resarcitoria a un sujeto (o conjunto de sujetos), lo cual implica que deba existir un «acto humano» previo que haya ocasionado el daño. Con lo expuesto no se quiere indicar que no sea posible que «hechos jurídicos» generen daños, lo que sucede es que de mediar esa hipótesis no estaremos ante el surgimiento de una obligación resarcitoria, sino, probablemente, ante un escenario de «caso fortuito» o de «fuerza mayor».

Asimismo, no resulta viable asumir una noción de antijuridicidad meramente formal, ya que ello implicaría asumir una visión sesgada del ordenamiento jurídico según la cual éste estaría compuesto solamente de normas jurídicas, lo cual no es así, en la medida que el Derecho conlleva dentro de su estructura mínima esencial el reconocimiento explícito (a través de normas jurídicas) o implícito (a través de principios) de los valores e intereses de los sujetos que integran una determinada colectividad.

Sin embargo, lo previamente expuesto no debe significar que se asuma una noción de antijuridicidad como una vulneración al supuesto deber general de convivencia pacífica (*alterum non laedere*)<sup>10</sup> o como a alguno de los supuestos deberes que dicho deber general sintetizaría, ya que ambas aproximaciones pierden de vista que no existe un principio general que obligue a indemnizar todo daño causado, y que ningún daño debe ser resarcido si es que no ha mediado un criterio de imputación que justifique la determinación de un responsable del daño<sup>11</sup>.

En segundo lugar, debemos atender a que es posible reconocer hasta tres formas de concebir la antijuridicidad desde una perspectiva histórica; a saber: en primer lugar, la antijuridicidad vinculada a la conducta del agente productor del daño, lo cual sería compatible con una visión sancionatoria de la responsabilidad civil; en segundo lugar, como reacción a la postura anterior, se tiene a una antijuridicidad vinculada con el daño generado y no con la conducta, lo cual permite hablar de un «daño injustamente sufrido» y de «causas de justificación»; y, en tercer lugar, una antijuridicidad referida al daño injustamente producido, noción que sería el resultado de la protección a intereses colectivos y difusos en sus diversas manifestaciones<sup>12</sup>.

9. SCOGNAMIGLIO, Renato. 2010: «Illecito (diritto vigente)». En *Responsabilità civile e danno*. Torino: Giappichelli, 15-18.

10. Sobre el particular, BARCELONA, Mario. 1984: *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*. Milano: Giuffrè, 187-300.

11. PUGLIATTI, Salvatore. 1958: «Alterum non laedere» (voz), vol. II. Milano: Giuffrè, 98-108; asimismo, SCOGNAMIGLIO, Renato. *Op. cit.*, 15-18.

12. LLAMAS POMBO, Eugenio. 2011: «El derecho de daños, sistema y problema». *Op. cit.*, 36.

Sobre el particular debemos precisar que si se quiere considerar a la antijuridicidad o a la ilicitud como un presupuesto o condicionante de la responsabilidad, entonces deviene en inútil postular que la antijuridicidad se encuentre vinculada al daño (resultado de una conducta), antes que al acto generador del daño (conducta o comportamiento de un sujeto).

Afirmar que la antijuridicidad es una cualidad del daño es improductivo. En efecto, si se toma en consideración que la «antijuridicidad del daño» implica señalar que el daño es antijurídico porque se ha lesionado la esfera jurídica de un sujeto determinado (*contra ius*), entonces nos encontramos ante un calificativo (antijurídico) que no añade nada al sustantivo (daño) en tanto el daño ya implica la «lesión a un interés jurídicamente protegido», de donde se desprende la superposición de nociones de antijuridicidad y daño.

También resulta inútil el concebir a la «antijuridicidad del daño» en términos de «ausencia de una causa de justificación» (*non iure*)<sup>13</sup> ya que, como bien se ha indicado<sup>14</sup>, esta perspectiva haría que la noción de antijuridicidad se vea sobredimensionada, toda vez que no sería la antijuridicidad la que emerge como requisito autónomo o constitutivo del supuesto de hecho de la tutela resarcitoria, sino como un elemento impeditivo y por ende externo a la responsabilidad civil. Por ello, además, es que la doctrina italiana no habla de «antijuridicidad del daño», sino de «injusticia del daño»<sup>15</sup>.

Bajo las precisiones expuestas, consideramos que si se quiere considerar a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil, entonces no debería ser conceptualizada ni como un atributo del daño ni como la ausencia de una causa de justificación.

En ese sentido, el problema se plantea en los siguientes términos: si únicamente resulta admisible que el acto generador del daño pueda ser considerado como antijurídico, entonces ¿la antijuridicidad es un elemento condicionante de la responsabilidad civil?

13. Como bien se sabe, ésa es la opción del legislador argentino en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, en el artículo 1717.º del referido cuerpo normativo, con una técnica legislativa cuestionable, se indica bajo la sumilla *antijuridicidad* lo siguiente: «Cualquier omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada».

14. CASTRONOVO, Carlo. 2006: *La nuova responsabilità civile*. 3.ª ed. Milano: Giuffrè, 18-19.

15. Ídem, 21-26, reseña con claridad la diferencia entre la «injusticia», como requisito del daño, y la *antijuridicidad*, como requisito de la conducta.

### 3. LA NECESIDAD DE TEORIZAR RESPECTO DE LOS ACTOS LÍCITOS DAÑOSOS: UNA VISIÓN COMPARATIVA ENTRE LOS FORMANTES LEGISLATIVOS DE SUDAMÉRICA Y EUROPA

El formular un discurso sobre una determinada institución debe partir, necesariamente, de la constatación de una realidad problemática específica. De este modo, toda construcción teórica en materia jurídica se elabora con la finalidad de brindar soluciones paradigmáticas a problemas concretos, de ahí que sostener que una doctrina sea «correcta en teoría, pero inútil para la práctica» constituye una contradicción<sup>16</sup>.

Desde este punto de vista, una teorización general sobre los *actos lícitos dañosos*, como la que se pretende realizar en el presente estudio, no se puede limitar al análisis de los problemas presentes en los formantes jurídicos<sup>17</sup> (legislativo, doctrinario o jurisprudencial) de un determinado ordenamiento, sino que debe estar en la capacidad de establecer criterios operativos para su adecuado funcionamiento práctico.

El interés respecto de la temática en cuestión se pone de manifiesto si se repara en que la gestación de una teoría general de los *actos lícitos dañosos* pasa por el análisis de la categoría (normativa o conceptual) de la antijuridicidad (o ilicitud) como un condicionante del surgimiento de la obligación resarcitoria en cabeza del responsable de los daños causados; es decir, como un elemento de la responsabilidad civil.

De este modo, si se considera que la antijuridicidad (o ilicitud) forma parte del supuesto de hecho (*fattispecie*) que genera la obligación resarcitoria, entonces un discurso sobre los *actos lícitos dañosos* o deviene en innecesario (ya que si no hay antijuridicidad no hay responsabilidad civil) o adquiere un rol excepcional (ya que se tendrá que realizar una teorización especial que justifique la compensación económica que pueda recibir la víctima).

Por el contrario, si la antijuridicidad (o ilicitud) no es considerada como un elemento de la responsabilidad civil, entonces no existirá ningún impedimento para que los *actos lícitos dañosos* pueden ser cabalmente comprendidos bajo el ámbito de la tutela resarcitoria, produciendo en consecuencia una típica obligación resarcitoria, sin la necesidad de realizar una construcción teórica especial que explique su operatividad.

Ahora bien, si se enfoca el problema desde el formante legislativo de los países sudamericanos podría pensarse que un discurso sobre los *actos lícitos dañosos* es totalmente residual, ya que los principales ordenamientos de esta parte del continente realizan alusiones directas o indirectas a la antijuridicidad o ilicitud al momento de

16. CANARIS, Claus-Wilhem. 1995: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Tr. Daniela Brückner y José Luis de Castro, prólogo de Cándido Paz-Ares. Madrid: Civitas, 120.

17. SACCO, Rodolfo. 1991: «Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law». *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, n.º 2, 20-34; *Idem*. 1992: *Introduzione al diritto comparato*. 5.ª ed. Turin: UTET, 49 y ss.

establecer el régimen de responsabilidad civil. Así, por ejemplo, salvo el Código Civil de Perú<sup>18</sup>, los de Chile<sup>19</sup>, Argentina<sup>20</sup> y Brasil<sup>21</sup> condicionan la obligación resarcitoria a la verificación de una conducta antijurídica o ilícita.

18. El Código Civil peruano de 1984, en su artículo 1969.º, dispone lo siguiente: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor». Asimismo, el artículo 1970.º señala que «Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo».

19. El Código Civil chileno de 1855, que entró en vigor en 1857, hace referencia a la clásica distinción entre «delito» y «cuasidelito», así el art. 2314.º señala que «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito». Este Código ha influenciado a otros del continente, especialmente, al Código Civil colombiano de 1887 (el art. 2341.º señala que «El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido») y al Código Civil ecuatoriano de 1857 que entró en vigencia en 1861, el cual si bien ha sufrido modificaciones en 1970 y en el 2005, siendo esta su última versión, no ha variado significativamente el régimen de responsabilidad civil (el art. 2214.º: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito»)

20. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2014 hace una mención expresa a la antijuridicidad en el art. 1717.º que «Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada». Previamente, el art. 1716.º dispone que «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código». La situación era parcialmente diferente en el código derogado de 1869, ya que no se hacía mención a la *antijuridicidad*, sino a la *ilicitud*, así el art. 1066.º disponía: «Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto». A continuación en el art. 1067.º se señalaba que «No habrá acto ilícito punible para los efectos de este código, si no hubiere daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia». Luego el art. 1109.º disponía que «Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil». Como se puede apreciar, la distinción no solo es terminológica, sino de fondo, ya que la *antijuridicidad* y la *ilicitud* tienen distinto significado en uno y otro código.

21. El Código Civil brasileño del 2002 emplea el término *ilicitud*, al momento de establecer los presupuestos de la obligación resarcitoria. De este modo, bajo la rúbrica «Dos atos ilícitos» dispone en su art. 186.º como regla general que «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito». Luego, en el art. 927.º se precisa que «Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo». El derogado Código Civil de 1916, con ciertas variantes aunque empleando el vocablo «ilícito», disponía en su art. 159.º que «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a

La elección de los tres últimos Códigos Civiles no ha sido arbitraria. Basta re-  
alizar una aproximación inicial a la codificación civil<sup>22</sup> en Sudamérica<sup>23</sup> para darse  
cuenta de que la codificación chilena (bajo la autoría de Andrés Bello)<sup>24</sup>, argentina  
(bajo la autoría de Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD)<sup>25</sup> y brasileña (con los anteceden-  
tes fijados por Augusto Teixeira de Freitas<sup>26</sup>, pero bajo la redacción de CLÓVIS

---

outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da responsabilidade regulam-se pelo dispo-  
sto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553».

22. CABRILLAC, Rémy. 2008: *Las codificaciones*. Tr. María Pullido Velasco y Claudia Bul-  
nes Olivares. Santiago: Universidad de Chile, 72-218; EICHLER, Hermann. 1978: «Consideracio-  
nes para un futuro sistema de Derecho Civil». *Revista Chilena de Derecho*, 2008, vol. 5: 42-159;  
ZIMMERMANN, Reinhard. 2003: «The civil law in European codes». En *Regional private laws and  
codification in Europe*. Cambridge: Cambridge University press, 18-59.

23. Sobre el particular, es de revisión el documentado trabajo de GUZMÁN BRITO, Alejan-  
dro. 2000: *Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial  
Jurídica de Chile, 229-340, en donde se precisa que luego del código civil peruano de 1852,  
como primera codificación iberoamericana endógena, el código civil chileno inicia un período de  
madurez en la codificación que se afianza en el tiempo con los códigos argentino y brasileño,  
que se caracterizan, además, por su influencia de códigos foráneos como el italiano y el brasi-  
leño. Asimismo, MOISSET DE ESPANÉS, Luis. 1972: «Codificación civil española y americana (Su  
evolución e influencias recíprocas)». *Revista de Derecho Privado*, 1972: 599-614, quien explica  
la influencia del derecho español en América, sobre lo cual es importante destacar el hecho de  
que la codificación española no influyó en la codificación peruana, lo cual es confirmado por  
RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. 1994: «Consideraciones sobre la codificación civil española y su  
influencia en las codificaciones iberoamericanas». *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1994 n.º  
6: 211-226.

24. De lo cual da cuenta ESCALA BARROS, Enrique. s/f: *Bello y el código civil chileno. Comen-  
tarios acerca de la obra «Don Andrés Bello» de Eugenio Orrego Vicuña*. Santiago: Uni-  
versidad de Chile, 3-16; desde una perspectiva histórica puede consultarse GUZMÁN BRITO, Ale-  
jandro. 1992: «El código civil de Chile y sus primeros intérpretes». *Revista Chilena de Derecho*,  
vol. 19, n.º 1: 81-88. Incluso, hay quien ha visto la influencia del código de Bello en el Código  
Civil japonés, así AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. 2012: «¿Andrés Bello y el código civil  
japonés?». *Revista chilena de Derecho*, 2012, vol. 39, n.º 2: 313-323.

25. Destaca la participación de VÉLEZ SARSFIELD en la codificación iberoamericana, GUZ-  
MAN BRITO, Alejandro. 1998: «La influencia del *Código Civil* de Vélez Sarsfield en las codifica-  
ciones de Iberoamérica hasta principios del siglo XX». *Revista Chilena de Historia del Derecho*,  
1998, n.º 18: 263-273; ALTERINI, Jorge Horacio. «La influencia del código civil argentino en otras  
codificaciones». En *La codificación: raíces y prospectiva*, t. II – *La codificación en América, El  
Derecho*, 183-201, específicamente sobre la influencia del Código de Vélez en el ordenamiento  
paraguayo puede consultarse SILVA ALONSO, Ramón. 2000: «Vélez Sarsfield en el nuevo código  
civil paraguayo». En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, t. v. Córdoba: Academia Nacional de  
Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 27-36.

26. En la doctrina peruana es de destacar el trabajo de MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto.  
2013: «Apuntes sobre la codificación brasileña del siglo XIX: Augusto Teixeira de Freitas». En  
*Materiales de enseñanza de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica  
del Perú*. Lima: PUCP, 1-16 (del texto en pdf). Asimismo, resalta la evolución del Código Civil de

Bevilaqua)<sup>27</sup> constituyen hitos significativos en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Por su parte, en la segunda mitad del siglo XX es el ordenamiento jurídico peruano<sup>28</sup>, con su código actualmente vigente de 1984, el punto de obligatoria referencia si se quiere tener una visión completa del estado de la cuestión civilista en Sudamérica.

Ahora bien, retomando la problemática en estudio, podría considerarse que la necesidad de discutir sobre los *actos lícitos dañosos* solo concierne al ordenamiento peruano en la medida que no hace referencia alguna a la antijuridicidad o ilicitud<sup>29</sup>. Sin embargo, ello debe ser descartado de plano ya que es posible advertir, en los ordenamientos jurídicos sudamericanos a los que hemos hecho referencia, que un sector de su formante doctrinario<sup>30</sup> admite el pago de una compensación pecuniaria derivada de actos lícitos que hayan generado daños.

---

Brasil OSORIO ARRASCUE, Santiago. 2013: «Trascendencia del nuevo código civil de Brasil». *Revista Jurídica Docentia et investigatio*, vol. 15, n.º 2: 53-58.

27. Sobre el particular es de consulta MARTINS COSTA, Judith. 2013: «Clóvis Bevilaqua e escola do Recife». *RIBD*, n.º 8, año 2: 8362-8368.

28. Sobre el particular es de revisión el trabajo del historiador peruano RAMOS NÚÑEZ, Carlos. 2000: *Historia del Derecho civil peruano*, tt. V, VI y VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; asimismo por su enfoque crítico es de consulta el trabajo de LEÓN HILARIO, Leysser. 2004: *El sentido de la codificación civil*. Prol. Paolo Grossi. Lima: Palestra.

29. Debemos precisar que, para un sector de la doctrina peruana, la *ilicitud* sí es un elemento del supuesto de hecho que genera la obligación resarcitoria. Así podemos citar a TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, 1994: «¿Es la antijuridicidad un requisito fundamental de la responsabilidad civil extracontractual?». *Advocatus*, 1994, n.º 6, año 4: 54-58; Id. 2003: *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. 2.ª ed. Lima: Grijley, 32 y 39-57; PAZOS HAYASHIDA, Javier. 2005: «Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: hechos dañosos justificados». En *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. X. Lima: Gaceta Jurídica, 137-145; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2006: *Derecho de la responsabilidad civil*. 4.º ed. Lima: Gaceta Jurídica, 101-106. El fundamento normativo para esta posición se encuentra en el art. 1971.º del Código peruano en donde se precisa que no hay responsabilidad: (i) en el ejercicio regular de un derecho; (ii) la legítima defensa; y (iii) el estado de necesidad. Como se puede apreciar, este dispositivo, así como su equivalente en el Código peruano de 1936, se inspiró en el art. 160.º del Código brasileño de 1916 que establecía los escenarios en los que no se configuraba un acto ilícito. La norma en el Código brasileño vigente se repite en el art. 188.º. Para mayores referencias bajo el Código brasileño derogado se envía a DIAS, Jose de Aguiar. 1957: *Tratado de la responsabilidad civil (da responsabilidade civil)*, t. II. Tr. Juan Agustín Moyano e Ignacia Moyano. México-Lima-Buenos Aires: editorial José M. Cajica Jr., 302-308; bajo el código vigente puede consultarse NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. 2003: *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2.ª ed. rev. y amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 255-256.

30. A modo de ejemplo, tenemos en el ordenamiento argentino ADORNO, Luis O. 2006: «Daño (e injusticia del daño)». En *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 215-249. Asimismo, en el ordenamiento colombiano, que como dijimos fue influenciado por el código de Bello, tenemos a CABALLERO OSPINA,

En el escenario descrito, resulta de especial importancia el tomar en consideración la situación europea sobre el rol de la antijuridicidad en la responsabilidad civil, ya que en un marco cultural caracterizado por la «circulación de modelos jurídicos»<sup>31</sup>, y en específico por la «competencia de ordenamientos jurídicos»<sup>32</sup>, la comparación jurídica brindará herramientas útiles para construir una categoría operativa de los *actos lícitos dañosos*.

### 3.1. *El carácter oscilante de la antijuridicidad o ilicitud como elemento de la responsabilidad civil en la codificación europea*

La revisión del régimen de responsabilidad civil de los principales ordenamientos jurídicos europeos revela que la presencia de la *antijuridicidad* como un elemento para la procedencia de la tutela resarcitoria no es uniforme.

Para poder evidenciar el carácter oscilante de la antijuridicidad en la responsabilidad civil es necesario tener presente la distinción entre «categoría normativa» y «categoría conceptual», ya que no son biunívocas; es decir, el hecho de que un determinado ordenamiento contemple la «categoría normativa» de la antijuridicidad no determina que se haya reconocido una «categoría conceptual» de antijuridicidad.

Es más, resulta posible que distintos ordenamientos jurídicos reconozcan a la antijuridicidad como un elemento de la responsabilidad civil («categoría normativa»), pero que aludan a distintas concepciones de antijuridicidad; es decir, a diferentes «categorías conceptuales». Esta precisión permite prevenir el error de considerar *a priori* a la *antijuridicidad* como una categoría homogénea y transversal en diversos ordenamientos jurídicos.

---

Mauricio y FLOREZ DE GNECCO, Martha, 1986: *Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en Derecho Civil y Criminal*. Tesis de grado para optar el título de abogado. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de la República de Colombia, 75-78; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. 2005: «La influencia del *Code Civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano». En *De la codificación a descodificación. Code civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 86-88.

31. WATSON, Alan. 1995: «From legal transplants to legal formants». *The American journal of comparative law*, vol. 43, 469-476; Id. 2006: *Legal transplants and European private law*. Belgrado: Pravni Fakultet, Universitet u Beogradu, 2-12.

32. Como bien lo precisa LEÓN HILARIO, Leysser. 2007: «*Common law vs. Civil law*. La competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas». *Foro Jurídico, Revista de Derecho*, 2007, año IV, n.º 7: 259-267.

Desde este punto de vista, consideramos que es posible identificar ordenamientos<sup>33</sup> en los cuales: (i) no se hace mención expresa a la antijuridicidad, pero sí se admite como categoría conceptual; y otros en los que (ii) sí se hace mención expresa a la antijuridicidad, pero se discute conceptualmente su ámbito de actuación.

Dentro del primer grupo encontramos, y mencionamos solo a título de ejemplo, a los ordenamientos francés y español.

El Código Civil francés<sup>34</sup> no recoge como categoría normativa ni a la antijuridicidad ni a la ilicitud al momento de establecer la reglamentación normativa de la responsabilidad delictual. De hecho, en la estructura del «derecho común» de la responsabilidad civil se hace mención a un hecho generador de responsabilidad civil, pero sin realizar ningún calificativo en términos de *ilicitud*, no siendo extraño que se omita una mención expresa a la ilicitud como un elemento autónomo para la procedencia de la obligación resarcitoria en el sistema francés<sup>35</sup>.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en tanto la «culpa», por lo menos en la versión inicial del *Code*, cumplía el rol de ser el criterio de selector de tutela de los intereses que serán tutelados por la responsabilidad civil<sup>36</sup>, la noción de «hecho ilícito» era empleada para aludir a aquellos «hechos que de manera culposa causaban un daño a otro»<sup>37</sup>, de modo que la referencia a la «responsabilidad por hecho ilícito» equivalía a la responsabilidad delictual, y no como un elemento condicionante de la misma<sup>38</sup>.

El Código Civil español<sup>39</sup> tampoco alude de forma expresa a la ilicitud o a la antijuridicidad como presupuesto de la obligación resarcitoria tal como sucede con el ordenamiento francés<sup>40</sup>; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia españolas, en su

33. Para un balance del régimen normativo de la responsabilidad civil en los ordenamientos de Alemania, Francia, Inglaterra y el *ius commune*, puede consultarse el trabajo de DAM, Cees van. 2013: *European tort law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 3-166.

34. Code Civil. Artículo 1382.º. «Cualquier hecho del hombre que ocasiona un daño a los demás, obliga a aquel por cuya culpa se ha producido, a resarcir el daño causado».

35. Solo a título de ejemplo, al momento en que se abordan las condiciones de la responsabilidad civil se mencionan solamente: (i) la necesidad de un perjuicio y (ii) la necesidad de un ligamen de causa a efecto entre el perjuicio y el hecho generador del daño, así LE TOURNEAU, Philippe. 1982: *La responsabilité civile*. 3.ª ed. París: Dalloz, 156-298.

36. ALPA, Guido. 1979: *Il problema della atipicità dell'illecito*. Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene, 23-78.

37. STARCK, Boris. 1972-76: *Droit Civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*. 2.ª ed. París: Librairies Techniques, 17-19.

38. VISINTINI, Giovanna. 1999: *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1 - *La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*. Tr. Aida Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea, 24.

39. Código Civil español. Artículo 1902.º. «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

40. DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 1992: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II - *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento*



mayoría<sup>41</sup>, se encuentran conformes con el reconocimiento de la ilicitud, aunque con un sentido y alcance diferente al establecido en el ordenamiento francés.

En efecto, si bien se ha explicado de forma clara y documentada que la alusión a la ilicitud como un requisito de la tutela resarcitoria encuentra su justificación en el rol central que la culpa tiene en el ordenamiento español<sup>42</sup>, un sector de la doctrina española concibe a lo antijurídico en términos de contravención al principio *alterum non laedere*, el cual sería la fuente de una serie de deberes que obligan a los sujetos a comportarse con corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible<sup>43</sup>, de forma que la *antijuridicidad* se convierte en un elemento autónomo a ser considerado para la procedencia de la obligación resarcitoria, lo cual no ocurre en el ordenamiento francés vigente.

Dentro del segundo grupo (en el que se hace mención a la antijuridicidad, pero se discute sus alcances) tenemos, por ejemplo, al ordenamiento alemán. La normativa civil alemana<sup>44</sup> incluye de forma expresa a la antijuridicidad como parte del supuesto de hecho de la norma que impone la obligación de trasladar los costes económicos de la víctima al causante<sup>45</sup>.

Bajo esta estructura normativa, se ha indicado<sup>46</sup> que la responsabilidad civil se basa en la lesión de un deber jurídico y no en la protección de un bien jurídico; de este modo, la responsabilidad no se basa en la confianza legítima en la integridad de

---

*sin causa, responsabilidad extracontractual*. 6.ª ed., 2 reimp. Madrid: Tecnos, 599, quien indica como los presupuestos de la responsabilidad civil a los siguientes: (i) un comportamiento; (ii) la acción u omisión debe haber producido un daño; (iii) existencia de una relación o nexo causal entre comportamiento y daño; y (iv) un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado (p. 598).

41. Sobre el particular puede consultarse BUSTO LAGO, José Manuel. 1998: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 45 y ss.; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, 2003: *Tratado de responsabilidad civil*. 3.ª ed. Madrid: Universidad de Deusto-Civitas, 258-263. Manifiesta sus reservas Díez-PICAZO, Luis. 1999: *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 287-298.

42. LEÓN GONZÁLEZ, José María. 2015: «Algunas cuestiones, viejas y nuevas, sobre el proceso de objetivación de la responsabilidad civil». En *Materiales de enseñanza Curso de Especialización en Contratos y Daños*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2-60 (de la versión en pdf.).

43. Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, 599.

44. Bürgerliches Gesetzbuch. § 823.- *Deber de resarcimiento de los daños*.

(1) Aquel que con dolo o culpa infiera antijurídicamente a otro un daño en su vida, en su cuerpo, salud o libertad o en la propiedad de sus cosas u otro derecho cualquiera, queda obligado a repararle el daño producido.

45. Sobre una aproximación y desarrollo de la responsabilidad civil en el ordenamiento alemán, puede consultarse el trabajo de KOZIOL, Helmut. 2012: *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Sramek Verlag.

46. JANSEN, Nils. 2003: «Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 2: 23.

determinados bienes jurídicos, como lo son los derechos subjetivos de carácter absoluto, sino en la confianza legítima de que los terceros se comportarán conforme a la ley y no llevarán a cabo actos ilícitos en contra de los intereses ajenos.

Lo previamente expuesto permite advertir dos hechos de singular importancia.

En primer lugar, que la connotación de la referencia a la *antijuridicidad* en el ordenamiento alemán es diferente a la que se establece en el ordenamiento francés respecto de la *ilicitud*, ya que en el primero, a diferencia del segundo, sí estamos ante la presencia de un elemento autónomo con una función definida. En segundo lugar, que, aun con diferencias<sup>47</sup>, los modelos basados en la tipicidad de responsabilidad civil alemán e inglés tienen en común que consideran como un elemento necesario y determinante a la «infracción de un deber», sin perjuicio de la referencia adicional que realiza el modelo alemán de los bienes de la personalidad que admiten ser tutelados por la responsabilidad civil.

Sin embargo, debe señalarse que un sector de la doctrina en el ordenamiento jurídico alemán cuestiona los alcances de la *antijuridicidad* cuando establece que deben distinguirse<sup>48</sup> dos campos de actuación: en primer lugar, la realización del supuesto de hecho objetivo normalmente antijurídico; y, en segundo lugar, el supuesto objetivo tan indeterminado que, de su cumplimiento, no se puede obtener ni siquiera un indicio para la antijuridicidad, ya que hay que fundarla en una ponderación especial frente a los derechos de otras personas.

Sobre este segundo ámbito, se precisa que la base normativa de tales reglas y decisiones se encuentra en la sencilla idea de que el equilibrio de intereses contrapuestos no se deja regular satisfactoriamente, en tanto que no se reconozca la primacía de uno de ellos, de manera que la correspondiente actividad será prohibida. Así, un interés está justificado si una parte afecta al interés de otro sin causarle un daño<sup>49</sup>.

Lo previamente expuesto pone en evidencia que la antijuridicidad no solo consiste en un juicio objetivo respecto del disvalor de la conducta prevista legalmente, sino que requiere para su determinación de una ponderación de los intereses en conflicto, lo cual no solo se aleja de la forma tradicional de entender a la *antijuridicidad* como un

47. El profesor peruano ESCOBAR ROZAS, Freddy. 2006: «El *common law* y el derecho germánico: aportes e influencias» (entrevista). *Foro Jurídico, Revista de Derecho*, 2006, año III, n.º 6: 231-236 ha expuesto con claridad la interrelación entre los modelos romano-germánico, germánico y *common law*: «Es como si tuviéramos con los mismos materiales dos edificios distintos: el edificio de los romanos que era casuístico y el edificio de los alemanes que es conceptual. Se ha trabajado con los mismos materiales pero se han construido dos edificios absolutamente distintos. Y, curiosamente, el *common law* de alguna manera está más cerca al derecho romano clásico que el derecho romano-germánico que nosotros hemos heredado» (p. 232).

48. MEDICUS, Dieter. 1995: *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I. Ed. española, tr. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 729.

49. JANSEN, Nils. *Op. cit.*, 7.

juicio objetivo, sino que permite establecer un cuestionamiento válido a si estamos frente a un elemento autónomo de la responsabilidad civil o si solo es un recurso nominativo justificado históricamente por la preponderancia de la culpa como criterio selector de tutela de los intereses pasibles de ser resarcidos.

### 3.2. *La ausencia de la antijuridicidad o ilicitud como elemento de la responsabilidad civil en los Principios Europeos de la responsabilidad civil*

En el apartado precedente indicamos que un indicio de la no uniformidad en el tratamiento de la antijuridicidad en la responsabilidad civil era su diversa función y significación en los diferentes modelos normativos y conceptuales europeos.

Desde nuestro punto de vista, el otro indicio que permite afirmar el carácter oscilante de la responsabilidad civil en cuanto a la *antijuridicidad* se refiere lo constituye el hecho de que una de las principales manifestaciones de *soft law* vinculadas a la responsabilidad civil<sup>50</sup> a nivel europeo, nos referimos a los *Principles European Tort Law*<sup>51</sup> (Principios Europeos de la Responsabilidad Civil, en adelante PETL), no hacen ninguna mención a la *ilicitud* como elemento condicionante de la tutela resarcitoria.

Si bien se han manifestado reservas respecto de la viabilidad de la unificación de unos principios del derecho europeo de la responsabilidad civil<sup>52</sup>, lo cierto es que dichos intentos se han venido realizando, por lo que resulta interesante prestar atención a los resultados preliminares a los que se han arribado.

50. Evidentemente, no es la única. Así debemos mencionar los *Principles of European Law* (Libro IX – *Extra-contractual liability arising out of damage caused by another*) y el *Draft Common Frame of Reference* (Libro VI); los trabajos de la *Pan European organisation of personal injury lawyers* destinados al tratamiento de los sistemas de resarcimiento del daño a la persona; el proyecto *ius commune casebooks for the common law of Europe*; o el *Common core of European Private Law*.

51. Para un entendimiento de la forma de gestación, fundamento y necesidad de este, y otros, instrumento de *soft law* puede consultarse MARTÍN CASALS, Miquel. 2003: «El European Group on tort law y la elaboración de unos “Principios europeos del derecho de la responsabilidad civil” Grupo de Tilburg/Viena». En Sergio Cámara Lapuente (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid: Colex, 217-226; INFANTINO, Marta. 2010: «Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive, *Rivista critica di diritto privato*, 2010, n.º 4: 273-312.

52. LARROUMET, Christian. 2005: «La unificación del derecho de las obligaciones en Europa». En *De la codificación a descodificación. Code civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 211-221, especialmente, 218; MORÉTEAU, Olivier. 2013: «French tort law in the light of European harmonization». *Journal of civil law studies*, 2013, vol. 6: 759-801.

Empecemos indicando que en los PETL adquiere un rol determinante «la imputación de responsabilidad», conforme se puede apreciar del art. 1:101 denominado *Basic norm*, según la cual en su numeral 1 se dispone que «A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage» «La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo».

Asimismo, en el Título II, en donde se desarrollan las *General conditions of liability* (Presupuestos generales de la responsabilidad) se hace mención al *damage* (daño) y a la *causation* (relación de causalidad), pero no a la antijuridicidad o ilicitud.

En el Título III, en donde se desarrollan las *Bases of liability* (Fundamento de la responsabilidad), se precisan las *Conditions of liability base don fault* (Requisitos de la responsabilidad por culpa), la *Strict liability* (responsabilidad objetiva) y la *Liability for others* (Responsabilidad por otros).

El art. 2:101 denominado bajo la rúbrica *Recoverable damages* (daños resarcibles) entiende que «Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest» («El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido»), lo cual fija una noción determinada de daño en función de la lesión ocasionada en la esfera jurídica de la víctima.

En el art. 2:102 se desarrollan los criterios para considerar *Protected interest* (Intereses protegidos), dentro de los cuales se indica expresamente, en el numeral 6, que «In determining the scope of protection, the interests of the actee, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration» («Para establecer el alcance de la protección también deberán tenerse en cuenta los intereses del agente, en especial, en su libertad de acción y en el ejercicio de sus derechos, así como los intereses públicos»).

Sobre lo indicado en el párrafo precedente se ha puesto de manifiesto<sup>53</sup> la expresa intención de no hacer referencia alguna a la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil, toda vez que en el ámbito comparado dicha categoría aporta más problemas que soluciones.

A partir de esta constatación, que confirma lo que indicábamos en el apartado precedente sobre el carácter oscilante de la antijuridicidad en la codificación europea,

53. MARTÍN CASALS, Miquel. 2005: «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, n.º 2: 8, y añade de forma clara: «Por una parte, porque en algunos ordenamientos, como el alemán, se entiende como un desvalor del resultado (*Erfolgsunrechtlehre*) mientras que en otros, como el austríaco, se entiende como desvalor de la conducta (*Verhaltensunrechtlehre*). Además, mientras que en los ordenamientos jurídicos que adoptan un criterio subjetivo de la culpa, como el austríaco, antijuridicidad como desvalor de la conducta y culpa son todavía distinguibles, en otros ordenamientos, como el francés, antijuridicidad y culpa se confunden e, incluso, la primera llega a sustituir la segunda».

surge de forma natural la necesidad de establecer una reglamentación operativa de los *actos lícitos dañosos*.

De forma específica, se ha señalado<sup>54</sup> con relación a los PETL que «It is difficult to understand the reason why the Principles do not contain any Article or paragraph relating to what could well have been named “liability based on [benefit from] sacrifice of the interest of another”» («Es difícil entender la razón por la que los Principios no contienen ningún artículo o párrafo en relación con lo que podría muy bien haber sido nombrada “la responsabilidad en base a [beneficiarse de] sacrificio de los intereses de otro”, que es lo que los juristas alemanes denominan *Aufopferungshaftung*») y lo que en doctrina italiana se denomina *responsabilità per atto lecito* que constituiría, según la posición del autor citado, un *tertium genus* junto con la responsabilidad basada en la culpa y la responsabilidad objetiva.

La conclusión preliminar a la que se puede arribar luego de este breve estudio de los formantes legislativos sudamericano y europeo es la siguiente: el carácter oscilante de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil genera la necesidad de teorizar sobre el fundamento y funcionamiento de aquellas actividades que, siendo lícitas, generan una obligación resarcitoria en el causante del daño.

#### 4. LA CATEGORÍA DE LOS ACTOS LÍCITOS DAÑOSOS DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARATISTA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL MODELO ITALIANO

Luego de haber establecido la necesidad de teorizar respecto a los actos lícitos dañosos en el derecho privado, independientemente de la realidad normativa a la que hagamos referencia, resulta necesario determinar su fundamento, estructura y funcionamiento que permitan postular una categoría operativa dentro de la responsabilidad civil.

Para este fin, resultará esclarecedor dar a conocer las principales propuestas doctrinales que se han desarrollado, desde una perspectiva comparatista, en el modelo italiano<sup>55</sup>. Las características del modelo italiano de responsabilidad civil son del todo

54. PANTALEÓN, Fernando. 2005: «Principles of European Tort Law: basis of Liability and Defences. A critical view “from outside”». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, n.º 3: 9.

55. Si bien se desarrollarán, principalmente, los aportes de la doctrina italiana, que ha sido la que mayor estudio ha realizado sobre el particular, debemos precisar que esta categoría se presenta en los sistemas que se encuentran anclados en la idea de la ilicitud o antijuridicidad como fundamento de la responsabilidad civil, así, como ya hemos visto, la localizamos tanto en el ordenamiento jurídico francés (SAVATIER, René. 1951: *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. Pref. Georges Ripert, t. I - *Les sources de*

particulares ya que si bien contempla a la «injusticia del daño», como cláusula normativa general que establece un régimen atípico de la tutela resarcitoria, no deja de contemplar como categoría legislativa, a nivel sistemático, al «hecho ilícito».

De ahí que, a pesar de que se propugne la irrelevancia del concepto de ilicitud en la responsabilidad civil<sup>56</sup>, no sea extraño encontrar concepciones de la responsabilidad extracontractual<sup>57</sup> que la entienden como la sujeción a la sanción del ilícito civil, en donde éste es el hecho lesivo de intereses jurídicamente protegidos en la vida de relación.

Sobre la base de este modelo normativo, la doctrina privatista italiana ha realizado diversas aproximaciones a los *actos lícitos dañosos*<sup>58</sup> que comprenden diversas posturas, desde aquellas que establecen que la categoría en cuestión es irrelevante, hasta aquellas que la consideran como una hipótesis regular de la responsabilidad civil, pasando por aquellas que la conciben como un supuesto excepcional.

#### 4.1. *La irrelevancia de los actos lícitos dañosos en la responsabilidad civil: su estudio desde la responsabilidad civil de la Administración Pública*

Históricamente, los supuestos de *actos lícitos dañosos* estuvieron inicialmente vinculados al Derecho Administrativo, en específico, al estudio y justificación de la lesión de los derechos de los particulares por parte de la Administración Pública.

De este modo, la responsabilidad por *actos lícitos dañosos* se vinculó con la responsabilidad por los «actos legítimos» y se estableció que esta forma de responsabilidad tiene un fundamento distinto a la responsabilidad civil del Derecho Privado. Desde este punto de vista, se afirma<sup>59</sup> que no se admite que actos lícitos puedan violar derechos subjetivos, por lo que se produce un fenómeno en el cual los derechos subjetivos se debilitan (*affievoliscono*) a intereses, siendo que no generaran un resarcimiento (*risarcimento*), sino una indemnización (*indennizzo*).

---

*la responsabilità civile*. 12.<sup>a</sup> ed. París: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 55 y 123-125; como en el ordenamiento jurídico alemán (LARENZ, Karl. 1958-1959: *Derecho de Obligaciones*, t. I. Tr. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 192.

56. Lo cual es destacado por CORSARO, Luigi. 2003: *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 8-13.

57. BIANCA, C. Massimo. 2012: *Diritto civile*, t. V - *La responsabilità*. 2.<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 543-544.

58. Para una visión general puede consultarse el trabajo de RUSSO, Tommaso Vito. 2009: «La responsabilità da atto lecito dannoso». En *Domenico RUBINO*, vol. I – Interesse e rapporti giuridici, Collana: «I Maestri italiani del diritto civile». Napoli: ESI, 647-662.

59. ALESSI, Renato. 1968: «Responsabilità da atti legittimi» (voz). En Antonio Azara y Ernesto Eula (directo da): *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV. Torino: UTET, 625.

Bajo este punto de vista, como se podrá apreciar, en el Derecho Privado, no resultaba admisible afirmar la existencia o configuración de una responsabilidad por actos lícitos dañosos, por lo que esta categoría se encontraba *extra muros* de la responsabilidad civil. En efecto, si se concibe que la responsabilidad civil presuponga tanto un comportamiento culposo, como la lesión de un derecho subjetivo, entonces resulta natural que se excluya de toda operatividad práctica a los actos lícitos dañosos de la tutela resarcitoria que brinda el Derecho Privado<sup>60</sup>.

Nótese que la exclusión de los actos lícitos dañosos de la lógica de la responsabilidad civil del Derecho Privado conlleva una consecuencia práctica importante: los actos lícitos dañosos no generan una obligación resarcitoria, sino tan solo una obligación compensatoria. La diferencia se pone de manifiesto ya que la primera atiende a conceptos propios de la responsabilidad civil (daño emergente, lucro cesante, daño moral), cosa que no sucede en la compensación pecuniaria derivada de un acto lícito.

#### **4.2. La excepcionalidad de los actos lícitos dañosos en el régimen de la responsabilidad civil del Derecho Privado**

Desde una perspectiva contraria a la expuesta en el párrafo precedente, se considera que es posible admitir que ciertas actividades lícitas produzcan daños y que éstos deban ser resarcidos dentro del régimen de la responsabilidad civil estudiada por el Derecho Privado; sin embargo, al ser una aproximación inicial a la categoría bajo estudio, se postula que los *actos lícitos dañosos* tengan un rol excepcional en

60. Sin lugar a dudas, quien ha desarrollado con mayor detenimiento una postura crítica contra los *actos lícitos dañosos* ha sido TORREGROSSA, Giovanni. 1964: *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Milano: Giuffrè. Asimismo, tiene una posición crítica contra esta categoría MAIORCA, Carlo. 1988: «Responsabilità (teoría gen.)» (voz). En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX. Milano: Giuffrè, 462. Del mismo modo, destaca el carácter heterogéneo de la figura MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo. 1998: «Gli atti leciti dannosi». En Paolo Cendon (a cura di): *La responsabilità civile, Responsabilità extracontrattuale*, vol. VIII, *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 415-416. En el ordenamiento peruano, ha informado de esta categoría LEÓN HILARIO, Leysser. 2007: «La responsabilidad extracontractual (apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano)». En *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista, 96-98, quien antes de reseñar supuestos concretos que la doctrina califica como *actos lícitos dañosos*, cabalmente advierte respecto de los equívocos a los que puede conducir la categoría en cuestión, toda vez que comparte con los actos generadores de responsabilidad civil, el derecho a la víctima a obtener una compensación monetaria, los cuales generarían, en concreto, el derecho a una «compensación» antes que un «resarcimiento», ya que esta última expresión debería reservarse para los casos en que media responsabilidad por los daños injustamente causados.

la responsabilidad. Esta posición ha sido desarrollada a partir de dos construcciones teóricas diferentes, pero complementarias.

En primer lugar, se ha planteado que los *actos lícitos dañosos* son aquellos que serían catalogados como ilícitos frente al ordenamiento positivo, toda vez que violan una norma general, a no ser que efectivamente hubiesen sido habilitados por una norma jurídica específica. Desde este punto de vista, la categoría de los *actos lícitos dañosos* sería excepcional, ya que requerirían de una norma excepcional que admita la conducta y que al mismo tiempo imponga la obligación de pagar un resarcimiento.

La importancia de esta perspectiva es innegable no solo por ser de las primeras aproximaciones civilistas al problema, sino porque determina como fundamento de los *actos lícitos dañosos* la necesidad de balancear dos intereses en conflicto, ninguno de los cuales aparece íntegramente sacrificable respecto del otro<sup>61</sup>, en otros términos, es la necesidad de conciliar derechos inconciliables la que justifica la admisión, si bien excepcional, de los actos lícitos dañosos en términos de responsabilidad civil.

Posteriormente, uno de los autores que formuló el desarrollo precedente señaló, a partir del análisis de hipótesis específicas en las cuales –sin existir la violación de un deber– se impone la obligación de resarcir el daño causado (revocación de la oferta, aceptación en el procedimiento de conclusión disciplinada en el art. 36 del código de comercio italiano), que los *actos lícitos dañosos* constituyen una categoría jurídica, es decir, un complejo de *fattispecies* típicas reunidas en una unidad sistemática<sup>62</sup>.

De este modo, se añade que el «acto lícito dañoso» no comprende entre sus elementos constitutivos la violación de un deber preexistente, sino tan solo un daño económico y una culpa, diferenciándose de este modo el acto lícito dañoso de la denominada responsabilidad objetiva, ya que en esta última preexiste un deber, pero falta la culpa.

En segundo lugar, desde una perspectiva que pone el acento en el daño como un elemento central en la responsabilidad civil, pero que entiende a la antijuridicidad como la prevalencia acordada por el Derecho frente a un interés opuesto, por lo general sobre la base de una apreciación dominante de la conciencia social, se postula la existencia de un «daño no antijurídico», que siendo aún de naturaleza excepcional, forma parte del esquema de la tutela resarcitoria.

Bajo este punto de vista, se reconoce que la antijuridicidad es un elemento de la responsabilidad civil, pero no es un elemento indispensable ya que es posible que el

61. SCADUTO, Gioacchino y RUBINO, Domenico. 1938: «Illecito (atto) (Diritto moderno)». En Mariano D'Amelio (a cura di) con la collaborazione di Antonio Azara: *Nuovo Digesto italiano*. Torino: UTET, 703-705. Es importante destacar que los autores concluyen su análisis sobre los *actos lícitos dañosos* precisando, magistralmente, que «Aquí, así como decididamente en otros casos, la norma aparece como juicio de valor y no como regla lógica» (p. 705).

62. RUBINO, Domenico. 1939: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè, 204 y ss.



Derecho considere a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose, por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado, en donde la compensación otorgada por el ordenamiento jurídico no tendrá una naturaleza indemnizatoria (*indennizzo*) autónoma, sino que será una especie dentro del concepto de resarcimiento (*risarcimento*)<sup>63</sup>.

### 4.3. La regularidad de los actos lícitos dañosos en el régimen general de la responsabilidad civil del Derecho Privado

Esta línea argumentativa pretende ubicar, a diferencia de la postura mostrada en el punto anterior, que el ámbito de actuación de los *actos lícitos dañosos* está dentro del radio de acción de la responsabilidad civil en el Derecho Privado.

Si se parte de la premisa que la responsabilidad civil no solo es una reacción contra un acto ilícito, que no se limita a una función sancionatoria, y que por lo tanto tiene una vocación de amplia protección respecto del daño causado, es claro que los actos lícitos que en su realización produzcan daños se enmarcan dentro de la responsabilidad civil.

Si bien estamos frente a una posición distinta de las desarrolladas previamente, debemos precisar que la misma no se presenta de manera homogénea, de modo que es posible encontrar hasta tres diversas variantes de las mismas, las cuales expondremos a continuación.

#### 4.3.1. La complementariedad entre los actos lícitos y los actos ilícitos como actos generadores de responsabilidad civil

Como acabamos de mencionar, la responsabilidad civil por *actos lícitos dañosos* deja de ser excepcional y se pasa a hablar de una «responsabilidad civil integral», basada tanto en la inaceptabilidad de una concepción sancionatoria en la responsabilidad civil, así como el reconocimiento que la ilicitud constituye un elemento relevante pero no un presupuesto necesario, ni mucho menos esencial a la responsabilidad civil<sup>64</sup>.

Comparte esta perspectiva quien indica<sup>65</sup> que la responsabilidad civil se funda sobre la injusticia del daño, sea en la hipótesis de la actividad ilícita, sea en la hipótesis de

63. DE CUPIS, Adriano. 1966: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I. Milano: Giuffrè, 19-27.

64. TUCCI, Giuseppe. 1967: «La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile». *Rivista di diritto civile*, 1967, año XIII, parte I: 232-259.

65. PERLINGIERI, Piero. 2004: «La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento», *Rassegna diritto civile*, 1066-1072; bajo esta misma perspectiva, en el ordenamiento peruano nos

la actividad lícita dañosa, de modo que la naturaleza de la responsabilidad por *actos lícitos dañosos* no es excepcional, ya que no constituye una derogación a la *ratio* de la responsabilidad civil, sino una enunciación.

Si bien se ha cuestionado<sup>66</sup> que los actos dañosos privados del carácter de antijuridicidad de la conducta resultan coligados a una obligación indemnizatoria no conmensurada al daño producido, sino determinado en función a la apreciación prudente del juez, lo cierto es que las *fattispecie* de responsabilidad civil deben ordenarse en razón de los intereses en conflicto y no en función del particular efecto que ella determina o produce<sup>67</sup>, por lo que se debe reafirmar la relación de complementariedad que existe entre los actos lícitos e ilícitos como actos generadores de responsabilidad civil.

### 4.3.2. La omnicomprensividad del hecho jurídico dañoso desde una perspectiva solidarista

Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil encuentra sustento en un hecho jurídico de carácter unitario, denominado «hecho jurídico dañoso»<sup>68</sup>, el cual tiene como característica ser el hecho generador de un daño resarcible.

Como lógica consecuencia de lo anterior y entendiendo que la responsabilidad civil consiste sustancialmente en la imputación de un hecho dañoso a un sujeto, no es admisible hablar en términos de diversos «géneros» (responsabilidad derivada de acto ilícito versus responsabilidad derivada de acto lícito) de responsabilidad civil, sino que el análisis debe reconducirse a establecer los criterios (subjetivo u objetivo) en razón de los cuales se hace responder al sujeto que realizó el hecho.

En otros términos, lo que pretende esta teoría es fijar un concepto omnicomprensivo<sup>69</sup> de los hechos que generen daños resarcibles, y por ende desligarse de la

permitimos reenviar a lo sustentado por nosotros en CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. 2013: «El ámbito dual del juicio de resarcibilidad en el análisis de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano: la negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el Código Civil peruano y la natural afirmación de los actos lícitos dañosos». *Derecho & Sociedad*, 2013, n.º 40, año XXIV: 257-272.

66. RESCIGNO, Pietro. 1964: «Obbligazioni (nozioni)» (voz). En *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX. Milano: Giuffrè, 157.

67. SCALISI, Vincenzo. 2004: «Ingiustizia del danno e analítica della responsabilità civile». *Rivista Diritto Civile*, I: 42-43.

68. RODOTÀ, Stefano. 1964: *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.

69. En doctrina se ha asumido una posición que en contenido es similar a la descrita; es decir, que reconoce el carácter sincrético del hecho generador de responsabilidad civil y que en consecuencia indica una cualidad requerida por la ley para todos los hechos productivos de daños resarcibles, pero que formalmente no abandona el *nomen* del «hecho ilícito» que se convierte en una categoría normativa. Al respecto se ha sostenido que «Cabe interrogarse si, al precio de romper con la tradición, no sea más oportuno arribar a una noción de ilícito que en

categoría legislativa del hecho ilícito, la cual representaría, en última instancia, solo una de las varias manifestaciones del hecho jurídico dañoso.

Por ello, con razón, se ha afirmado que no es casual que la contraposición de los modelos (referidos a la responsabilidad por acto ilícito y a la responsabilidad objetiva por riesgo lícito) requiera una nueva invocación a la categoría de la ilicitud, cuya vestidura de complicación inútil saltaba a la vista con un análisis más atento en el elemento daño que en los criterios de imputación<sup>70</sup>.

### 4.3.3. La suplementariedad de la responsabilidad aquiliana y la responsabilidad no aquiliana

Esta postura empieza por advertir<sup>71</sup> que los intentos explicativos anteriormente reseñados no recogen reglas comunes para un tratamiento general de la responsabilidad por actos lícitos dañosos, sino que solo se limitan a justificar, individualizar o caracterizar figuras típicas.

Frente a ello, se propone la necesidad de construir una teoría que pueda aplicarse como régimen general a todos los *actos lícitos dañosos*, el cual se sustentará en dos ideas fundamentales.

En primer lugar, se indica que la responsabilidad por acto ilícito y la responsabilidad por acto lícito son dos aspectos distintos pero tendencialmente suplementarios de la responsabilidad civil ya que en ambos pueden surgir daños jurídicamente relevantes. En segundo lugar, se sostiene que los *actos lícitos dañosos* aparecen todos caracterizados por un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro no legitimado por el sujeto empobrecido.

Sobre la base de estas dos premisas se propone la institución del enriquecimiento sin causa como el régimen general aplicable a los *actos lícitos dañosos*<sup>72</sup>. De modo que será el enriquecimiento injustificado el acto o hecho idóneo para producir obligaciones de conformidad con el ordenamiento jurídico, siendo la obligación «indemnizatoria» o la de «restitución» la que se genera como su efecto típico.

---

vía de resumen identifique todos los supuestos de hecho productivos de daño resarcible». Cfr. FRANZONI, Massimo. 1993: «Dei Fatti illeciti». En *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quinto: obbligazioni. Artt. 2043-2059*. Roma: Zanichelli ed., Bolonia y Soc. ed. Del Foro italiano, 75-84.

70. RODOTÀ, Stefano. 1984: «Modelli e funzioni della responsabilità civile». *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n.º 3, año II: 8.

71. MAZZOLA, Marcello Adriano. 2007: «Responsabilità civile da atti leciti dannosi», En *Il Diritto Privato oggi. Serie a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè, 170-207.

72. En el ordenamiento peruano sigue una posición similar PAZOS HAYASHIDA, Javier. *Op. cit.*, 137.

Los elementos que configurarían la *fattispecie* del enriquecimiento injustificado como categoría genérica de los *actos lícitos dañosos* serían los siguientes: (i) la ausencia de una justa causa en el desplazamiento patrimonial, (ii) el enriquecimiento de un sujeto, (iii) el empobrecimiento de otro sujeto, (iv) el daño y (v) el nexo causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Luego de haber revisado las principales construcciones que a nivel del formante doctrinario se han realizado sobre la categoría de los «actos lícitos dañosos» podemos arribar a una nueva conclusión preliminar: los *actos lícitos dañosos* forman parte de la responsabilidad civil en el Derecho Privado, no de forma excepcional, sino con igual jerarquía de importancia respecto de las hipótesis de responsabilidad por actos ilícitos.

En el siguiente y último apartado, luego de haber revisado el concepto de antijuridicidad, establecido la necesidad de teorizar sobre los *actos lícitos dañosos* y analizado sus principales aproximaciones dogmáticas, formularemos nuestras conclusiones.

## 5. CONCLUSIONES

Sobre la base de las reflexiones establecidas en los párrafos precedentes arribamos a las siguientes conclusiones que exponemos a continuación.

En primer lugar, no resulta viable establecer una categoría operativa de los *actos lícitos dañosos* en el Derecho Privado a partir de las construcciones realizadas por el Derecho Público con relación a la responsabilidad por actos legítimos de la Administración Pública.

En efecto, dado que la responsabilidad por actos legítimos de la Administración Pública es ajena a la responsabilidad civil del Derecho Privado, incurriría en un error metodológico el perfilar la responsabilidad por actos lícitos dañosos a partir de una categoría que niega su existencia.

Bajo este punto de vista, discrepamos respetuosamente de quien ha sostenido<sup>73</sup> que existe una unidad sistemática entre la expropiación forzosa que determina el pago de un *justiprecio* a favor del expropiado y la responsabilidad civil de la Administración Pública derivada de la lesión a un administrado producida por la actuación administrativa.

Nótese que el *justiprecio* no puede ser considerado como equivalente al resarcimiento, ya que, independientemente que tenga un contenido distinto, el primero se erige como un presupuesto para la procedencia de la expropiación, el segundo es una consecuencia frente al daño efectivamente sufrido. En realidad, el *justiprecio* puede

73. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. 2004: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II. 9.<sup>a</sup> ed. Madrid: Thomson Civitas, 358.

servir de modelo para construir las «compensaciones»<sup>74</sup> derivadas de las actuaciones administrativas del Estado, pero no del resarcimiento que está a cargo de la Administración Pública cuando ocasiona daños resarcibles<sup>75</sup>.

En segundo lugar, se debe identificar que el fundamento para admitir una responsabilidad por *actos lícitos dañosos* se encuentra en la *necesidad de realizar una ponderación de intereses en conflicto*; es decir, los intereses de la víctima y los intereses del responsable.

Nótese que esta ponderación se realiza a efectos de determinar si el interés lesionado debe ser o no susceptible de tutela a través de la imposición de una obligación resarcitoria al responsable del daño; lo cual implica que la identificación de un interés como pasible de ser tutelado por el resarcimiento no determina de manera automática la imputación de responsabilidad, ya que en cualquier caso será necesario aplicar el criterio de imputación correspondiente.

Si bien se ha precisado<sup>76</sup> que en la determinación del alcance de la protección de la tutela resarcitoria adicionalmente a tenerse en cuenta los intereses de la víctima y del causante del daño (en especial, la limitación a la libertad de acción que comporta considerar que una determinada conducta o actividad genera responsabilidad civil) debe prestarse atención a los intereses públicos, no consideramos, respetuosamente, que ello sea así.

Y es que los *intereses públicos* a lo más constituirían un criterio para determinar cuál de los particulares intereses en conflicto (el de la víctima o el del agente) debe primar, mas no serían uno de los extremos o polos a ser considerados al momento de realizar la ponderación de intereses. La razón de esto se encuentra en la innegable naturaleza intersubjetiva de la relación obligatoria que se genera como consecuencia del daño sufrido imputable al responsable.

En tercer lugar, debemos ser enfáticos en sostener que la responsabilidad civil por *actos lícitos dañosos* no tiene un carácter excepcional dentro del régimen general de la tutela resarcitoria, por lo que tomamos partido por la denominada *responsabilidad civil integral* que tutela tanto los daños derivados de actos lícitos como de actos ilícitos, lo cual no debe ser entendido en el sentido de que si no media una acción ilícita, entonces no debe reaccionar la tutela resarcitoria, sino que sea la acción ilícita o no, siempre

74. SCOTTI, Elisa. 2014: «Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione». *Ius publicum*, 2014, octubre: 1-44.

75. PANTALEÓN, Fernando. 2001: «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)». En Ricardo de Ángel Yágüez y Mariano Yzquierdo Tolsada (coords.): *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson, 187-216.

76. MARTÍN CASALS, Miquel. 2005: «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, n.º 2: 9.

que haya mediado un daño, la responsabilidad civil debe desplegar su eficacia como un mecanismo de tutela jurídica sustancial.

Desde este punto de vista, las hipótesis normativas de *actos lícitos dañosos* que se configuren en un determinado ordenamiento jurídico (responsabilidad medioambiental, responsabilidad por retiro de la obra del comercio, responsabilidad por revocación de la oferta, responsabilidad por actuación de resoluciones cautelares, etc.) no pueden ser consideradas como taxativas, sino que serán meramente enunciativas. En consecuencia, la ponderación de intereses no solo estará en manos del legislador, sino que podrá ser realizada por el juzgador en los casos concretos que se sometan a su conocimiento.

Respecto de esta perspectiva se ha indicado<sup>77</sup>, al menos en principio, que posibilita la articulación de normas más precisas y el análisis de casos y cuestiones concretas en el marco de un sistema general, además, posibilita la existencia de una esfera indefinida en la que un posterior desarrollo judicial determinará el alcance y el contenido del derecho de daño, aunque ello sea, quizás, más una cuestión teórica que práctica.

Ahora bien, el hecho de que se admita plenamente a los *actos lícitos dañosos* como parte de la responsabilidad civil no significa que no pueda establecerse algún grado de limitación o de configuración especial a la consecuencia jurídica compensatoria establecida a favor de la víctima como lo sería, por ejemplo, fijar excepciones a la reparación integral<sup>78</sup>, sin que ello implique una renuncia a los principios rectores de la tutela resarcitoria<sup>79</sup>.

Finalmente, sobre una base estructuralista, es necesario reconocer que los *actos lícitos dañosos* constituyen una manifestación de los denominados *actos jurídicos en sentido estricto*.

Como bien se sabe, la fenomenología jurídica de los hechos jurídicos distingue entre *hechos jurídicos en sentido estricto*, *actos jurídicos en sentido estricto* y *negocios jurídicos*, siendo que los *actos jurídicos en sentido estricto* se caracterizan por la imposición de efectos jurídicos sin que se haya tomado en consideración la voluntad del sujeto que realiza dicho acto, lo cual sucede, precisamente, en los *actos lícitos dañosos*.

77. SWANN, Stephen. 2003: «Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo». *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 2: 23.

78. BELLI, Guido. 2012: «L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?». *La responsabilità civile*, 2012, n.º 1: 65-68.

79. Ya se ha puesto en evidencia que la reparación integral del daño no tiene relevancia constitucional, en ese sentido PONZANELLI, Giulio. 2010: «La irrelevancia constitucional del principio de integral reparación del daño». En *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, t. II. Lima: Ideosa, 487-496.

Desde esta perspectiva, se destaca la posición de quien<sup>80</sup> encuadra sistemáticamente los *actos lícitos dañosos* como supuestos de *actos jurídicos en sentido estricto* o «actos no negociales», distinguiendo: (i) actos que son tales en cuanto objetivamente corresponde a una habilitación sancionada por una norma; (ii) actos intencionalmente dirigidos a la satisfacción de un interés previsto en una norma; y (iii) actos en donde la ley tutela sustancialmente la confianza del sujeto.

Evidentemente, deberá realizarse un esfuerzo adicional dentro de esta categoría consistente en excluir aquellos supuestos que no formen parte de la responsabilidad civil, ya sea por no compartir el fundamento de los actos lícitos dañosos o por ser categorías que pertenecen al Derecho Público.

## BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, L. O. 2006: «Daño (e injusticia del daño)». En *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 215-249.
- ALESSI, R. 1968: «Responsabilità da atti legittimi» (voz). En Antonio Azara y Ernesto Eula (directo da): *Novissimo Digesto italiano*, vol. xv. Torino: UTET, 625.
- ALPA, G. 1979: *Il problema della atipicità dell'illecito*. Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene.
- ALTERINI, Jorge Horacio. «La influencia del código civil argentino en otras codificaciones». En *La codificación: raíces y prospectiva*, t. II, *La codificación en América*. El Derecho, 183-201.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. 2012: «¿Andrés Bello y el Código Civil japonés?». *Revista Chilena de Derecho*, 2012, vol. 39, n.º 2: 313-323.
- BARCELLONA, Mario. 1984: *Sulla struttura formale del giudizio di responsabilità*. Milano: Giuffrè.
- BELLI, Guido. 2012: «L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?». *La responsabilità civile*, 2012, n.º 1: 65-68.
- BIANCA, C. Massimo. 2012: *Diritto civile*, t. v, *La responsabilità*. 2.ª ed. Milano: Giuffrè.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. 2003: *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra.
- BUSTO LAGO, José Manuel. 1998: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos.
- CABALLERO OSPINA, Mauricio y FLOREZ DE GNECCO, Martha. 1986: *Consideraciones sobre la responsabilidad objetiva en Derecho Civil y Criminal*. Tesis de grado para optar el título de abogado. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana de la República de Colombia.

80. MIRABELLI, Giuseppe. 1955: *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*. Napoli, 111 y ss. 274 y ss. En el ordenamiento peruano ha desarrollado de forma documentada la categoría de los *actos jurídicos en sentido estricto* LEÓN HILARIO, Leysser. 2004: «Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas». En Freddy Escobar Rozas, Leysser León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez (coords.): *Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 1-113.

- CABRILLAC, Rémy. 2008: *Las codificaciones*. Tr. María Pullido Velasco y Claudia Bulnes Olivares. Santiago: Universidad de Chile.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. 2013: «El ámbito dual del juicio de resarcibilidad en el análisis de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano: la negación de la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil en el Código Civil peruano y la natural afirmación de los actos lícitos dañosos». *Derecho & Sociedad*, 2013, n.º 40, año XXIV: 257-272.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto. 2015: «La responsabilidad por actos lícitos dañosos en el ordenamiento jurídico peruano». En *Reflexiones en torno al Derecho Civil a los treinta años del Código*. Lima: Ius et Veritas, 453-471.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. 1995: *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Tr. Daniela Brückner y José Luis de Castro, prólogo de Cándido Paz-Ares. Madrid: Civitas.
- CASTRONOVO, Carlo. 2006: *La nuova responsabilità civile*. 3.ª ed. Milano: Giuffrè.
- CORSARO, Luigi. 2003: *Tutela del danneggiato e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- DAM, Cees van. 2013: *European tort law*. 2.ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. 2003: *Tratado de responsabilidad civil*. 3.ª ed. Madrid: Universidad de Deusto; Civitas.
- DE CUPIS, Adriano. 1966: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. 2003: *La responsabilidad extracontractual*. 7.ª ed., 1.ª reimpr. Biblioteca para leer el Código Civil, vol. IV, t. I. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DIAS, José de Aguiar. 1957: *Tratado de la responsabilidad civil (da responsabilidade civil)*, t. II. Tr. Juan Agustín Moyano e Ignacia Moyano. México-Lima-Buenos Aires: editorial José M. Cajica Jr.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. 1999: *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 1992: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II. *El contrato en general, la relación obligatoria, contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*. 6.ª ed., 2.ª reimpr. Madrid: Tecnos.
- EICHLER, Hermann. 1978: «Consideraciones para un futuro sistema de Derecho Civil». *Revista Chilena de Derecho*, 1978, vol. 5: 142-159.
- ESCALA BARROS, Enrique. s/f: *Bello y el código civil chileno. Comentarios acerca de la obra «Don Andrés Bello» de Eugenio Orrego Vicuña*. Santiago: Universidad de Chile.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. 2006: «El common law y el derecho germánico: aportes e influencias» (entrevista). *Foro Jurídico, Revista de Derecho*, 2006, año III, n.º 6: 231-236.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. 2006: *Derecho de la responsabilidad civil*. 4.ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. 2001: «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)». En AA. VV.: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara, 229-279.
- FRANZONI, Massimo. 1993: «Dei Fatti illeciti». En *Commentario del Codice Civile Scialoja e Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quinto: obbligazioni. Artt. 2043-2059*. Roma: Zanichelli ed., Bologna y Soc. ed. Del Foro italiano.
- FRANZONI, Massimo. 2001: «La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones». Tr. Leysser León Hilario. En AA. VV.: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara, 187-227.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. 2004: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II. 9.ª ed. Madrid: Thomson Civitas.



- GUZMÁN BRITO, Alejandro. 1998: «La influencia del *Código Civil* de Vélez Sarsfield en las codificaciones de Iberoamérica hasta principios del siglo XX». *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1998, n.º 18: 263-273.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. 2000: *Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 229-340.
- INFANTINO, Marta. 2010: «Verso un diritto europeo della responsabilità civile? I progetti, i metodi, le prospettive». *Rivista critica di diritto privato*, 2010, n.º 4: 273-312.
- JANSEN, Nils. 2003: «Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 2: 23.
- KOZIOL, Helmut. 2012: *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*. Sramek Verlag.
- LARENZ, Karl. 1958-1959: *Derecho de Obligaciones*, t. I. Tr. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- LARROUMET, Christian. 2005: «La unificación del derecho de las obligaciones en Europa». En *De la codificación a descodificación. Code civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 211-221.
- LE TOURNEAU, Philippe. 1982: *La responsabilité civile*. 3.ª ed. Paris: Dalloz.
- LEÓN GONZÁLEZ, José María. 2015: «Algunas cuestiones, viejas y nuevas, sobre el proceso de objetivación de la responsabilidad civil». En *Materiales de enseñanza. Curso de Especialización en Contratos y Daños*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2- 60 (de la versión en pdf.).
- LEÓN HILARIO, Leysser. 2004: *El sentido de la codificación civil*. Prol. Paolo Grossi. Lima: Palestra.
- LEÓN HILARIO, Leysser. 2004: «Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas». En Lizardo Taboada Córdoba, Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez (coords.): *Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdoba*. Lima: Grijley, 1-113.
- LEÓN HILARIO, Leysser. 2006: *Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos*. Cuaderno de trabajo, n.º 2. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 20-36.
- LEÓN HILARIO, Leysser. 2007: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista.
- LEÓN HILARIO, Leysser. 2007: «Common law vs. Civil law. La competencia entre ordenamientos jurídicos. Réplica crítica (y amistosa) al profesor Escobar Rozas». *Foro Jurídico, Revista de Derecho*, 2007, año IV, n.º 7: 259-267.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. 2011: «El derecho de daños, sistema y problema». En *Problemas actuales de la responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 27 y 31.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. 2011: «Prevención y reparación, las dos caras del Derecho de Daños». En *Problemas actuales de la responsabilidad civil. Módulo de formación de jueces y magistrados*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 48-57.
- MAIORCA, Carlo. 1988: «Responsabilità (teoría gen.)» (voz). En *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX. Milano: Giuffrè, 462.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. 2005: «La influencia del *Code Civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano». En *De la codificación a descodificación. Code civil (1804-2004). Código de Bello (1855-2005)*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 86-88.

- MARTÍN CASALS, Miquel. 2003: «El “European Group on tort law” y la elaboración de unos “Principios europeos del derecho de la responsabilidad civil” –Grupo de Tilburg/Viena–». En Sergio Cámara Lapuente (coord.): *Derecho privado europeo*. Madrid: Colex, 217-226.
- MARTÍN CASALS, Miquel. 2005: «Una primera aproximación a los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil”». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2005, n.º 2: 9.
- MARTINS COSTA, Judith. «Clóvis Bevilacqua e escola do Recife». *RIBD*, n.º 8, año 2, 8362-8368.
- MAZZOLA, Marcello Adriano. 2007: *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*. En *Il Diritto Privato oggi. Serie a cura di Paolo Cendon*. Milano: Giuffrè.
- MEDICUS, Dieter. 1995: *Tratado de las relaciones obligacionales*. vol. I. Ed. española. Tr. Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. 2013: «Apuntes sobre la codificación brasileña del siglo XIX: Augusto Teixeira de Freitas». En *Materiales de enseñanza de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú*. Lima: PUCP, 1-16 (del texto en pdf).
- MERINO ACUÑA, Roger. 2010: «Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del “desarrollo de la industria”». *Revista Jurídica del Perú*, 2010, t.107: 215-242.
- MIRABELLI, Giuseppe. 1955: *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*. Napoli.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis. 1972: «Codificación civil española y americana (Su evolución e influencias recíprocas)». *Revista de Derecho Privado*, 1972: 599-614.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. 2006: «La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual)». En *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley, 617-669;
- MORÉTEAU, Olivier. 2013: «French tort law in the light of European harmonization». *Journal of civil law studies*, 2013, vol. 6: 759-801.
- MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo. 1998: «Gli atti leciti dannosi». En Paolo Cendon (a cura di) *La responsabilità civile, Responsabilità extracontrattuale*, vol. VIII, *Il diritto privato nella giurisprudenza*. Torino: UTET, 415-416.
- NERY JUNIOR, Nelson y DE ANDRADE NERY, Rosa María. 2003: *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2.ª ed. rev. y amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- OSORIO ARRASCUE, Santiago. «Trascendencia del nuevo código civil de Brasil». *Revista Jurídica Docentia et investigatio*, vol. 15, n.º 2: 53-58.
- PANTALEÓN, Fernando. 2001: «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las administraciones públicas)». En Ricardo de Ángel Yágüez y Mariano Yzquierdo Tolsada (coords.): *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson, 187-216.
- PANTALEÓN, Fernando. 2005: «Principles of European Tort Law: basis of Liability and Defences. A critical view “from outside”». *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*. n.º 3, 9.
- PAPAYANNIS, Diego M. 2010: *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Tesis doctoral. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.
- PAZOS HAYASHIDA, Javier. 2005: «Comentario al artículo 1971 del Código Civil peruano: hechos dañosos justificados». In *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*, t. X. Lima: Gaceta Jurídica, 137-145.
- PERLINGIERI, Piero. 2004: «La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento». *Rassegna diritto civile*, 1066-1072.
- PONZANELLI, Giulio. 1992: *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*. Bologna: Società editrice «Il Mulino».

- PONZANELLI, Giulio. 2010: «La irrelevancia constitucional del principio de integral reparación del daño». En *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, t. II. Lima: Ideosa, 487-496.
- PUGLIATTI, Salvatore. 1958: «Alterum non laedere» (voz), vol. II. Milano: Giuffrè, 98-108.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. 2000: *Historia del Derecho civil peruano*, tt. V, VI y VII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RESCIGNO, Pietro. 1964: «Obbligazioni (nozioni)» (voz). En *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX. Milano: Giuffrè, 157.
- RODOTÀ, Stefano. 1964: *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè.
- RODOTÀ, Stefano. 1984: «Modelli e funzioni della responsabilità civile». *Rivista critica di diritto privato*, 1984, n.º 3, año II: 8.
- RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. 1994: «Consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas». *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1994, n.º 6: 211-226.
- RUBINO, Domenico. 1939: *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè.
- RUSSO, Tommaso Vito. 2009: «La responsabilità da atto lecito dannoso». En *Domenico Rubino, vol. I – Interesse e rapporti giuridici*, Collana: «I Maestri italiani del diritto civile». Napoli: ESI, 647-662.
- SACCO, Rodolfo. 1991: «Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law». *The American Journal of Comparative Law*, 1991, vol. 39, n.º 2: 20-34.
- SACCO, Rodolfo. 1992: *Introduzione al diritto comparato*. 5.ª ed. Torino: UTET.
- SAVATIER, René. 1951: *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. Pref. Georges Ripert, t. I - *Les sources de la responsabilité civile*. 12.ª ed. París: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence.
- SCADUTO, Gioacchino y RUBINO, Domenico. 1938: «Illecito (atto) (Diritto moderno)». En Mariano D'Amelio (a cura di) con la collaborazione di Antonio Azara: *Nuovo Digesto italiano*. Torino: UTET, 703-705.
- SCALISI, Vincenzo. 2004: «Ingiustizia del danno e analítica della responsabilità civile». *Rivista Diritto Civile*, 2004, I: 42-43.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. 2010: «Illecito (diritto vigente)». En *Responsabilità civile e danno*. Torino: Giappichelli, 15-18.
- SCOTTI, Elisa. 2014: «Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione». *Ius publicum*, 2014, octubre: 1-44.
- SILVA ALONSO, Ramón. 2000: «Vélez Sarsfield en el nuevo código civil paraguayo». En *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, t. V. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 27-36.
- STARCK, Boris. 1972-76: *Droit Civil. Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, 2.ª ed. Paris: Librairies Techniques.
- SWANN, Stephen. 2003: «Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudio para un Código Civil Europeo». *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2003, n.º 2: 23.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. 1994: «¿Es la antijuridicidad un requisito fundamental de la responsabilidad civil extracontractual?». *Advocatus*, 1994, n.º 6, año 4: 54-58.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. 2003: *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*. 2.ª ed. Lima: Grijley.
- TORREGROSSA, Giovanni. 1964: *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Milano: Giuffrè.

- TUCCI, Giuseppe. 1967: «La risarcibilità del danno da da atto lecito nel diritto civile». *Rivista di diritto civile*, 1967, año XIII, parte I: 232-259.
- VISINTINI, Giovanna. 1999: *Tratado de la responsabilidad civil*, t. 1 - *La culpa como criterio de imputación de la responsabilidad*. Tr. Aida Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea.
- WATSON, Alan. 1995: «From legal transplants to legal formants». *The American Journal of Comparative Law*, 1995, vol. 43: 469-476.
- WATSON, Alan. 2006: *Legal transplants and European private law*. Belgrado: Pravni Fakultet, Universitet u Beogradu, 2-12.
- ZIMMERMANN, Reinhard. 2003: «The civil law in European codes». En *Regional private laws and codification in Europe*. Cambridge: Cambridge University press, 18-59.

# La libre navegación de los buques de guerra en el mar territorial y su regulación a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

*The freedom of navigation of warships in the territorial sea and its regulation from the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea*

**Leopoldo M. A. Godio**

*Abogado y Magister en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires)<sup>1</sup>*

**Julián M. Rosenthal**

*Abogado (Pontificia Universidad Católica Argentina). Docente de Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires)<sup>2</sup>*

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

1. Miembro del Instituto de Derecho Internacional del CARI. Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. E-mail: [leopoldogodio@gmail.com](mailto:leopoldogodio@gmail.com).

2. Miembro del CARI. E-mail: [julian.rosenthal90@gmail.com](mailto:julian.rosenthal90@gmail.com).

*Leopoldo M. A. Godio y Julián M. Rosenthal*  
La libre navegación de los buques de guerra en  
el mar territorial y su regulación a partir...

*Ars Iuris Salmanticensis*,  
vol. 3, diciembre 2015, 109-131  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

## Resumen

El presente artículo explora la evolución histórica y normativa de la navegación de buques de guerra extranjeros en el mar territorial, incluyendo las distintas corrientes de pensamiento consideradas en las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para, luego, abordar el régimen actual. En este orden de ideas, examinamos la cuestión de la autorización o notificación previa respecto del paso inocente de buques extranjeros, observando el espíritu legislativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y sin perder de vista los aportes brindados por la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Corfú Channel Case*, exponiendo las consideraciones más relevantes para, finalmente, señalar las prácticas actuales en la materia.

**Palabras clave:** Navegación; Canal de Corfú; Jurisdicción; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; Buques de guerra.

## Abstract

*The following article explores the historical and legislative evolution regarding the navigation of foreign warships in the territorial sea, including the different lines of thought considered in the Conference of the United Nations on the Law of the Sea, so as to approach the current regime. In this context, we examine the legal situation of the previous authorization or notification regarding the innocent passage of warships, taking into consideration the legislative spirit of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 and without losing sight of the International Court of Justice contributions in the «Corfu Channel Case» analyzing its outstanding contributions, so as to finally highlight the actual practices in this field.*

**Key words:** Navigation; Corfu Channel; Jurisdiction; Law of the Sea Convention; Warships.

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar y sus antecedentes en materia de libre navegación de los buques de guerra; 3. La notificación previa al tránsito del buque de guerra: ¿requisito o facultad?; 4. La libre navegación de los buques de guerra. Del *Corfu Channel Case* a la actualidad; 5. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los modos en que la humanidad utilizó los mares y océanos en la segunda mitad del siglo XX evolucionó rápidamente en las décadas siguientes debido a distintos factores tecnológicos por lo que sus consecuencias, traducidas en oportunidades y controversias, preocuparon a la ONU, especialmente ante el fracaso de la I y la II Conferencia

de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, desarrolladas en Ginebra durante 1958 y 1960, respectivamente<sup>3</sup>.

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 representa uno de los instrumentos jurídicos multilaterales más importantes del derecho internacional contemporáneo no sólo por la gran cantidad de asuntos vinculados a los usos de los mares y océanos, sino también por la técnica empleada en su negociación durante la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, entre 1973 y 1982: el consenso, como forma de alcanzar un cumplimiento de los intereses internacionales a largo plazo<sup>4</sup>.

Los temas de trabajo de la III Conferencia fueron enumerados por la AGNU, en el párrafo 2 de la Resolución 2750 (xxv), del 17 de diciembre de 1970, gracias a la labor precursora de Arvid Pardo, traducándose así en un mandato que tratara todas las cuestiones relacionadas con el derecho del mar<sup>5</sup> y que, en palabras del Secretario General de la organización mundial, posee un significado particular e histórico<sup>6</sup>.

Desde su misma preparación, la Conferencia evidenció las circunstancias e intereses vitales de los Estados negociadores que, gracias a la comprensión y conciliación empleada por las delegaciones en su desarrollo, permitió superar las diferencias iniciales con el objeto de establecer un orden jurídico internacional generalmente aceptado y eficaz para los mares y océanos.

3. Cfr. GODIO, Leopoldo M. A. 2012: «El Derecho del Mar». En Ricardo Arredondo (dir.): *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley, 523-558.

4. La idea del consenso se encuentra como apéndice al Reglamento de la III Conferencia: «Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible. La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos...». Fuente: Doc. Oficiales de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol, I, Doc.A/CFR. 62/SR 19.

5. Posteriormente, la Comisión sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los límites de la Jurisdicción Nacional elaboró una lista que fuera aprobada, oficialmente, el 18 de agosto de 1972. Fuente: Resolución AG A/RES/3067 (xxviii), del 16 de noviembre de 1973. Sobre la Comisión señalada, ARMAS PFIRTER sostiene que «[...] en un principio estaba compuesta por 42 Estados. Sus esfuerzos se encaminaron especialmente a redactar una declaración de principios que sirviera para gobernar los fondos marinos y oceánicos internacionales». Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M. 1994: *El Derecho Internacional de Pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 71.

6. Cfr. UNITED NATIONS. 1973: *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982. Summary Records of Plenary Meetings of the First (New York, 3-15 December 1973) and Second (Caracas, 20 June to 29 August 1974) Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session, Volume I, 1<sup>st</sup> meeting, Monday, 3 December 1973, at 4.15 p.m., para. 1 (Doc. a/cfr.62/SR.1).*

Signada por la urgencia de contar con un ordenamiento de los mares, ya que las controversias en muchos aspectos eran inminentes<sup>7</sup>, la AGNU adoptó la Resolución 2340 (XXII) con el objeto de crear un comité *ad hoc* dedicado a su identificación y relevamiento que, posteriormente, se transformó en una «Comisión para la utilización con fines pacíficos de los Fondos Marinos y oceánicos situados fuera de la jurisdicción nacional» y cuyos esfuerzos «[...] se encaminaron especialmente a redactar una declaración de principios que sirviera para gobernar los fondos marinos y oceánicos internacionales»<sup>8</sup>.

Más tarde, la misma AGNU declaró, mediante la Resolución 2574 (XXIV), que «[...] hasta tanto se estableciera un régimen internacional que incluyera un mecanismo apropiado, los Estados y las personas –físicas o jurídicas– estaban obligados a abstenerse de cualesquiera actividades de explotación de los recursos de la zona y que no se reconocería ninguna reclamación sobre cualquier parte de la zona o sus recursos»<sup>9</sup>.

Los informes y respuestas de los Estados fueron de utilidad para la adopción de la Resolución 2750 C (XXV) por parte de la AGNU, que convocara finalmente a la III Conferencia, cuyo trabajo se iniciara en Caracas, desde 1973 y culminara en Montego Bay, en 1982, empleando el consenso como medio de negociación y bajo el concepto del *package deal* al tratarse los temas como un conjunto de asuntos íntimamente interrelacionados para tratar de lograr un acuerdo general susceptible de aceptación universal<sup>10</sup> aunque, finalmente, se adoptó por votación<sup>11</sup>.

La lista de los temas a tratar en la III Conferencia surgió a partir de una labor encargada a un órgano político que funcionó con carácter preparatorio a ésta, particularmente entre los años 1971 y 1973: la «Comisión Ampliada de Fondos Marinos»

7. En temas de delimitación, navegación, contaminación, investigación científica, fondos marinos internacionales, entre otros.

8. Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M., *supra* nota 3, 71.

9. *Ibidem*.

10. Cabe destacar que la extraordinaria negociación desarrollada por las delegaciones estuvo cerca de alcanzar un consenso sobre el texto de la Convención. Los Estados que votaron en contra o se abstuvieron justifican su accionar sobre cuestiones puntuales: EE. UU. sostenía que la mayoría de la Convención era derecho consuetudinario y particularmente no estaba de acuerdo con la Parte XI; Israel no estaba de acuerdo con la inclusión de la Autoridad Palestina; finalmente, Turquía y Venezuela no estaban de acuerdo con las normas referidas a la delimitación marítima a la luz de sus intereses. La idea del consenso se encuentra como apéndice al Reglamento de la III Conferencia: «Teniendo presente que los problemas del espacio oceánico están estrechamente relacionados entre sí y deben considerarse como un todo, y la conveniencia de adoptar una Convención sobre el Derecho del Mar que logre la máxima aceptación posible. La Conferencia debe hacer todos los esfuerzos posibles para que los acuerdos sobre los asuntos de fondo se tomen por consenso, y dichos asuntos no deberán someterse a votación hasta tanto no se hayan agotado todos los esfuerzos por llegar a un consenso». Fuente: Doc. Oficiales de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, vol. I. Doc.A/CFR. 62/SR 19.

11. Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M., *supra* nota 3, 74.



que, integrada por representantes de los Estados, manifestó la existencia de una lista completa de temas y cuestiones relacionados con el derecho del mar y sobre la que elaboró distintos proyectos de artículos, que, finalmente, fue utilizada por la Comisión Preparatoria de la III Conferencia, a pesar de no tratar todos los temas de modo completo y carecer de un orden de prioridad para su examen. Sin embargo, la lista demostraba la complejidad y la interrelación de los asuntos al convertirse, luego, en la agenda de una Conferencia que, a su finalización, dio lugar a la Convención de 1982 estableciendo, en palabras de Koh, una «Constitución para los Océanos»<sup>12</sup> que desarrolló y superó los contenidos establecidos en las dos primeras Conferencias de Ginebra, cumpliendo el propósito de prevalecer sobre éstas, tal como lo dispone el artículo 311 (1), originando un «nuevo derecho del mar»<sup>13</sup>.

Sin dudas, entre tan importantes cuestiones que, novedosamente, reguló la Convención señalada podemos mencionar la pesca, los métodos de delimitación marítima, la investigación científica y la navegación por los estrechos internacionales, entre otras, mereciendo el régimen de la libre navegación de los buques de guerra y su regulación un lugar destacado.

De este modo, la disputa doctrinaria sobre la libre navegación de los mares originada en la «batalla de los libros», durante el siglo XVII<sup>14</sup>, se cristalizó en la cada vez más frecuente aparición de controversias entre Estados costeros y los Estados del pabellón de buques extranjeros que deseaban transitar el mar territorial del primero que gradualmente, a partir del siglo XIX, orientó una práctica generalizada que estableció los criterios para el reconocimiento de un derecho de paso inocente a favor de estos buques<sup>15</sup>.

El siglo XX comienza con un contexto dominado por el derecho internacional clásico, en el que reinaba la libertad de los mares y las zonas de alta mar eran consideradas como *res nullius*, al tiempo que los reclamos de jurisdicción marítima eran prácticamente inexistentes<sup>16</sup>, constituyendo el pilar del posterior criterio adoptado por

12. KOH, Tommy B. 1983: «A Constitution for the Oceans, en United Nations». En *The Law of the Sea – Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*. New York, XXIII.

13. Cfr. DE LA GUARDIA, Ernesto. 1997: *El Nuevo Derecho del Mar*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

14. En ella participaban juristas como Huig van Groot, William Welwood, Paolo Sarpi, Giuglio Pace da Beriga, Serafim Freitas, Pietro Battista Borghi y John Selden, debatiendo sobre la posibilidad de apropiación y los límites al dominio de los mares bajo control de una potencia. Cfr. SCOVAZZI, Tullio. 2000. «Evolution of International Law of the Sea». *Recueil des Cours*, 2000, vol. 286, 66.

15. GODIO, Leopoldo M. A., *supra* nota 1, 523-558.

16. Las controversias en espacios marítimos en materia de pesca no eran numerosas. Sin embargo, podemos mencionar que en 1905 Uruguay había apresado un buque británico por realizar actividades extractivas en aguas jurisdiccionales que, en aquel entonces, se

las potencias marítimas negociadoras en la III Conferencia, al menos en cuanto a pretensiones de actividades «a permitirse» en la futura Convención.

Por ejemplo, el criterio señalado puede reflejarse en la disputa entre aquellos Estados a favor de la «discreción» en la navegación que flexibilizara el tránsito de los buques de guerra extranjeros por aguas territoriales, como los EE. UU., al tiempo que otros, como China, intentaban restringirlo liderando al grupo que pregonaba una «autorización» o «permiso de aprobación» previa<sup>17</sup>, en posturas que reiteraron, mediante declaraciones interpretativas, al ratificar la Convención, tal como lo hicieran Argelia, Hungría y Yemen, entre otros<sup>18</sup>.

No obstante lo anterior cabe señalar que, independientemente de la autorización o permiso de aprobación que surja de nuestro análisis, pareciera que la libre navegación de estos buques no resulta uniforme para todos los espacios soberanos, tal como ocurre, por ejemplo, con las aguas interiores, excepto en los casos autorizados por el artículo 17 a 19 de la Convención de 1982, sin perjuicio del artículo 30, por cuanto autoriza al Estado ribereño la posibilidad de solicitar al Estado del pabellón del buque extranjero que abandone las mismas en caso de no cumplir las indicaciones o regulaciones en materia de navegación referida al paso a través de su mar territorial.

¿Pueden los buques de guerra extranjeros navegar por el mar territorial de otro Estado, de acuerdo a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982?, en caso afirmativo ¿el Estado del pabellón requiere cumplir con una autorización o una notificación previa?

---

encontraban controvertidas. Posteriormente, y ante la protesta diplomática del Estado de pabellón, se procedió a su liberación. Cfr. KEOHANE, R. y NYE, J. 1988: *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 124. Desde una mirada de las relaciones internacionales, algunos autores sostienen que este régimen fue estrechamente asociado a los intereses y el poderío del principal país naval, el Reino Unido, al permitiéndosele dominar las periferias del mundo para garantizar, mediante la fuerza militar, la libertad del comercio y de los mares, dando lugar a la denominada *Pax Britannica* comprendida entre 1815 y 1914. *Ibídem*, 89.

17. Cfr. KEYUAN, Zou. 1998: «Innocent Passage for Warships: The Chinese Doctrine and Practice». *Ocean Development and International Law*, 1998, vol. 29: 195-198.

18. Cfr. WALKER, G. K. 2007: «Professionals' Definitions and States Interpretative Declarations (Understanding, Statements, or Declarations) for the 1982 Law of the Sea Convention». *Emory International Law Review Archive*, 2007, vol. 21: 522-534.

## 2. LAS CONFERENCIAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR Y SUS ANTECEDENTES EN MATERIA DE LIBRE NAVEGACIÓN DE LOS BUQUES DE GUERRA

### 2.1. Del «Mar Libre» a la Conferencia Codificadora de La Haya de 1930

Inspirado a partir de la tesis del *Mare Liberum* de VAN GROOT y con fines comerciales, el concepto de paso inocente fue defendido como un derecho de libertad para la navegación a favor de todas las naciones, aunque ya se le reconocían, tempranamente, límites o requisitos a la obtención de tal beneficio en desmedro del Estado ribereño. En otras palabras, el derecho no era perfecto ni absoluto, razón por la que era pasible de regulación.

Según DE VATTEL, en su obra fechada en 1758, este derecho de paso inocente era ejercido por buques mercantes y agrega que:

La propriété n'a pû ôter aux Nations le droit général de parcourir la terre, pour communiquer enfemble, pour commercer entr'elles, & pour d'autres juftes raifons. Le Maître d'un pays peut feulement refufer le paffage, dans les occafions particulières, où il fe trouve préjudiciable ou dangereux. Il doit donc l'accorder, pour des caufes légitimes, toutes les fois qu'il eft fans inconvéniement pour lui. Et il ne peut légitimement attacher des conditions onéreufes à une conceffion, qui efl d'obligation pour lui, qu'il ne peut refufer, s'il veut remplir fes devoirs & ne point abufer de fon droit de Propriété<sup>19</sup>.

Sin embargo, con el tiempo los Estados costeros pudieron imponer ciertas condiciones que, en la práctica, evidenciaron distinciones respecto de los buques de guerra situados en el mar territorial, a fin de evitar actos perjudiciales o afectar su propia seguridad<sup>20</sup>. De este modo, en el siglo XVIII se consolidó la tesis del mar libre de VAN GROOT, aunque reconociendo competencias en materia de seguridad a los Estados ribereños mediante la ocupación efectiva desde la costa, dando lugar así a dos grandes espacios marítimos claramente distinguidos: el mar territorial y el alta mar, este último como espacio de libre navegación, constituyendo el primero un elemento esencial para el despliegue de poder del Estado costero, utilizando criterios fundados en el alcance de una bola de cañón disparada en la costa (conocida como la tesis de Cornelius

19. Cfr. DE VATTEL, Emer. 1916: «Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle. Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains». En James Brown Scott (ed.): *The Classics of International Law*. Washington: The Carnegie Institute of Washington, vol. I (Liv. II, Chap. X), 350-352, [http://www.mindserpent.com/American\\_History/books/Vattel/1916\\_vattel\\_le\\_droit\\_des\\_gens\\_vol\\_01.pdf](http://www.mindserpent.com/American_History/books/Vattel/1916_vattel_le_droit_des_gens_vol_01.pdf) [20/07/2015].

20. Cfr. RODRÍGUEZ BALLESTER, Gamaliel. 2014: «The Right of Innocent Passage of Warships: A Debated Issue». *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 2014, vol. 54: 91 y ss.

van Bynkershoek), hasta la consolidación convencional en la distancia de tres millas marinas<sup>21</sup>.

Así es que, promediando la tercera década del siglo xx, los Estados ribereños manifestaban la necesidad de una mayor extensión del mar territorial. Ante ello, la Asamblea de la Sociedad de las Naciones convocó, a través de su Consejo, a un Comité de Expertos que seleccionara los temas a tratarse en una futura base de discusión, resultando elegidas las aguas territoriales, las pesquerías y la explotación de los recursos del mar, finalmente incluidas en los temas en la agenda de la Conferencia de La Haya de 1930. Sin embargo, la misma fracasó ante las divergencias que presentaban los Estados, ya que algunos deseaban mantener la distancia de tres millas, mientras que otros reivindicaban no menos de seis, doce o incluso más millas, traducándose en la ausencia de acuerdo para fijar un límite exacto, a pesar de reconocer la insuficiencia de la «la regla de las tres millas»<sup>22</sup>.

## 2.2. La I y la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

Luego del *impasse* producido por la Segunda Guerra Mundial, la tarea de regular convencionalmente el régimen de los mares y océanos fue retomado por la AGNU con carácter prioritario, constituyendo un dato no menor que los EE. UU. eran ya la principal potencia naval y el contexto internacional le fue favorable para propiciar la codificación del régimen vigente, signado por las famosas declaraciones de Truman y la Declaración de Santiago, realizadas por Ecuador, Perú y Chile, en 1952<sup>23</sup>, que reclamaban mayores espacios de soberanía y jurisdicción marítima. En definitiva, durante este periodo se precipitaron los reclamos de jurisdicción en distintas partes del mundo al tiempo que se incrementó el accionar de los Estados ribereños en las zonas controvertidas, con apresamientos de buques pesqueros, traducándose en una erosión del sistema vigente que requirió, sin más demoras, un nuevo intento de obtener su codificación<sup>24</sup>.

21. Una milla equivale exactamente a 1.852 metros. Cfr. FLEISCHER, Carl A. 1988: «The new régime of maritime fisheries». *Recueil des Cours*, 1988, vol. 209: 107.

22. Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M., *supra* nota 3, 59 y ss.

23. Es justo recordar que esta declaración dispuso, por primera vez, las 200 millas de mar como una zona destinada para la explotación de los recursos. Por otra parte, cabe destacar la Declaración de Montevideo de 1970 que, al igual que la Declaración de Lima de 1970 y la Declaración de Santo Domingo de 1972, deliberadamente omitieron mencionar las 200 millas con la finalidad de evitar que quedara evidenciada la diferencia de criterio entre «paso inocente» y «libertad de navegación».

24. Cfr. KEOHANE, Robert y NYE, Joseph, *supra* nota 14, 128.

Tal como adelantáramos, la Asamblea General emitió en 1947 la Resolución 174 (II) y delegó en la CDI la elaboración, hacia 1956, de un proyecto de artículos como base de trabajo para la I Conferencia de Ginebra sobre el Derecho del Mar en 1958<sup>25</sup>, llamada a regular mediante cuatro convenciones el mar territorial, el alta mar y, por primera vez, la plataforma continental, la zona contigua, la pesca y la conservación de los recursos vivos del mar. La I Conferencia delimitó la naturaleza jurídica y los derechos y deberes de los Estados en el mar territorial, pero no tuvo éxito en el intento de determinar su extensión, por lo que cada Estado procedió unilateralmente a fijarlos según su criterio y de acuerdo a su interés nacional particular.

Sin embargo, a pesar de su fracaso, la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958 contenía disposiciones, los artículos 14 a 17 (pertenecientes a la Sección III, Subsección A), que definían el derecho de paso inocente por el mar territorial sin distinción del tipo de buque (a excepción del inciso 6.º, referido a los submarinos), aunque excluyendo el tránsito de estos en aguas interiores. En esencia la Convención carecía de estándares, otorgando a los Estados ribereños un amplio margen de discrecionalidad para calificar la navegación como «inocente», y determinar si aquella era perjudicial para su paz, su mantenimiento del orden o su seguridad, provocando no pocas controversias en su interpretación.

En efecto, dispone el artículo 14 que:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en estos artículos, los buques de cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de paso inocente a través del mar territorial.
2. Se entiende por paso el hecho de navegar por el mar territorial, ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hacia alta mar viniendo de ellas.
3. El paso comprende el derecho de detenerse y fondear, pero sólo en la medida en que la detención y el hecho de fondear no constituyan más que incidentes normales de la navegación o le sean impuestos al buque por una arribada forzosa o por un peligro extremo.

25. Las cuatro convenciones eran: 1) La Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua; 2) la Convención sobre Plataforma Continental; 3) la Convención sobre Alta Mar; y 4) la Convención sobre Conservación de los Recursos Vivos en el Mar. La CDI en su proyecto reconocía la falta de uniformidad que representaba, en la práctica, la delimitación del mar territorial, considerando que el derecho internacional no autorizaba una extensión más allá de las 12 millas, pero que debía fijarse su extensión mediante una conferencia internacional. Cfr. Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, Doc. A/3159 y Corr.1, en CDI.1956: *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 250-297. ILC. 1950, «Mémorandum présenté par le Secrétariat». *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, New York, 1957, (Doc. A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1), 83.

4. El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el orden o la seguridad del Estado ribereño. Tal paso se efectuará con arreglo a estos artículos y a otras disposiciones del derecho internacional.
5. No será considerado inocente el paso de buques de pesca extranjeros que no cumplan las leyes y reglamentaciones dictadas y publicadas por el Estado ribereño a fin de evitar que tales buques pesquen dentro del mar territorial.
6. Los buques submarinos tienen la obligación de navegar en la superficie y de mostrar su bandera.

La norma anterior se completa con el artículo 16, que faculta al Estado ribereño a realizar las medidas necesarias para impedir todo paso que no sea inocente en su mar territorial y cualquier infracción a la admisión de los buques situados en aguas interiores autorizando, asimismo, la suspensión temporal o total de la navegación en áreas determinadas si aquella es necesaria para su seguridad y a condición de su publicación en debida forma. Esta última suspensión no puede ser aplicable en los estrechos que se utilizan para la navegación internacional entre una parte de la alta mar y otra parte de la alta mar o en el mar territorial de un Estado extranjero.

Por otra parte, los artículos 15 y 17 poseen en esencia una impronta en favor de los buques extranjeros al impedir, por parte del Estado costero, la aplicación de dificultades para el ejercicio del paso por el mar territorial, obligándole a informar de manera apropiada todos los peligros para la navegación en aquel espacio.

Tal como hemos adelantado, la situación de indeterminación de la anchura del mar territorial impidió, junto a la falta de acuerdo sobre los límites de las pesquerías, el éxito de la I Conferencia y generó, en consecuencia, la convocatoria a la II Conferencia de Ginebra sobre el Derecho del Mar, en 1960, con el objeto de establecer un mar territorial de seis millas, junto a otras seis millas adicionales optativas de derecho exclusivo de pesca que, finalmente, fracasó por no alcanzar la mayoría requerida<sup>26</sup>.

Sin embargo, a pesar del fracaso de las Conferencias de 1958 y 1960, la comunidad internacional evidenció la necesidad de convocar a una nueva conferencia ya que, poco tiempo después, los Estados de reciente independencia irrumpieron para cuestionar un régimen basado en la costumbre que, claramente, se encontraba debilitado.

26. Convocada mediante Res. AG 1307 (XIII). Participaron en ella 88 delegaciones de Estados. Según ARMAS PFIRTER, en la II Conferencia se llegó a dos propuestas principales: la primera, copatrocinada por 18 delegaciones basada en la propuesta de México, reconociendo un mar territorial de 12 millas que, en caso de establecerse una anchura menor, podría completarse con una zona exclusiva de pesca; la segunda, impulsada por EE. UU. y Canadá, que proponía 6 millas de mar territorial y otras 6 millas adicionales de pesca exclusiva. Ninguna alcanzó los dos tercios necesarios para su adopción. Cfr. ARMAS PFIRTER, Frida M., *supra* nota 3, 68.

## 2.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982

La Sección 3 de la Parte II de la Convención de 1982 comienza con un artículo 17 que reconoce el principio del derecho de paso inocente, a través del mar territorial, para los buques de todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, y dedica los artículos 18 y 19 a aclarar los conceptos de «paso» y «paso inocente», respectivamente, a fin de evitar futuras controversias.

El artículo 18 se inspira en la Convención de 1958 ya señalada y reviste actualmente carácter de derecho consuetudinario, aclarando que el paso debe ser realizado en forma rápida e ininterrumpida y agrega, dentro de las aceptaciones de detenciones y fondeo, como incidentes normales de la navegación o que le sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave con el objeto de auxiliar a personas, aeronaves u otros buques en peligro grave.

Sin embargo, el artículo 19 es particularmente relevante para los buques de guerra extranjeros que transitan por el mar territorial entendiendo, en esencia, al «paso inocente» como aquel que no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado costero, quedando desacreditado su carácter de «inocente» cuando el buque realice:

- a) Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas.
- b) Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase.
- c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño.
- d) Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño.
- e) El lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves.
- f) El lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares.
- g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño.
- h) Cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención.
- i) Cualesquiera actividades de pesca.
- j) La realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos.
- k) Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño.

- l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso.

A pesar de tratarse de una lista detallada de actividades consideradas como «pasos perjudiciales» o actividades no relacionadas directamente con el paso que impiden su calificación como «inocente», la norma posee, a nuestro criterio, un carácter enunciativo o abierto, no sólo por las propias características dinámicas que presenta el derecho internacional, sino también por las posibilidades que brinda el progreso tecnológico destinado a los usos militares navales<sup>27</sup>.

Por otra parte, el artículo 20 reconoce, sin dudas, que en el mar territorial los submarinos y cualesquiera otros vehículos sumergibles deberán navegar en la superficie y enarbolar su pabellón. Una lectura inicial tendería a creer que la norma dispone el privilegio de los derechos de este tipo de buque por sobre los del Estado costero, sin embargo, un análisis amplio de la situación prevista en el régimen de la Parte III, referida a los estrechos utilizados para la navegación internacional, evidencia que, a pesar de los recaudos del artículo 34, el artículo 39 (1) (c) dispone como obligación de los buques y aeronaves en tránsito (en el caso que nos interesa, el submarino u otro vehículo sumergible) la abstención de toda actividad que no esté relacionada con sus modalidades «normales». En otras palabras: asegurar un paso libre y sin obstáculos, especialmente por el interés de aquellas delegaciones interesadas en una rápida movilización de flotas navales, dentro de un contexto signado por la guerra fría, en el régimen del mar territorial, el derecho de paso inocente es interpretado en beneficio del Estado ribereño, mientras que en los estrechos internacionales, el mismo resulta favorable al Estado del pabellón del buque, por lo que cabe sostener que si el submarino navega «normalmente» sumergido, no es requisito que emerja y evidencie su pabellón<sup>28</sup>.

Todo lo anterior se complementa con las distintas leyes y reglamentos relativos al paso inocente que puede adoptar el Estado costero, de conformidad con la

27. Cfr. BOSCO, Joseph A. 1997-1998: «The International Law Implications of China's Military and Missile Exercises in the Taiwan Strait under the 1982 United Nations Law of the Sea Convention and the United Nations Charter». *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 1997-1998, vol. 16: 50-58. Sin embargo, cabe aclarar que, la doctrina no acuerda en afirmar si las disposiciones referidas a este derecho de paso inocente (entre los artículos 14 y 23) poseen todas idéntica naturaleza, ya que tienen un carácter general amplio de interpretación discrecional a favor del Estado ribereño. Cfr. WOLF, Sarah. 2012: «Territorial Sea». En Rüdiger Wolfrum (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 22-24.

28. Para un estudio actual del tema ver CAMINOS, H. y COGLIATI-BANTZ, V. P. 2014: *The Legal Regime of Straits: Contemporary Challenges and Solutions*. Cambridge: Cambridge University Press. En particular, se sugiere el capítulo titulado «Right of transit ratione materiae: definition of transit passage», 151-224. Asimismo, se sugiere también CARON, David D. y ORAL, Nilufer (eds.). 2014: *Navigating straits: challenges for international law*. Leiden: Brill.



Convención y el derecho internacional aplicable, tal como lo autorizan los artículos 21 a 23, junto a los recaudos dispuestos en los artículos 24 y 25, referidos a los deberes y derechos del Estado ribereño, respectivamente.

Finalmente, la Subsección C de la Convención, titulada «Normas aplicables a los buques de guerra y a otros buques de Estado destinados a fines no comerciales», define a los buques de guerra en el artículo 29 al disponer que se trata de:

[...] todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares.

Dentro de este concepto se encuentran distintos tipos de buques, cualquiera que sea su denominación, como corsarios, auxiliares, mercantes transformados en buques de guerra, submarinos, fragatas, así como aquellos destinados al servicio de aduana, policía y transporte de material bélico propiedad del Estado que, por costumbre internacional, se asemejan a los buques particulares que transportan a los jefes de Estado o diplomáticos en funciones. Asimismo, existen otros buques públicos que no revisten carácter militar como aquellos destinados al pilotaje de las costas, el monitoreo del tráfico marítimo, entre otros, tal como se desprende de la afirmación realizada por MONSANTO, al sostener que los buques públicos no son, exclusivamente, de guerra<sup>29</sup>.

En el tema que nos interesa, la Subsección también dispone que estos buques deben cumplir las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial (que deben respetar los derechos y obligaciones reconocidos por la Convención y el derecho internacional aplicable) ya que, como también interpreta SOHN, la libertad de navegación no está exenta en el caso de los buques de guerra o aquellos gestionados por los Estados para fines no comerciales<sup>30</sup> y que, en caso de un eventual incumplimiento de las leyes y reglamentos, el Estado costero le podrá invitar a su

29. Cfr. MONSANTO, Alberto E. 1992: *Derecho del Mar. Soberanía y jurisdicción de los Estados en los espacios marítimos adyacentes*. Rosario: Poligrafik Proamar, 92-93. Según VUKAS, la definición de «buque de guerra», dispuesta en el artículo 29 de la Convención, se inspira en el deseo de otorgar ciertos derechos y privilegios a los buques de guerra (particularmente en alta mar), reconociendo a estos en forma rigurosa. Sin embargo, de conformidad con el derecho internacional en algunas situaciones, la posición de los buques de guerra, debido a su propia finalidad, es menos favorable respecto de buques privados (por ejemplo, en el ejercicio de la navegación por aguas interiores y mar territorial), por lo que sería preferible, según el jurista señalado, basar su definición en criterios funcionales, como las características reales de los buques (por ejemplo, la presencia de armamento), su finalidad y sus tareas. Cfr. VUKAS, Budislav. 1990: «Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention». En Budislav Vukas (comp.): *Essays on the New Law of the Sea 2*. Zagreb: Sveučilisna Naklada Liber, 404-405.

30. Cfr. SOHN, Louis B. [et al.]. 2010: *Law of the Sea*. St. Paul: West Publishing, 18.

acatamiento, o bien exigirle la salida inmediata del espacio sujeto a su soberanía, sin perjuicio de la responsabilidad internacional que corresponda.

Lo anterior es consecuencia de los debates de las distintas delegaciones, un aspecto central para las principales potencias navales que buscaron la máxima libertad de maniobra para sus buques y aeronaves de guerra con el fin de asegurar sus intereses, al tiempo que los Estados ribereños intentaban limitar la misma, con el objeto de proteger su propia seguridad. De este modo, se plantean serias controversias toda vez que varios Estados consideran el paso de un buque de guerra extranjero en aguas territoriales como, intrínsecamente, perjudicial para la seguridad del Estado ribereño, eliminando su carácter de «inocente», razón por la que se justificaría una notificación o aprobación previa<sup>31</sup>.

En razón de lo expuesto, el carácter distintivo para considerar «inocente» el tránsito de un buque de guerra requiere la abstención de participar en actividades específicas que impliquen cualquier amenaza o uso de la fuerza como el disparo de sus armas, maniobras militares, lanzamiento o aterrizaje de aeronaves o artefactos militares, entre otros supuestos establecidos por la Convención, aunque sin dejar de reconocer que el término «actividades militares» no posee un significado claro, coincidiendo en ese sentido con VUKAS, quien interpreta al mismo con un solo propósito: aumentar la preparación de un Estado para la guerra, mediante buques o aeronaves militares o por buques y aeronaves del Estado destinados a fines no comerciales<sup>32</sup>.

Asimismo, WOLFRUM realiza una enumeración de actividades que pueden agruparse en:

1. La navegación sobre la superficie o en la columna de agua, incluyendo allí todas las actividades conexas a la navegación, sus maniobras preparatorias (tanto para la navegación como para la realización de ejercicios navales), la cooperación entre fuerzas navales, aéreas y terrestres de dos o más Estados, el control de los mares, la presencia naval y las tareas de disuasión, entre otras;
2. El emplazamiento de misiles en el fondo del mar con propósitos estratégicos;
3. El emplazamiento de dispositivos de vigilancia en el fondo del mar como, por ejemplo, los sistemas acústicos de detección;
4. El emplazamiento de un sistema de armas en el fondo del mar con fines estratégicos o tácticos como, por ejemplo, minas magnéticas destinadas a buques de superficie o submarinos; y
5. La investigación militar, incluyendo la prueba de armas en la superficie, la columna de agua o el lecho y su subsuelo marino<sup>33</sup>.

31. Ibídem, 220.

32. Cfr. VUKAS, Budislav, *supra* nota 27, 405.

33. Cfr. WOLFRUM, Rüdiger. 1981: «Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?». *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 24: 205-206.

Sin lugar a dudas, la navegación de los buques de guerra constituye uno de los más importantes reconocimientos realizados por el derecho internacional, al menos desde su incidencia en el asunto del *Corfu Channel*, decidido por la CIJ al declarar que, en tiempos de paz, estos buques podían desplazarse por los estrechos utilizados para la navegación internacional sin autorización previa del Estado ribereño, siempre que el paso sea inocente<sup>34</sup>.

El debate, de interés para las potencias marítimas, tiene su fundamento en las distintas actividades que forman parte del concepto de «gobernanza de los mares y océanos»<sup>35</sup>, en el que las armadas realizan un abanico de misiones a nivel global sin agotarse en la mera presencia naval y las actividades de disuasión o control que han demostrado ser de gran utilidad para la lucha contra la piratería y el narcotráfico<sup>36</sup>.

### 3. LA NOTIFICACIÓN PREVIA AL TRÁNSITO DEL BUQUE DE GUERRA: ¿REQUISITO O FACULTAD?

Llegado a este punto pareciera que, inicialmente, el artículo 17 de la Convención constituye una prueba de su obligatoriedad al incluirse dentro de la Sección 3 «Paso inocente por el mar territorial», en su regulación de las distintas subsecciones, disposiciones concernientes a buques de guerra y el derecho que posee el Estado ribereño para el dictado de leyes y reglamentos, que se complementan con las normas propias de la Subsección C, en particular respecto de los eventuales incumplimientos que puedan producirse, tal como surge de los artículos 30 y 31. Las dudas comienzan a disiparse si consideramos que el artículo 30 incluye, intrínsecamente, la existencia de comunicaciones y/o notificaciones entre el Estado costero y el Estado del pabellón del buque de guerra en tránsito.

Lo anterior tiene un claro fundamento que ya hemos, en esencia, adelantado: la salvaguarda o garantía de la seguridad del Estado ribereño, ya que el paso de los buques de guerra no podría ser asimilable al paso de buques mercantes, toda vez que los primeros constituyen, potencialmente, una amenaza por los armamentos y equipos que poseen. En otras palabras, el fundamento de estos Estados no se basa

34. Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4<sup>th</sup>, 1949: I.C.J. Reports 1949, 4 y ss.*, <http://www.icj-cij.org> [20/07/2015].

35. Cfr. PUEYO LOSA, Jorge A. y CORREIA BRITO, Wladimir A. (dirs.). 2012: *La gobernanza de los mares y océanos: nuevas realidades, nuevos desafíos*. Santiago de Compostela: Scientia Jurídica Andavira Editora. En la obra ver los capítulos de José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN «La utilización de la fuerza armada para combatir la piratería marítima» (pp. 259-271) y Ángel GÓMEZ DE AGREDA: «UNCLOS y conflicto. Escenarios de aplicación presente y futura» (pp. 241-258).

36. Cfr. CONSIGLI, José A. (coord.). 2011: *Piratería en el siglo XXI: nuevos escenarios para el derecho internacional*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

en restringir o limitar su navegación sino contar, en el menor de los casos, con un aviso o notificación previo al paso, máxime cuando se trata de un espacio marítimo sujeto a soberanía, cuya integridad deben respetar no sólo los Estados parte de la Convención de 1982, sino los miembros de la Carta de la ONU<sup>37</sup>.

Por otra parte, la postura de los Estados a favor de una «discreción» en relación con la notificación o autorización previa comienza a adquirir un contorno más definido a partir de la declaración conjunta de los EE. UU. y la ex-URSS en 1989: la *USA-USSR Joint Statement with attached uniform interpretation of rules of international law governing innocent passage*<sup>38</sup>.

Originada a través de negociaciones diplomáticas en 1986, la declaración intenta constituirse como un documento de interpretación que invita a la armonización legislativa local de los Estados, así como a la adopción de prácticas que, en el mismo sentido, unifique las normas del derecho internacional referidas al derecho de paso inocente al declarar que todos los buques, incluyendo los de guerra e independientemente de su carga, armamento y medio de propulsión, gozan de este derecho a través del mar territorial, sin notificación ni autorización previa, siempre que se realice de conformidad con el derecho internacional y, particularmente, sin incurrir en las actividades contempladas en el artículo 19 (2) de la Convención ya referido.

Sin embargo, a pesar de no requerir la notificación previa o su autorización, la declaración expresa del Estado ribereño que cuestionara el paso y tuviera razones para ello, debe informarlo al buque que cuenta, como requisito previo a la salida del mar territorial, con la oportunidad de aclarar sus propósitos o corregir su conducta en un plazo razonable.

En definitiva, la declaración conjunta intenta transformar la lista enunciativa o abierta del artículo 19 de la Convención, como una lista estática e inmutable, con un *numerus clausus* de actividades, a fin de asegurar ante cualquier contingencia o circunstancia posterior no contemplada el paso de los buques de guerra. En otras palabras, el documento no sólo procura eliminar toda duda sobre la notificación o autorización previa, sino que además, al expresar «Article 19 of the Convention of 1982 sets out in paragraph 2 an exhaustive list of activities that would render passage not innocent. A ship passing through the territorial sea that does not engage in any of those activities

37. Sobre este punto, cabe recordar que la Cij al decidir, en 1986, el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, reconoció que las maniobras navales de ee. uu. fuera de los límites del mar territorial de Nicaragua, incluso en un momento de tensión relativa, constituyeron una violación del principio de no intervención. Cfr. *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment. *icj Reports 1986*, 14.

38. 1989 USA-USSR Joint Statement with attached uniform interpretation of rules of international law governing innocent passage Adopted at Wyoming, USA on 23 September, 1989. Disponible en [http://www.imli.org/legal\\_docs/documents.htm](http://www.imli.org/legal_docs/documents.htm) (consulta el 20/07/2015).

is in innocent passage», pretende «maquillar» el inciso (l), referido a «cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso».

Se ha afirmado que esta declaración marcó un cambio importante para la posición soviética anterior, aunque formó parte de un conjunto de acuerdos en los que EE. UU. se abstenía de enviar sus buques de guerra al Mar Negro. Sin embargo, fue resistida por numerosos Estados, que aún requieren la autorización o notificación previa<sup>39</sup>.

#### 4. LA LIBRE NAVEGACIÓN DE LOS BUQUES DE GUERRA. DEL CORFU CHANNEL CASE A LA ACTUALIDAD

La libertad de navegación de buques de guerra extranjeros a través de aguas bajo soberanía o jurisdicción de Estados costeros es útil, en sentido amplio, para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Según OXMAN, existe una categorización tripartita de las aguas para demostrar la presencia de un derecho a la libre navegación de estos:

- a) la imposibilidad de que el mismo sea suspendido
- b) la inexistencia del derecho de navegación
- c) la restricción o suspensión del derecho de navegación por razones de seguridad por el Estado ribereño<sup>40</sup>.

La primera categoría se refiere a los estrechos utilizados para la navegación internacional y a las aguas archipelágicas, que rechaza todo tipo de suspensión a la libertad de navegación, con fundamento en la práctica que, en parte, se considera consuetudinaria a partir del *Corfu Channel Case*, un precedente novedoso para la época, y fueron receptadas en las posteriores Convenciones de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

En síntesis, los hechos que provocaron la controversia se originan el 22 de octubre de 1946, cuando los buques de guerra *Saumarez* y *Volage*, ambos destructores pertenecientes a la Armada del Reino Unido, sufrieron daños debido a la explosión de minas dispuestas en las aguas del canal de Corfú, situado en las costas de Albania y al sudoeste de la bahía de Saranda, causando también muertos y heridas en más de ochenta oficiales británicos.

Con el fracaso de las negociaciones directas, el Reino Unido solicitó la participación del Consejo de Seguridad de la ONU, en aplicación del artículo 37 de la Carta, a

39. Cfr. RODRÍGUEZ BALLESTER, Gamaliel, *supra* nota 18, 101 y ss.

40. OXMAN, Bernard H. 1984: «The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea». *Virginia Journal of International Law*, 1984, vol. 24, Issue 4: 809-864.

fin de instar o facilitar el debate diplomático recibiendo, en el caso, la recomendación de someter la controversia ante la CIJ<sup>41</sup>.

Ya en la instancia contenciosa internacional, la demanda del Reino Unido contra Albania consistió en una solicitud de reparación por la colocación de las minas explosivas que provocaron el incidente o, al menos, por el conocimiento de su existencia, sumado al hecho de que ni siquiera notificó la presencia de este tipo de explosivos para prevención de quienes navegaran en dichas aguas.

Puntualmente, las premisas presentadas por el Reino Unido interesan a nuestro trabajo: ningún Estado, por más cercano que se encuentre a una ruta internacional, puede bloquear o impedir el derecho de paso inocente a través de ella y que el mismo, en estrechos o canales internacionales, no puede ser manipulado<sup>42</sup>.

Por su parte, Albania alegaba una violación a su soberanía por el hecho de que buques de guerra extranjeros navegaran, sin autorización, por sus aguas territoriales, que se extendían al Canal del Corfú Norte. En consecuencia, afirmaba que la navegación de estos buques no revestía carácter inocente y que, por lo tanto, era el Estado costero quien debía ser resarcido. En otras palabras: pretendía ser notificado, anticipadamente al paso, por el Estado del pabellón y expresaba que su soberanía había sido violada<sup>43</sup>.

Durante el procedimiento se comprobó que las minas originadoras del daño se encontraban ancladas, de modo estratégico, en el mar territorial de Albania. El primero en colisionar fue *Saumarez*, resultando gravemente afectado y, luego, el *Volage*, que se encontró también con otro de estos dispositivos en ocasión de aprestarse al auxilio del primero y que, al recibir daños menores al primero, pudo arrastrarle hacia el extremo del canal<sup>44</sup>. Asimismo, se demostró en el proceso que, para octubre de 1944, el Canal de Corfú Norte había sido liberado de minas por la Marina Británica, aspecto verificado en oportunidades posteriores hasta 1945 concluyendo que, evidentemente, los explosivos habían sido colocados en fecha reciente<sup>45</sup>.

Sin embargo, Albania intentó demostrar que las minas encontradas el 13 de noviembre de 1946, luego de iniciada la controversia, podrían haber sido colocadas posteriormente al 22 de octubre, fecha de rastreo de la zona por el Reino Unido y mereciendo su rechazo, por parte de la CIJ, al considerarlo como altamente improbable para

41. La resolución fue adoptada por 8 votos a favor, y con las abstenciones de Polonia y la entonces Unión Soviética. El Reino Unido no participó en la votación. Conf. Resolución CS S/RES/22 (1947). Disponible en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/22%20%281947%29> (consulta el 20/08/2015).

42. Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4<sup>th</sup>, 1949: I.C.J. Reports 1949*, 4 y ss.

43. Ídem.

44. Íbidem, 12-13.

45. Íbidem, 9 y ss.

ser aceptado<sup>46</sup>. Asimismo, Albania cuestionó los hechos al alegar la imposibilidad de colocar las minas por sus propios medios, al carecer de una marina o flota apta para dicha labor. La hipótesis también fue descartada por la Corte, ya que el reclamo no trataba sólo por el posicionamiento de las minas en su mar territorial, sino también por el conocimiento de su existencia y la falta de notificación. En otras palabras: Albania, sin dudas, tenía pleno conocimiento de su existencia y debieron comunicarlo<sup>47</sup>, siendo imposible otra solución, especialmente, considerando detalles como el sonido de los motores de los buques y la cercanía del puerto, que hacían de su ignorancia algo poco estimable, concluyendo así que los mínimos recaudos del derecho internacional humanitario e, incluso, la libertad de navegación y comunicación fueron omitidos cuando, en realidad, se encontraba en perfectas condiciones de alertar sobre el peligro existente<sup>48</sup>.

En cuanto al fondo del asunto nos interesa destacar que, además de sus consideraciones respecto del *quantum* indemnizatorio como reparación por el actuar omisivo de Albania, la Corte sostuvo que el derecho a la libertad de navegación en los estrechos que configuren una ruta internacional utilizada por los Estados se encontraba reconocido por el derecho de gentes<sup>49</sup>, rechazando la pretensión de considerar el Canal de Corfú como una ruta de carácter «secundario» u «optativo». En otras palabras, interpretamos que la CIJ habilitó la navegación de los buques de guerra, al menos en tiempos de paz, y que el accionar de Albania fue contrario y en violación al derecho internacional vigente en aquel entonces.

Por último, consideramos que este tipo de controversias aún son habituales, especialmente en aguas que conforman rutas marítimas de gran trascendencia. Por caso, podemos mencionar la ocurrida entre la entonces URSS y Suecia originada a partir del descubrimiento de uranio en la zona económica exclusiva sueca<sup>50</sup> en un asunto que, inicialmente considerado como una cuestión de paso inocente y necesario, concluyó ser, finalmente, una estrategia de recopilación de información sensible del Estado ribereño<sup>51</sup>.

46. *Ibidem*, 14-15.

47. *Ibidem*, 19 y ss.

48. *Ibidem*, 4 y ss.

49. Cfr. *Corfu Channel Case, Judgment of April 4<sup>th</sup>, 1949: I.C.J. Reports 1949*, 28 y ss. Disponible en <http://www.icj-cij.org>: «It is, in the opinion of the Court, generally recognized and in accordance with international custom that States in time of peace have a right to send their warships through straits used for international navigation between two parts of the high seas without the previous authorization of a coastal State, provided that the passage is *innocent*. Unless otherwise prescribed in an international convention, there is no right for a coastal State to prohibit such passage through straits in time of peace».

50. *The Times* (London), Nov. 7, 1981, at 4, col. 4; *id.* Oct. 29, at 1, col. 7; *Le Monde*, Nov. 7, 1981, at 4, col. 3; *id.* Oct. 31, at 3, col. 4.

51. FROMAN, F. David. 1984: «Uncharted waters: non-innocent passage of warships in the territorial sea». *San Diego Law Review*, June 1984, vol. 21: 626 y ss.

## 5. CONCLUSIÓN

Sin dudas, el derecho convencional actual respecto de la libertad de navegación de los buques de guerra constituye, en gran parte, una codificación del derecho internacional al tiempo que obligaría, de acuerdo a la práctica estatal generalizada, como una norma de la costumbre internacional.

De todos modos, aspectos difusos que carecen de solución pacífica en la doctrina, como la notificación o autorización previa al Estado ribereño por parte del Estado del pabellón de buque de guerra extranjero, encuentran una explicación en los debates de la III Conferencia, particularmente, a partir de su omisión en el *Informal Single Negotiating Text*, advirtiendo que la misma no constituye un aspecto menor, precisamente por la falta de consenso para incorporar requerimientos de este tipo<sup>52</sup>.

Tal vez deba obtenerse un punto de equilibrio, siguiendo a FROMAN, considerando las intenciones de todos los Estados, de modo que no se trate simplemente de imponer la libertad de navegación de estos buques de modo casi irrestricto<sup>53</sup>. Nuestra posible solución: la notificación previa por parte del Estado del pabellón del buque, de modo que garantice al Estado ribereño la adopción de medidas necesarias para garantizar su seguridad e indicar, de ser necesario, el trayecto o ruta para el buque de guerra extranjero y solicitar la adecuación de la navegación del buque por sus aguas, para luego, en caso de incumplimiento o inobservancia grave, requerir la salida del buque de sus aguas.

Lo anterior coincide con las previsiones de la Convención de 1982, que garantiza, definitivamente, la navegación de los buques de guerra, al tiempo que permite al Estado costero la posibilidad de prevenir, fiscalizar o suspender la misma, con motivos fundados. Es por ello que estimamos acertado que la Convención no requiera la autorización previa, sin embargo, creemos necesario dar cumplimiento a una notificación, por parte del Estado del pabellón del buque, con antelación suficiente, del mismo modo que los Estados costeros deben comunicar la existencia de peligros o normas de separación del tráfico marítimo, de modo justo y proporcional a la diligencia que debió adoptar Albania en el asunto del *Corfu Channel*.

## BIBLIOGRAFÍA

ARKIN, William M. 1988: «Spying in the Black Sea». *Bulletin of the Atomic Scientists*, May 1988, vol. 44, Issue 4: 5-6.

52. *Ibidem*, 636 y ss.

53. *Ibidem*, 629-689.



- ARMAS PFIRTER, Frida M. 1994: *El Derecho Internacional de Pesquerías y el frente marítimo del Río de la Plata*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- BLANK, Laurie R. 2012: «Complex legal frameworks and complex operational challenges: navigating the applicable law across the continuum of military operations». *Emory International Law Review*, 2012, vol. 26: 87-135.
- BLAY, Sam. 2001: «Australia's warships and innocent passage». *Australian Law Journal*, 2001, vol. 75, Issue 11: 660-665.
- BOSCO, Joseph A. 1997-1998: «The International Law Implications of China's Military and Missile Exercises in the Taiwan Strait under the 1982 United Nations Law of the Sea Convention and the United Nations Charter». *Chinese (Taiwan). Yearbook of International Law and Affairs*, 1997-1998, vol. 16: 50-58.
- CAMINOS, Hugo. 1975: «The Law of the Sea at the Caracas Session: a Brief Evaluation». *Columbia Journal of Transnational Law*, 1975, vol. 14: 80-86.
- CAMINOS, Hugo. 2001: *Law of the Sea*, Dartmouth. Ashgate.
- CAMINOS, Hugo y COGLIATI-BANTZ, Vincent P. 2014: *The Legal Regime of Straits: Contemporary Challenges and Solutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CARON, David D. y ORAL, Nilufer (eds.). 2014: *Navigating straits: challenges for international law*. Leiden: Brill.
- COGLIATI-BANTZ, Vincent P. 2013: «Immune or Not; Warships in Foreign Internal Waters and the UN Convention on the Law of the Sea». *Durham Law Review*, 2013, vol. 1: 1-49.
- CONSIGLI, José A. (coord.). 2011: *Piratería en el siglo XXI: nuevos escenarios para el derecho internacional*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales-CARI.
- DE LA GUARDIA, Ernesto. 1997: *El Nuevo Derecho del Mar*. Buenos Aires: Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.
- DE VATTEL, Emer. 1916: «Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle. Appliqués à la Conduite et aux Affaires des Nations et des Souverains». En James Brown Scott (ed.): *The Classics of International Law*. Washington: The Carnegie Institute of Washington, vol. I (Liv. II, Chap. X).
- DE VRIES REILINGH, O. G. 1971: «Warships in territorial waters, their right of innocent passage». *Netherlands Yearbook of International Law*, 1971, vol. 2, Issue 1: 29-67.
- DELUPIS, Ingrid. 1984: «Foreign warships and immunity for espionage». *American Journal of International Law*, 1984, vol. 78, Issue 1: 53-75.
- FENRICK, W. J. 1980: «Legal limits on the use of force by Canadian warships engaged in law enforcement». *Canadian Yearbook of International Law*, 1980, vol. 18: 113-145.
- FINK, M. D. 2010: «Right of Visit for Warships: Some Challenges in Applying the Law of Maritime Interdiction on the High Seas». *Military Law and Law of War Review*, 2010, vol. 49, Issues 1 and 2: 7-46.
- FLEISCHER, Carl A. 1988: «The new régime of maritime fisheries». *Recueil des Cours*, vol. 209: 95-222.
- FRANCKX, Erik. 1987: «The USSR position on the innocent passage of warships through foreign territorial waters». *Journal of Maritime Law & Commerce*, 1987, vol. 18, n.º 1: 33-65.
- FRANCKX, Erik. 1989: «Further steps in the clarification of the Soviet position on the innocent passage of foreign warships through its territorial waters». *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Fall 1989, vol. 19: 535-563.
- FRANCKX, Erik. 1990: «Innocent passage of warships –recent developments in United States-soviet relations–», *Marine Policy*, 1990, vol. 14, Issue 6: 484-490.
- FRANCKX, Erik. 2011: «American and Chinese Views on Navigational Rights of Warships». *Chinese Journal of International Law*, 2011, vol. 10, Issue 1: 187-206.

- FROMAN, F. David. 1984: «Uncharted waters: non-innocent passage of warships in the territorial sea». *San Diego Law Review*, June 1984, vol. 21: 625-689.
- GODIO, Leopoldo M. A. 2012: «El Derecho del Mar». En Ricardo Arredondo (dir.): *Manual de Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: La Ley, 523-558.
- JUDA, Lawrence. 1990: «Innocent Passage by Warships in the Territorial Seas of the Soviet Union: Changing Doctrine». *Ocean Development and International Law*, 1990, vol. 21, Issue 1: 111-116.
- KEOHANE, Robert y NYE, Joseph. 1988: *Poder e interdependencia. La política mundial en transición*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.
- KEYUAN, Zou. 1998: «Innocent Passage for Warships: The Chinese Doctrine and Practice». *Ocean Development and International Law*, 1998, vol. 29, Issue 3: 195-224.
- KOH, Tommy B. 1983: «A Constitution for the Oceans». En *United Nations: The Law of the Sea. Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*. New York: United Nations, xxiii.
- KWIATKOWSKA, Barbara. 1990: «Innocent Passage by Warships: A Reply to Professor Juda». *Ocean Development and International Law*, 1990, vol. 21, Issue 4: 447-450.
- MONSANTO, Alberto E. 1992: *Derecho del Mar. Soberanía y jurisdicción de los Estados en los espacios marítimos adyacentes*. Rosario: Poligrafik Proamar.
- OXMAN, Bernard H. 1984: «The Regime of Warships under the United Nations Convention on the Law of the Sea». *Virginia Journal of International Law*, 1984, vol. 24, Issue 4: 809-864.
- PUEYO LOSA, Jorge A. y CORREIA BRITO, Wladimir A. (dirs.). 2012: *La gobernanza de los mares y océanos: nuevas realidades, nuevos desafíos*. Santiago de Compostela: Scientia Jurídica Andavira Editora.
- RODRÍGUEZ BALLESTER, Gamaliel. 2014: «The Right of Innocent Passage of Warships: A Debated Issue». *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 2014, vol. 54: 87-118.
- SOHN, Louis B. [et al.]. 2010: *Law of the Sea*. St. Paul: West Publishing.
- VUKAS, Budislav. 1990: «Military Uses of the Sea and the United Nations Law of the Sea Convention». En Budislav Vukas (comp.): *Essays on the New Law of the Sea 2*. Zagreb: Sveucilisna Naklada Liber, 401-427.
- WALKER, G. K. 2007: «Professionals' Definitions and States' Interpretative Declarations (Understanding, Statements, or Declarations) for the 1982 Law of the Sea Convention». *Emory International Law Review Archive*, 2007, vol. 21: 522-534.
- WINDSOR, Thomas. 2011: «Innocent passage of warships in East Asian territorial seas». *Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs*, 2011, vol. 3, Issue 3: 73-81.
- WOLF, Sarah. 2012: «Territorial Sea». En Rüdiger Wolfrum (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- WOLFRUM, Rüdiger. 1981: «Restricting the Use of the Sea to Peaceful Purposes: Demilitarization in Being?». *German Yearbook of International Law*, 1981, vol. 24: 205-206

## DOCUMENTOS

- UNITED NATIONS: *Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982*. Summary Records of Plenary Meetings of the First (New York, 3-15 December 1973) and Second (Caracas, 20 June to 29 August 1974) Sessions, and of Meetings of the General Committee, Second Session, Volume I, 1st meeting, Monday, 3 December 1973, at 4.15 p.m., para. 1 (Doc. A/CONF.62/SR.1).

Doc. Oficiales de la *III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, vol. I, Doc. A/CONF.62/SR 19.

Informe de la Comisión de Derecho Internacional a la Asamblea General, Doc. A/3159 y Corr.1. En *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1956, vol. II, 250-297. ILC. «Mémorandum présenté par le Secrétariat», *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, New York, 1957. (Doc. A/CN.4/Ser.A/1950/Add.1).

Resolución AG A/RES/3067 (XXVIII), del 16 de noviembre de 1973.

1989 USA-USSR: *Joint Statement with attached uniform interpretation of rules of international law governing innocent passage*, Adopted at Wyoming, USA on 23 September, 1989.



# El trabajo de menores artistas, científicos, deportistas, etc.

*Child labour in science, arts, sports, etc.*

**Aníbal Guzmán Ávalos**

Catedrático de la Universidad Veracruzana (México)

[anibalguzman@uv.mx](mailto:anibalguzman@uv.mx)

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

## Resumen

El presente ensayo guarda como primer objetivo describir la evolución que ha tenido el derecho mexicano en torno a la regulación del trabajo infantil. Así, se parte del análisis de las primeras normas de carácter federal que regularon dicho fenómeno social, para finalizar en el estudio de las reformas realizadas en los años 2012 y 2014 a la Ley Federal del Trabajo y al artículo 123 Constitucional, respectivamente; reformas con las que fue posible armonizar el derecho mexicano con los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de niñas y niños, los cuales también han sido objeto de estudio en el presente trabajo. Sumado a ello,

## Abstract

*This essay contains two main objectives. First, to describe the evolution of Mexican law regarding child labour regulation, and consequently, to establish a chronological normative analysis from the creation of the first federal legislation on the subject, up until the 2012 reform on Federal Labour Law and the 2014 amendment made to article 123 of the Mexican Constitution; such reforms have allowed the harmonization between Mexican law and children's human rights treaties, which are also examined in this work. Second, to analyze the 2002 reform on article 175 Bis of the Federal Labour Law with the intent to evidence its unconstitutionality and*

y como segundo objetivo del presente trabajo, se analiza la reforma realizada en el año 2002 al artículo 175 Bis de la Ley Federal del Trabajo, a fin de demostrar la inconstitucionalidad de dicho artículo y su incompatibilidad con los documentos internacionales que postulan el principio del interés superior del niño, debido a que dicho numeral excluye de las modalidades de trabajo infantil las actividades artísticas, científicas, deportivas, etc., que realizan los menores de catorce años.

**Palabras clave:** Trabajo; Trabajo de menores; Trabajo infantil; Interés superior de menores; Ley Federal del trabajo.

**Sumario:** 1. Evolución del trabajo de menores en México. 2. Protección Internacional. 3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 4. Ley Federal del Trabajo. 5. Trabajo de menores artistas, científicos, deportistas, etc. Bibliografía.

**Summary:** 1. The evolution of child labour in Mexico. 2. International Protection. 3. Mexican Constitution. 4. Federal Labor Law. 5. Child labour in science, art and sport, etc. Bibliography.

## 1. EVOLUCIÓN DEL TRABAJO DE MENORES EN MÉXICO

La protección de los niños y niñas en el trabajo se ha vislumbrado desde épocas remotas, siempre con la intención de no afectar su salud física y mental, su desarrollo biopsicosocial y educativo, así se garantiza su desarrollo y una vida adulta sana. El trabajo de niñas y niños no es nuevo, desde el principio de la humanidad participaron junto con hombres y mujeres en las tareas de caza y recolección de frutos.

La extensión de este trabajo es breve, por ello sólo nos referiremos a nuestro país de manera panorámica para conocer el tratamiento que se ha dado al tema.

En México, específicamente en los pueblos prehispánicos, no hay antecedente de reglas que protegieran a los menores<sup>1</sup>. Sin embargo, durante la Colonia las leyes de Indias mantuvieron la prohibición del trabajo de los menores de dieciocho años<sup>2</sup>. Después de la independencia es hasta 1856 que el Estatuto Orgánico Provisional de la

*incompatibility with international instruments that proclaim the best interest of the child principle, which excludes from child labour any artistic, scientific and sporting activities performed by children under fourteen years old.*

**Key words:** *Child labour; Infant labour; The best interest of the child; Federal labour law.*

1. BUEN LOZANO, Néstor de. 2012: *Derecho del trabajo*. 23.<sup>a</sup> edición. México: Ed. Porrúa, 408.

2. BORREL NAVARRO, Miguel. 1998: *Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo*. 6.<sup>a</sup> ed. México: Editorial Siesta, 123.

República Mexicana decretó que «los menores de catorce años no pueden obligar sus servicios personales sin la intervención de sus padres o tutores, y a la falta de ellos, de la autoridad política»<sup>3</sup>. A la par Maximiliano de Habsburgo, también en 1856, estableció que los menores únicamente debían trabajar en labores a la medida de sus fuerzas y solo durante medio día. Posteriormente, en 1873, Lerdo de Tejada expidió una ley que prohibía a los menores de diez años, de ambos sexos, trabajar en minas, talleres, fundiciones y fábricas. Ya durante el Porfiriato se implantaron algunas medidas de protección<sup>4</sup> como la prohibición del trabajo de los menores de siete años. Los mayores de esa edad solo con el consentimiento de sus padres y, en todo caso, solo una parte del día, para que tuvieran tiempo de concurrir a las escuelas<sup>5</sup>.

Es propiamente con la Constitución de 1917 en el artículo 123, fracción II y III que se empieza una regulación comprometida del trabajo de los niños y niñas, al establecer la prohibición del trabajo de menores de 16 años en las labores peligrosas o insalubres, en el trabajo nocturno industrial y en establecimientos comerciales después de las diez de la noche; prohibió el empleo de menores de 12 años y fijó para los mayores de esta edad y menores de 16 una jornada máxima de 6 horas de trabajo.

Como la regulación de la materia laboral estaba reservada a favor de los Estados, varias entidades federativas crearon sus leyes de trabajo. La primera se expidió en Veracruz el 14 de enero de 1918, y dispuso que los varones y mujeres mayores de doce y menores de 16 años sólo se podían contratar en materia de trabajo con licencia de la autoridad municipal; que los contratos celebrados por los mayores de dieciséis años podían rescindirse por su representante legítimo cuando lo estimara conveniente a los intereses de aquél; y la posibilidad de los menores desde los diez años para laborar como aprendices de artesano<sup>6</sup>. También prohibió trabajos peligrosos e insalubres y jornadas nocturnas para los menores.

En 1929 se reformó la fracción X del artículo 73 constitucional, reservándose la materia laboral de competencia federal. Así el 18 de agosto de 1931 se expidió la Ley Federal del Trabajo estableciendo un régimen protector de los menores, y prohibió su empleo en labores insalubres o peligrosas considerando de manera expresa las principales labores insalubres y peligrosas, dejando al legislador la posibilidad de que regulara nuevas situaciones. Se estableció como edad mínima de contratación los doce años, siempre que fuera con aprobación del padre o representante legítimo, la cual no se requería para aquellos que tuviesen dieciséis años. También se prohibió el

3 En este sentido BORREL NAVARRO, Miguel. *Op. cit.*, 207. DÁVALOS MORALES, José. 1967: *El régimen Laboral del menor*. México: ed. Trillas, 79.

4 BORREL NAVARRO, Miguel. *Op. cit.*, 205-207.

5 HERNÁNDEZ ZAVALA, Higinio. 1997: *Análisis de la Problemática Jurídico Laboral del Trabajo de los menores*. México: Universidad Veracruzana, 18.

6 FERNÁNDEZ CORONEL, José Ramón. 1998: *La necesidad económica del trabajo de los menores*. México: UV, 31.

trabajo de estos últimos en expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato y en casas de asignación, así como el ejecutar labores insalubres o peligrosas. No se permitió el trabajo en horas extraordinarias y se exigió que en los contratos de aprendizaje de menores se requiriera el consentimiento del padre o del representante legítimo. Además en trabajos marítimos y ferrocarrileros se prohibió su contratación como aprendices.

En 1962 nuevamente se reformó el artículo 123 apartado «A» fracción III de la Constitución Política Federal para subir a catorce años la edad mínima para trabajar; consecuentemente se reformó la Ley Federal del Trabajo, postura criticada<sup>7</sup> al considerarla que se apartaba de la realidad mexicana, porque el menor seguiría trabajando sin la protección; y otros que la encontraron limitada; sin embargo, era un intento para perfeccionar el sistema establecido, evitando exponer a los menores a numerosos riesgos y al trabajo industrial, mucho más perjudicial y peligroso. En este sentido, Néstor de BUEN LOZANO<sup>8</sup> puntualizó que la reforma consistió en la necesidad de incorporar al derecho positivo mexicano las normas internacionales, estableciendo una edad mínima para trabajar de 14 años.

Con la Ley Federal del Trabajo de 1970 se reduce, en esencia, el régimen de protección al trabajo de los menores que tenía la Ley de 1931. No obstante, introdujo su vigilancia y protección especiales por la inspección de trabajo e implantó como novedad el requisito de un certificado médico de aptitud para el trabajo por parte de los mayores de catorce años y los exámenes médicos periódicos ordenados por la inspección del trabajo.

En cuanto a las labores que no pueden realizar los menores, además de las prohibiciones que ya se encontraban en la Ley de 1931, se adicionaron los trabajos susceptibles de afectar su moralidad o buenas costumbres; los trabajos ambulantes; los trabajos superiores a sus fuerzas; los que pueden impedir su desarrollo físico normal, y los trabajos nocturnos industriales.

La jornada de trabajo continuó siendo de 6 horas, pero dividida en dos periodos de un máximo de tres horas cada uno, con un lapso intermedio de una hora al menos. Se prohibió el trabajo de los menores de dieciséis años y mayores de catorce en horas extraordinarias y en los días domingo y descanso obligatorio, se instituyó un periodo anual de vacaciones pagadas por 18 días laborales por lo menos y se estableció que los patrones debían concederles el tiempo necesario para cumplir con sus programas escolares.

7. CAVAZOS FLORES, Baltasar. 1995: *Cuarenta lecciones de derecho Laboral*. México: ed. Trillas, 233.

8. *Op. cit.*, 409



Con esta reforma desapareció el contrato de aprendizaje<sup>9</sup> que hasta entonces había operado de manera eficaz, en el trabajo y preparación de los menores, por considerarse una reminiscencia medieval y porque, en muchos casos, existía el abuso de los patrones que no les pagaban o en su caso pagaban un salario reducido; en cambio, se recogió la tendencia universal a favor de cursos de capacitación profesional.

## 2. PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Existen organismos internacionales de protección de los menores que estipulan los derechos de la niñez y establecen los parámetros normativos para abordar las acciones públicas de prevención y regulación del trabajo infantil, así como su erradicación: la Organización Internacional del Trabajo con los convenios 138 y 182, el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC), la Convención de los Derechos del Niño y la UNICEF.

La Organización Internacional del Trabajo ha puesto énfasis en los rubros sobre edad mínima, trabajo nocturno y exámenes médicos.

Específicamente en el punto sexto del artículo 41 de su constitución, estableció como una de las más altas prioridades: «La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes las limitaciones necesarias para permitirles continuar con su educación y asegurar su desarrollo físico». Así como acabar con las peores formas de trabajo. Ha establecido convenios y recomendaciones relativos a la edad mínima para el trabajo industrial, en minas, canteras, manufacturas, construcciones navales, centrales eléctricas, transporte y construcciones marítimas; en maquinaria (barco de vapor); trabajo nocturno; trabajo de agricultura durante horas escolares y nocturno; la prestación de servicios que obliguen al uso de cerusa, sulfato de plomo y otras materias insalubres; establecer como requisito el examen médico y

9. Aunque hoy podemos observar con la reforma aludida a la Ley Federal del Trabajo que se permite la relación de trabajo para capacitación inicial, entendiéndose por ésta cuando un trabajador se obliga a prestar sus servicios subordinados, bajo la dirección y mando del patrón, con el fin de que adquiera los conocimientos o habilidades necesarios para la actividad para la que vaya a ser contratado. La vigencia tendrá una duración máxima de tres meses o, en su caso, hasta de seis meses sólo cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores que requieran conocimientos profesionales especializados. Durante ese tiempo el trabajador disfrutará del salario, la garantía de la seguridad social y de las prestaciones de la categoría o puesto que desempeñe. Al término de la capacitación inicial, de no acreditar competencia el trabajador, a juicio del patrón, tomando en cuenta la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento en los términos de la Ley, así como a la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón.

crear una inspección del trabajo; de los cuales México sólo ha ratificado los convenios: 6.º, 90, 123 y 124.

El Convenio 138 recientemente ratificado por México en abril del 2015, como consecuencia de la reforma a la Constitución General de la República en el año 2014, establece que la edad mínima es la que establece este Convenio. En términos generales el Convenio tiene como finalidad establecer la edad mínima de admisión al empleo orientada más que nada al desarrollo físico, biológico, intelectual y espiritual del menor, variando dicha edad de acuerdo al trabajo que realice y en su artículo segundo establece que la edad mínima de admisión al empleo no debe ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o en todo caso los quince años. También dispone que los miembros cuya economía y medios de educación no estén lo suficientemente desarrollados pueden requerir inicialmente una edad mínima de 14 años, y la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no debe ser inferior a 18 años.

Sin embargo, el artículo 7 señala que la legislación nacional, previa determinación de las actividades, de horas y condiciones, puede permitir el empleo de personas de trece a quince años de edad en trabajos ligeros, siempre que no sean susceptibles de perjudicar su salud o desarrollo y no sean de tal naturaleza que puedan perjudicar su asistencia a la escuela, su participación en programas de orientación o formación profesional aprobados por la autoridad competente o el aprovechamiento de la enseñanza que reciben. También puede permitir el trabajo de personas de quince años de edad por lo menos, sujetas aún a la obligación escolar, en trabajos que reúnan los requisitos de estar en un curso de enseñanza o formación del que sea primordialmente responsable una escuela o institución de formación; o que sea un programa de formación que se desarrolle entera o fundamentalmente en una empresa y que haya sido aprobado por la autoridad competente. No obstante, el estado puede sustituir las edades de trece y quince años por las edades de doce y catorce años, y la edad de quince años, por la edad de catorce años.

El artículo 8 presenta un caso de excepción para trabajar con un permiso individual, siempre que a juicio de organizaciones de trabajadores tengan como finalidad participar en representaciones artísticas, pero limitando el número de horas y las condiciones.

El convenio 182 (ratificado por México el 30 de junio 2000) de la OIT, para complementar el convenio 138, establece como medida prioritaria eliminar las peores formas de trabajo infantil (formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños).

El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) de la OIT fue creado en 1992, cuyo objetivo general es la erradicación progresiva del trabajo infantil, la cual puede alcanzarse fortaleciendo la capacidad de los países para ocuparse del problema y promoviendo un movimiento mundial de lucha contra este mal. El IPEC es operado en 88 países y es el programa más amplio en el mundo en su género y el más grande programa operativo individual de la OIT.

En la Convención sobre los derechos del niño, postulada por la Organización de las Naciones Unidas, se reconoce al niño para que disfrute el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, quien debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión y considerando que debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad; se reconoce que todas las personas menores de 18 años tienen derecho a ser protegidas contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y establece que estos deben desarrollarse y participar activamente en la sociedad estableciendo que los niños son sujetos de derechos.

En tal virtud se debe fijar una edad o edades mínimas para trabajar; establecer la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y estipular las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva de las medidas dirigidas a velar por el derecho de los niños a la protección contra la explotación económica.

Se señalan como principios fundamentales:

- Interés superior del niño.
- Protección y desarrollo.
- No discriminación.
- Participación.

### 3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución Política de México regula el trabajo en el artículo 123 y específicamente hace referencia al trabajo del menor y hasta en junio del año 2014 señalaba que se prohibía el trabajo de menores de catorce y a partir de esa fecha se limitó aún más la capacidad, para hacerla congruente con el Convenio 138, porque tiene que armonizarse con la legislación interna; es un avance a las recomendaciones emitidas por la OIT, quedando de la siguiente manera:

Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de quince años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas.

Asimismo el artículo 4.º de la Carta Magna proclama derechos de los menores expresando:

... En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios...

Declaraciones que toman mucho sentido con las reformas a la Constitución del año 2011 que impactó el derecho laboral, ya que se establece como un derecho humano de segunda generación el derecho al trabajo. Se otorga competencia a la Comisión de Derechos Humanos en materia laboral. En primera dimensión están la libertad a elegir un empleo, prohibición a un trabajo forzado, etc., y en segunda dimensión el acceso a un trabajo digno, vivienda, salarios dignos, derecho sindical, derecho a huelga.

Con la reforma del artículo 1.º Constitucional se abandona la supremacía constitucional para dar paso a un derecho internacional, donde debe prevalecer el mejor derecho o la protección más amplia que favorezca a los trabajadores, sea la norma interna o el mejor de los tratados *pro homine*.

El control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad es una revolución jurídica. Se trata de un mecanismo que surge para proteger a los gobernados cuando una autoridad infringe una violación de los derechos fundamentales. Este control difuso otorga a los administradores de justicia la facultad para dejar de aplicar las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido que cada juzgador puede decidir no aplicar las normas en beneficio de la persona. Las autoridades laborales tienen la obligación de conocer todas las leyes y convenios.

Vale la pena considerar en este apartado que el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 tiene como acciones en materia del trabajo, entre otras, promover el respeto de los derechos humanos, laborales y de seguridad social y contribuir a la erradicación del trabajo infantil y por su parte encomienda a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social fortalecer la política para la prevención del trabajo infantil y la protección de menores trabajadores en edad permitida, desarrollando estrategias institucionales que fomenten el compromiso de los sectores productivos y los actores de la sociedad civil y el Gobierno, para contribuir en la erradicación del trabajo infantil y garantizar los derechos laborales de los adolescentes trabajadores en edad permitida. En ese sentido, en el 2013, se creó la Comisión Intersecretarial para Prevenir y erradicar el Trabajo Infantil, y la Protección de Adolescentes Trabajadores en Edad Permitida en México (CITI), cuyo objeto es erradicar las peores formas de trabajo infantil en México.

#### 4. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Este ordenamiento dedica el Título Quinto Bis (arts. 173-180) para regular de manera especial el trabajo de los menores y que podemos describir en los siguientes rubros.

Protección y vigilancia. El artículo 173 previene que el trabajo de los menores queda sujeto a vigilancia y protección especiales de las autoridades del trabajo tanto federales como locales. En un segundo párrafo adicionado se señala que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en coordinación con las autoridades del trabajo en las entidades federativas, desarrollarán programas que permitan identificar y erradicar el trabajo infantil.

Edad Mínima. La capacidad para trabajar se establece a los dieciséis años, muy distinto de la capacidad establecida en el Derecho Civil; toda vez que, en materia laboral, parte del principio de la necesidad de ganar los medios indispensables para poder subsistir<sup>10</sup>.

Como se había señalado líneas antes, se permite el trabajo de menores de dieciséis y aun cuando el artículo 123 de la Constitución prohíbe el empleo de los menores de 15 años con la reforma del año 2014, lamentablemente la Ley reglamentaria aún no se reforma y sigue señalando como edad mínima catorce años. Es verdad que lo emanado por la Carta Magna es superior, sin embargo, hay que lamentar que no haya habido las reformas correspondientes en la Ley Federal del Trabajo. No obstante, vale la pena señalar que el artículo 5.º de la Ley Federal del Trabajo regula que las disposiciones de la misma son de orden público, por lo que no producirá efecto legal ni

10. CABANELLAS, G. *Tratado del Derecho laboral*, t. III. 2.ª ed. Ed. Bibliográfica Omeba.

impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca, entre otras cosas, trabajos para niños menores de catorce<sup>11</sup> años.

La reglamentación del trabajo de los menores tiene finalidades concretas; no se trata de discriminación sino de protección. Es claro que la ley no pretende violar el derecho humano al trabajo ni calificar como tal de ilícito. Las labores prohibidas se refieren principalmente a la protección de su salud física y moral; es por ello que los aleja de labores peligrosas e insalubres y de actividades que pueden comportar perjuicio a su moralidad<sup>12</sup>.

Como excepción, en términos del artículo 22, el menor puede trabajar cuando la autoridad correspondiente lo apruebe por considerar que existe compatibilidad entre los estudios y el trabajo.

Con las reformas del 2012 a la Ley, también se adicionó un artículo 22 Bis para sancionar a los patrones que mantengan trabajando a un menor de catorce años (hoy de acuerdo a la Constitución será de 15 años) fuera del círculo familiar (los padres, abuelos y hermanos). La autoridad que lo detecte ordenará de inmediato el cese de sus labores y al patrón se debe castigar con prisión de 1 a 4 años y multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general. Además si el menor no estuviere devengando el salario que perciba un trabajador que preste los mismos servicios, el patrón deberá resarcirle las diferencias.

Autorización Laboral. Los mayores de 14 años (hoy de acuerdo a la Constitución será de 15 años) y menores de 16 años, para prestar sus servicios, requieren de la autorización de sus padres o tutores y, a falta de ellos, del sindicato al que pertenezcan, de la junta de conciliación y arbitraje, del inspector del trabajo o de la autoridad política (arts. 23 1.º párrafo y 988 de la LFT).

Certificación de salud y aptitud para laborar. Ningún patrón puede utilizar los servicios de los niños mayores de catorce (hoy de acuerdo a la Constitución será de 15 años) y menores de dieciséis años, independientemente de que tengan autorización legal, salvo que obtengan un certificado médico que acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordenen las autoridades laborales correspondientes (art. 174 LFT).

Percepción Salarial. Los menores trabajadores pueden por sí mismos percibir el pago de los salarios y ejercitar las acciones que nazcan del contrato de los servicios prestados en términos de los artículos 23 y 100 de la Ley.

Lugares Laborales. En términos del artículo 175, se prohíbe el trabajo de menores de 16 años en:

11. *Quince años* de acuerdo con la reforma del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de junio del 2014.

12. CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo de Menores*. Ed. El Ateneo, 548.

- I. En establecimientos no industriales después de las diez de la noche;
- II. En expendios de bebidas embriagantes de consumo inmediato, cantinas o tabernas y centros de vicio;
- III. En trabajos susceptibles de afectar su moralidad o buenas costumbres; y
- IV. En labores peligrosas o insalubres<sup>13</sup> que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se presta o por la

13. Por labores peligrosas o insalubres la Ley señala que debe entenderse:

«A. Tratándose de menores de catorce a dieciséis años de edad, aquellos que impliquen:

- I. Exposición a:
  - 1. Ruido, vibraciones, radiaciones ionizantes y no ionizantes infrarrojas o ultravioletas, condiciones térmicas elevadas o abatidas o presiones ambientales anormales.
  - 2. Agentes químicos contaminantes del ambiente laboral.
  - 3. Residuos peligrosos, agentes biológicos o enfermedades infecto contagiosas.
  - 4. Fauna peligrosa o flora nociva.
- II. Labores:
  - 1. De rescate, salvamento y brigadas contra siniestros.
  - 2. En altura o espacios confinados.
  - 3. En las cuales se operen equipos y procesos críticos donde se manejen sustancias químicas peligrosas que puedan ocasionar accidentes mayores.
    - 4. De soldadura y corte.
    - 5. En condiciones climáticas extremas en campo abierto, que los expongan a deshidratación, golpe de calor, hipotermia o congelación.
    - 6. En vialidades con amplio volumen de tránsito vehicular (vías primarias).
    - 7. Agrícolas, forestales, de aserrado, silvícolas, de caza y pesca.
    - 8. Productivas de las industrias gasera, del cemento, minera, del hierro y el acero, petrolera y nuclear.
    - 9. Productivas de las industrias ladrillera, vidriera, cerámica y cerera.
    - 10. Productivas de la industria tabacalera.
    - 11. Relacionadas con la generación, transmisión y distribución de electricidad y el mantenimiento de instalaciones eléctricas.
    - 12. En obras de construcción.
    - 13. Que tengan responsabilidad directa sobre el cuidado de personas o la custodia de bienes y valores.
    - 14. Con alto grado de dificultad; en apremio de tiempo; que demandan alta responsabilidad, o que requieren de concentración y atención sostenidas.
    - 15. Relativas a la operación, revisión, mantenimiento y pruebas de recipientes sujetos a presión, recipientes criogénicos y generadores de vapor o calderas.
    - 16. En buques.
    - 17. Submarinas y subterráneas.
    - 18. Trabajos ambulantes, salvo autorización especial de la Inspección de Trabajo.
  - III. Esfuerzo físico moderado y pesado; cargas superiores a los siete kilogramos; posturas forzadas, o con movimientos repetitivos por períodos prolongados, que alteren su sistema músculo-esquelético.
  - IV. Manejo, transporte, almacenamiento o despacho de sustancias químicas peligrosas.

composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores.

En caso de declaratoria de contingencia sanitaria y siempre que así lo determine la autoridad competente, no podrá utilizarse el trabajo de menores de dieciséis años. Los trabajadores que se encuentren en este supuesto no sufrirán perjuicio en su salario, prestaciones y derechos.

Cuando con motivo de la declaratoria de contingencia sanitaria se ordene la suspensión general de labores, a los menores de dieciséis años les será aplicable lo dispuesto por el artículo 429, fracción IV de esta Ley.

**Jornada de Trabajo.** Atendiendo a la Carta Magna en el artículo 123 fracción II, los menores trabajadores tienen una jornada máxima especial de seis horas diarias. Mis- mo que se completa con lo señalado en el artículo 177 de la Ley que agrega que dicha jornada debe dividirse en periodos máximos de tres horas, y que entre cada periodo de la jornada se les deberá conceder un reposo de una hora, por lo menos.

Lo anterior en virtud que seis horas continuas para un menor es un esfuerzo exa- gerado y por ello se requiere de una distribución adecuada de la jornada que le permita un adecuado descanso, así como también un tiempo razonable, para que el menor tenga la posibilidad de satisfacer sus alimentos.

**Tiempo Extraordinario.** La Ley prohíbe el trabajo de los menores de 16 años en horas extraordinarias y en jornadas especiales los días domingo y de descanso obliga- torio. Si el patrón, contraviniendo la ley, hace que el menor de 16 años trabaje horas extras, cada hora deberá pagarla al triple; a los adultos se les paga al doble las prime- ras 9 horas extras acumuladas en una semana, y a partir de la 10.<sup>a</sup> hora extra se les paga al triple, en cambio al menor desde la 1.<sup>a</sup> extra se le paga al triple.

**Descanso Semanal.** Para el caso de que un menor preste sus servicios en un día de descanso obligatorio o semanal, se le remunerará con un salario triple (arts. 73, 75 y 178 LFT). Si a los trabajadores adultos se les considera esta prestación, con más razón

---

v. Manejo, operación y mantenimiento de maquinaria, equipo o herramientas mecáni- cas, eléctricas, neumáticas o motorizadas, que puedan generar amputaciones, fracturas o lesiones graves.

vi. Manejo de vehículos motorizados, incluido su mantenimiento mecánico y eléctrico.

vii. Uso de herramientas manuales punzo cortantes.

B. Tratándose de menores de dieciocho años de edad, aquellos que impliquen:

I. Trabajos nocturnos industriales.

II. Exposición a:

a. Fauna peligrosa o flora nociva.

b. Radiaciones ionizantes.

III. Actividades en calidad de pañoleros y fogoneros en buques.

IV. Manejo, transporte, almacenamiento o despacho de sustancias químicas peligrosas.

v. Trabajos en minas».



a los menores para que puedan estudiar, convivir con su familia y con sus amigos, practicar algún deporte, etc.; se trata de proteger el desarrollo normal familiar y social del menor.

Vacaciones. Considerando la frágil condición de los menores, se les otorga un periodo largo de vacaciones para que se reestablezcan de las jornadas de trabajo y se les otorga un periodo anual de vacaciones pagadas como mínimo de 18 días laborables, teniendo derecho también a una prima del 25% sobre los salarios que les correspondan durante ese periodo de vacaciones.

Obligaciones Especiales de los Patrones. Los patrones que ocupen los servicios de los menores de 16 años tendrán las obligaciones siguientes (art. 180 de la Ley Federal del Trabajo):

- Exigir que les exhiban los certificados médicos que acrediten que están aptos para el trabajo.
- Llevar un registro de inspección especial, con la indicación de la fecha de nacimiento, clase de trabajo, horario, salario y demás condiciones de trabajo.
- Distribuir el trabajo a fin de que los menores dispongan del tiempo necesario para cumplir con sus programas escolares.
- Proporcionarles capacitación y adiestramiento en los términos de la ley.
- Proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que soliciten.

Sanciones. La Ley Federal del Trabajo en el Título de responsabilidades y sanciones, art. 995, dispone:

Al patrón que viole las normas que rigen el trabajo de menores, se le impondrá multa por el equivalente de 50 a 2500 veces el salario mínimo general. El salario mínimo general es el vigente en la zona económica respectiva, en el tiempo en que se cometa la violación.

No obstante lo anterior, cuando las autoridades del trabajo detecten trabajando a un menor de 14 años (hoy de acuerdo a la Constitución será de 15 años) fuera del círculo familiar, ordenará que de inmediato cese en sus labores, debiéndose castigar al patrón con prisión de 1 a 4 años y multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general (995 Bis).

La forma en que se manifiestan las violaciones de las normas protectoras del trabajo de los menores es a través de las actas levantadas por el inspector del trabajo federal o local, en las visitas que realiza periódicamente en las empresas o establecimientos<sup>14</sup>.

14. RUPRECHT, Alfredo J. *La Protección del Trabajo en el Mundo Moderno*, 1026.

## 5. TRABAJO DE MENORES ARTISTAS, CIENTÍFICOS, DEPORTISTAS, ETC.

He querido establecer en los proemios anteriores las premisas por las que la legislación interna, los convenios y tratados internacionales han protegido a los niños y niñas que tienen la necesidad de laborar; dejando constancia del interés del Estado por brindar amparo a las niñas y niños que tienen la necesidad de trabajar y, en este sentido, se puede decir que el marco legal es satisfactorio, aun cuando se tiene que aceptar el trabajo de menores debido a las condiciones económicas de nuestro país, sin que se haya podido verdaderamente satisfacer el disfrute de los derechos fundamentales de niñas y niños; derechos burlados incluso por la misma Ley cuando regula la denominada «industria familiar», que no son más que talleres familiares en los que se legitima el trabajo de menores de edad disponiendo la aplicación únicamente de las normas relativas a higiene y seguridad imponiendo a la Inspección del Trabajo vigilar el cumplimiento de las mismas, ¿y las vigila?

En este orden de ideas, al describir el trabajo de los menores de edad y el trabajo en los talleres familiares y el derecho de las niñas y niños a disfrutar de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, es sorprendente que en el 2012 se haya adicionado el artículo 175 Bis a la Ley Federal del Trabajo donde el legislador estableció que no se consideran trabajo las actividades que, bajo la supervisión, el cuidado y la responsabilidad de los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, realicen los menores de catorce años relacionadas con la creación artística, el desarrollo científico, deportivo o de talento, la ejecución musical o la interpretación artística en cualquiera de sus manifestaciones, cuando se sujeten a las reglas siguientes:

- a) La relación establecida con el solicitante deberá constar por escrito y contendrá el consentimiento expreso que en nombre del menor manifiesten los padres, tutores o quienes ejerzan la patria potestad, así como la incorporación del compromiso que asuma el solicitante de respetar a favor del mismo menor los derechos que la Constitución, los convenios internacionales y las leyes federales y locales reconozcan a favor de la niñez;
- b) Las actividades que realice el menor no podrán interferir con su educación, esparcimiento y recreación en los términos que establezca el derecho aplicable, tampoco implicarán riesgo para su integridad o salud y, en todo caso, incentivarán el desarrollo de sus habilidades y talentos; y
- c) Las contraprestaciones que reciba el menor por las actividades que realice nunca serán menores a las que por concepto de salario recibiría un mayor de catorce y menor de dieciséis años.

Es sumamente desdichada la incorporación de este artículo, pues ya era preocupante el trabajo de menores en el ámbito familiar por las injustas condiciones en que se desarrolla y por el futuro de la propia sociedad en la cual son los protagonistas<sup>15</sup>. Más preocupante es que el mismo legislador prescriba que no son trabajo las actividades que realizan estos menores de catorce años, aunque lo realicen con la supervisión de los que ejerzan la patria potestad o tutela; porque son laborales y no se les puede excluir como señala la Ley pues se les están haciendo nugatorios sus derechos como trabajadores, limitando su protección y garantías. La Ley no puede hacer este tipo de excepciones porque con ello viola los derechos de niñas y niños, derechos que se encuentran incorporados en la Carta Magna y en los documentos internacionales celebrados por México.

El derecho laboral es de carácter social, por ende, debe defender con eficacia los derechos de la clase trabajadora, con más razón los derechos de niñas y niños trabajadores; sin embargo, es grave que la Ley esté legitimando el trabajo de menores de catorce años, aunque requiera supervisión de quien ejerza patria potestad o tutela; cuya responsabilidad principal de acuerdo al artículo 4.º Constitucional es preservar y exigir el cumplimiento de sus derechos y principios, y con esta adición a la Ley lo único que hace es encubrir la explotación de los menores de catorce años y hacer nugatoria la protección de sus derechos; ya que, si el niño tiene la necesidad de trabajar, el objetivo de la Ley en este rubro es proteger sus derechos garantizándoles condiciones más benévolas que las normales<sup>16</sup>.

El trabajo infantil es un problema no sólo nacional, sino internacional, que en muchas ocasiones se debe a que niños y niñas se ven obligados a contribuir con el gasto familiar, sin condiciones especiales y sin vigilancia ni supervisión legal o médica, descuidando o abandonando la escuela por falta de tiempo y medios económicos y al final del día afecta su desarrollo, físico y mental; todavía se agrava si el propio legislador señala que no son trabajo las actividades de los menores de catorce años dedicados a actividades artísticas, deportivas, etc. No se da crédito cómo es que la misma Constitución prohíbe el trabajo de menores de quince años; sin embargo, con esta reforma se legitima.

En este orden de ideas, el legislador señala que este menor desarrolla una actividad. ¿Qué no es la misma actividad pregonada en el artículo 8.º de la Ley? ¿No se considera dentro de «... toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio» a la que la misma Ley llama trabajo? ¿Qué no existe el elemento de la subordinación que caracteriza al trabajo preconizado en el mismo numeral señalado anteriormente?

15. KURCZYN V., Patricia. *Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, 932.

16. DE BUEN UNNA, Carlos. 1996: *El trabajo de los menores y el derecho laboral*. Memoria del Coloquio Multidisciplinario Sobre Menores. México: UNAM.

Parece que la adición del artículo 175 Bis conduce a los menores de catorce años al Derecho Civil, a la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, al libre juego de la autonomía de la voluntad, a cláusulas abusivas y beneficiosas para una de las partes, sin el cuidado y vigilancia de jornadas, lugares peligrosos e insalubres, reposo, vacaciones, seguridad social, etc., violando con ello los derechos de niñas y niños.

¿Dónde quedó el interés superior del menor? Ese «... catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna...» que generen las condiciones materiales que permitan a «los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible...»<sup>17</sup>.

En donde está el criterio jurisprudencial que, en alcance a dicho principio, sostiene que el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, reflejado tanto a nivel constitucional como en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, de donde deriva que el interés superior del menor «implica que en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realicen de modo que, en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quién van dirigidos»<sup>18</sup>.

No hay respuestas, parece que, en este caso en especial, el Estado no está velando ni cumpliendo eficazmente con el principio del interés superior de la niñez, toda vez que lo estipulado en el artículo 175 Bis de la Ley no garantiza de manera plena esos derechos, sin contar que en México empeora el problema el hecho de no existir una eficaz vigilancia, inspección y supervisión del trabajo, por lo que debe tacharse de anticonstitucional.

A mayor abundamiento en la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social (art. 32). Cuestionando de antemano si el niño o niña efectúa un trabajo que es «perjudicial para su salud física o mental, seguridad y desarrollo», como se enuncia en la misma Convención.

No tiene sentido que el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 tenga como acciones promover el respeto de los derechos humanos, laborales y de seguridad social y contribuir a la erradicación del trabajo infantil y que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social iba a fortalecer la política para la prevención del trabajo infantil y la protección de menores trabajadores en edad permitida y que se creen organismos como la

17. *Semanario Judicial de la Federación*, 2011, I. 5.º J/16. t. xxxiii: 218.

18. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2011, I. 5.º C. J/14, Civil Novena Época, t. xxxiii: 2187.

Comisión Intersecretarial para Prevenir y erradicar el Trabajo Infantil, y la Protección de Adolescentes Trabajadores en Edad Permitida en México, que sin duda es una buena estrategia con metas a corto y mediano plazos, pero si se regulan normas como las del artículo 175 Bis que dejan sin protección a niñas y niños dedicados a actividades deportivas, artísticas, técnicas, etc., se deja vigente un trabajo disfrazado, burlado que debe atenderse.

## BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique. 1974: *Derecho individual del Trabajo*, t. II. México.
- BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel. 2000: *Derecho del Trabajo*. Ed. Oxford.
- Boletín del Derecho Mexicano Comparado*, sep.-dic. de 1996, n.º 87.
- BORREL NAVARRO, Miguel. 1998: *Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo*. 6.ª edición. México: Editorial Siesta.
- BUEN LOZANO, Néstor de. 2012: *Derecho del trabajo*. 23.ª ed. México: Ed. Porrúa.
- CABANELLAS, G. *Tratado del Derecho laboral*, t. III. 2.ª ed. Ed. Bibliográfica Omeba.
- CALDERA, Rafael. *Derecho del Trabajo de Menores*. Ed. El Ateneo.
- CASAOLA, Gustavo. 1995: *Seis siglos de Historia Gráfica de México del Trabajo*. Ed. Porrúa, tomo II, México, Casa Alianza. (21 de enero de 2015). Casa Alianza. Obtenido de [www.casa-alianza.org](http://www.casa-alianza.org).
- CAVAZOS FLORES. 1998: *Cuarenta lecciones de derecho Laboral*. 9.ª ed. México: Ed. Trillas.
- Convención Sobre Los Derechos De Los Niños. <http://www.unhcr.ch/spanish/html>.
- Convenio n.º 138 de la OIT sobre la edad mínima.
- DÁVALOS, José. 1973: *El Régimen laboral del menor*. I. México, DF: Ed. Trillas.
- DÁVALOS, José. 2001: *Derecho de los menores trabajadores*. 2.ª ed. México: UNAM.
- DÁVALOS, José. 2006: *Tópicos Laborales*. 4.ª ed.
- DE BUEN UNNA, C. 1996: El trabajo de los menores y el derecho laboral. En ID. Jurídicas, *Memo-ria del Coloquio Multidisciplinario Sobre Menores* (p. 275). México: UNAM.
- DE LA CUEVA, Mario. 2009: *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 22.ª ed.
- DELGADO MOYA, Rubén. 1977: *El Derecho Social del Presente*. México: Ed. Porrúa.
- EDICIONES SALVAT MEXICANA. 1988: *Historia de México II*. 4.ª ed. México: Ed. De Medina Her-manos.
- FERNÁNDEZ CORONEL, José Ramón. 1998: *La necesidad económica del trabajo de los menores*. México: UV.
- GUERRERO, Euquerio. 2006: *Manual del Derecho del Trabajo*. 24.ª ed. México: Ed. Porrúa.
- HERNÁNDEZ ZAVALA, Higinio. 1997: *Análisis de la Problemática Jurídico Laboral del Trabajo de los menores*. México: Universidad Veracruzana.
- INEGI. *Trabajo Infantil en México censo 2012-2014*.
- KURCZYN V., Patricia: *Los Trabajadores Menores en el Futuro*. IIJ.
- KURCZYN V., Patricia: *Boletín Mexicano del Derecho Comparado*.
- LIMÓN, M. G. (16 de julio de 2006): *UAM*. Obtenido de [http://www.uam.mx/cdi/pdf/iii\\_chw/lo-pezlimon\\_mx.pdf](http://www.uam.mx/cdi/pdf/iii_chw/lo-pezlimon_mx.pdf).
- LÓPEZ LIMÓN, Mercedes: *La fuerza del trabajo infantil en México*.

- LÓPEZ LIMÓN, Mercedes. 1998: *Los efectos de la desreglamentación laboral en la legislación del trabajo Infantil en México*. [http://www.uam.mx/cdi/childwatch2006/pdf/lopez\\_garcia\\_mx.pdf](http://www.uam.mx/cdi/childwatch2006/pdf/lopez_garcia_mx.pdf). México.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (23 de septiembre de 2013): *Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC)*. Obtenido de <http://ilo.org/ipecc/lang-es/index.htm>.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (15 de enero de 2015): *Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil*. Obtenido de <http://white.lim.ilo.org/ipecc/pagina.php?pagina=158>.
- RAMOS, Eusebio y TAPIA ORTEGA, Ana R. 2001: *Nociones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 5.ª ed. Editorial Sista.
- RUPRECHT, Alfredo J. 1987: *La Protección del Trabajo en el Mundo Moderno*. Cárdenas Editor y Distribuidor.
- STAELENS GUILLOT, Patrick. 1998: *El trabajo de los Menores*.
- TRUEBA URBINA, Alberto. 1978: *Derecho Social Mexicano*. México: Ed. Porrúa. [www.sstps.org](http://www.sstps.org).

# La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al derecho de la competencia: un comentario crítico

## *The Directive 2014/104/UE on Antitrust Damages Actions: A critical review*

**Vanessa Jiménez Serranía**

Abogada

Doctoranda de la Universidad de Salamanca, España

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

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2015

Fecha de aceptación definitiva: 30 de octubre de 2015

### **Resumen**

El 26 de noviembre de 2014 fue aprobada la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (Directiva 2014/104/UE). Es indudable que, pese a no estar exenta de crítica, esta Directiva constituye un avance fundamental y

### **Abstract**

*In November 2014, the Directive on antitrust damages actions became law in the EU. This Directive constitutes, undoubtedly, a major step forward in strengthening private enforcement. Indeed, it attempts to facilitate antitrust damages claims and to ensure a full compensation for the victims. On the other hand, the implementation of this Directive will require significant adjustments in the legal systems of most of the member*

*Vanessa Jiménez Serranía*  
La Directiva 2014/104/UE de acciones por daños al  
derecho de la competencia: un comentario crítico

*Ars Iuris Salmanticensis,*  
vol. 3, diciembre 2015, 151-174  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca

necesario para el desarrollo y la protección de la aplicación privada del derecho de la competencia (*private enforcement*). El propósito de este artículo es ofrecer una visión global de las disposiciones de la Directiva 2014/104/UE, analizando los aspectos más problemáticos de la misma, los cambios que acarrea para los principales sistemas jurídicos europeos y su coherencia con el objetivo comunitario de equilibrio entre la acción pública (*public enforcement*) y la *private enforcement*.

**Palabras clave:** Derecho de la competencia; Acciones por daños; Acceso a las pruebas; Efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia; Responsabilidad conjunta y solidaria; Repercusión de sobrecostes; Cuantificación del perjuicio.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Las disposiciones introducidas por la Directiva 2014/104/UE: 2.1. Ámbito subjetivo y material; 2.2. Derecho a la reparación integral y cuantificación del perjuicio; 2.3. Acceso a las pruebas; 2.4. Efecto de las resoluciones nacionales; 2.5. Plazos de prescripción; 2.6. Responsabilidad conjunta y solidaria; 2.7. Repercusión de sobrecostes; 2.8. Solución extrajudicial de controversias. 3. Análisis de los aspectos más problemáticos de la Directiva 2014/104/UE: 3.1. El acceso a las pruebas: considerando el balance entre acciones por daños y la protección de la clemencia y de la información confidencial; 3.2. El efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia: el efecto vinculante frente a la independencia del poder judicial; 3.3. La responsabilidad conjunta y solidaria: ¿statu quo o cambio real?; 3.4. La repercusión de sobrecostes: ¿éxito o fracaso?; 3.5. La cuantificación del perjuicio: los problemas en el cálculo de la compensación. 4. Conclusiones. Bibliografía.

**Summary:** 1. Introduction. 2. New provisions introduced by Directive 2014/14/UE: 2.1. Subject-matter and scope; 2.2. Right to full compensation and quantification of harm; 2.3. Disclosure of evidence; 2.4. Effect of the national competition authorities decisions; 2.5. Limitation periods; 2.6. Joint and several liability; 2.7. Passing-on of overcharges; 2.8. Consensual dispute resolution. 3. Study of the most challenging aspects of the Directive 2014/104/UE: 3.1. Disclosure of evidence: striking the balance between damage actions and protection of leniency and confidential information; 3.2. Effect of the national competition authorities decisions: binding effect versus the independence of the judiciary; 3.3. Joint and several liability: statu quo or real change?; 3.4. Passing-on defense: windfall or pitfall?; 3.5. Damages calculation: difficulties in the quantity of compensation. 4. Conclusion. Bibliography.

*states, including Spain. The purpose of this paper is to examine the main provisions of the Directive from a critical point of view. To that end, their compatibility with Spanish law will be assessed and their consistency with the necessary balance between public and private enforcements will be investigated.*

**Key words:** *Competition Law; Damages claims; Private Enforcement; Compensation; Disclosure of evidence; Effect of the national competition authorities decisions; Joint and several liability; Passing-on defense; Damages calculation.*



## 1. INTRODUCCIÓN

La implementación del derecho de la competencia se sustenta en dos pilares interrelacionados pero claramente diferenciados: la acción pública (i. e. *public enforcement*) y la acción privada (i. e. *private enforcement*).

El *public enforcement* se fundamenta en la aplicación de las reglas de competencia por las autoridades estatales, teniendo como objetivos directos la detección, el examen y la sanción de las infracciones al derecho de la competencia realizadas por las empresas, buscando, al mismo tiempo, un efecto general de disuasión en la comisión de estas actividades ilícitas.

Por su parte, el *private enforcement* busca la reparación de los daños y perjuicios causados a las víctimas de estas infracciones. Se trata por tanto de la habilitación, para los particulares afectados (tanto empresas como consumidores), de la posibilidad de entablar acciones de daños y perjuicios orientadas al resarcimiento integral del perjuicio patrimonial sufrido derivado de una conducta anticompetitiva. Aunque esta acción tiene como objetivo fundamental la compensación por el daño sufrido, es indudable que posee un importante efecto colateral disuasorio.

Desde hace más de una década, y a la par que se desarrollaban numerosas acciones en el ámbito del *public enforcement*, tanto los tribunales europeos como la Comisión se han esforzado en desarrollar y potenciar lo que podríamos denominar una «cultura» del *private enforcement* del derecho europeo de la competencia<sup>1</sup>.

Pese este reconocimiento temprano del derecho de las víctimas de las infracciones de las normas de competencia a una compensación por los daños y perjuicios sufridos, su virtualidad en la práctica era escasa. Desde la doctrina se afirmaba que el *private enforcement* se enfrentaba a «amplios e insalvables obstáculos y barreras tanto de carácter procesal como sustantivo»<sup>2</sup>. Esta visión negativa fue confirmada en 2004, por el estudio llevado a cabo por la firma Ashurst<sup>3</sup>, por encargo de la Comisión.

Esta negativa evaluación del statu quo del *private enforcement* llevaba implícitas dos importantes críticas al sistema: en primer lugar, mostraba la existencia de un

1. SSTJUE del 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage and Crehan*; de 13 de julio de 2006, asuntos acumulados C-295/04 to C-298/04, *Manfredi*; de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*; de 6 de noviembre de 2012, C-199/11, *Otis and Others*; de 6 de junio de 2013, C-536/11, *Donau Chemie*, y de 5 de junio de 2014, C-557/12, *Kone*.

2. «The picture that emerges from the present study on damages actions for breach of competition in the enlarged EU is one of astonishing diversity and total underdevelopment». *Vid.* WELBROECK, D.; SLATER, D. y EVEN-SHOSHAN, G. 2004: «Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules». [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf). [21 de octubre de 2015].

3. ASHURST. 2004: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf). [21 de octubre de 2015].

importante defecto en el funcionamiento del sistema europeo de derecho de la competencia; y, en segundo lugar, suponía una incumplimiento del derecho fundamental de la protección judicial efectiva recogida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En aras de dotar de una solución a este problema la Comisión Europea inició en 2005 un proceso de fortalecimiento del *private enforcement*, con el objeto de dotarlo de una serie de medidas paliativas de sus principales defectos estructurales y prácticos.

En un primer momento, la Comisión identificó los principales obstáculos que impedían un correcto desarrollo del *private enforcement*<sup>4</sup> en el Libro Verde de 2005 sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (*Libro Verde*). Posteriormente, en 2008, presentó una serie de sugerencias sobre la manera de eliminar estos obstáculos y asegurar la eficacia en la aplicación del *private enforcement* por los diferentes países miembros en su Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia<sup>5</sup> (*Libro Blanco*).

Junto a estos textos elaborados por la Comisión, merece una reseña especial la consulta pública sobre el Libro Blanco, donde quedaron plasmadas las diversas preocupaciones de los principales grupos interesados (i. e. demandantes potenciales, consumidores, PYMES y asociaciones de empresarios). Las opiniones emitidas confirmaron las líneas de actuación marcadas por la Comisión: la necesidad de una simplificación del acceso a las pruebas de la infracción; la urgencia de una mayor claridad y uniformidad en la aplicación por los diferentes Estados miembros de repercusión de sobrecostos (*passing on*); la uniformidad y la claridad en la determinación de los periodos de limitación y en los métodos de cálculo de los daños; así como la pertinencia de la creación de acciones de grupo. Esto, sin olvidar, como fue apuntado desde el sector empresarial, la exigencia del respeto a ciertos límites, especialmente, el de no injerencia con ciertas medidas de *public enforcement* (fundamentalmente la clemencia) y el de control de la pertinencia de las acciones, ya que una litigiosidad excesiva iría en detrimento de la eficacia en la tramitación de las acciones privadas<sup>6</sup>.

4. Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

5. Libro Blanco de Comisión de las Comunidades Europeas sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

6. Como aparece reflejado en el Estudio de Impacto sobre la Proposición de Directiva, las principales críticas procedían de los demandantes potenciales y/o las PYMES. Para estos demandantes potenciales el principal obstáculo era el acceso a las pruebas necesarias para poder ejercer la acción. De hecho es una cuestión recurrente en todo este tipo de procesos, tanto en acciones independientes de una decisión de una autoridad nacional o comunitaria de la competencia (*stand alone*) como aquellas subsecuentes a una decisión (*follow on*), puesto que un número importante de evidencias factuales y económicas son necesarias y estas se

Si bien es cierto que se barajaron varias políticas de acción, finalmente se optó por una medida vinculante a nivel comunitario (i. e. una directiva)<sup>7</sup>, sobre todo debido a la importante diversidad existente entre las diferentes jurisdicciones de los países miembros<sup>8</sup>.

Es por esto que el 26 de noviembre de 2015 vio la luz, después de haber sufrido importantes modificaciones y un largo iter legislativo<sup>9</sup>, el texto definitivo de la Directiva

---

encuentran, frecuentemente, en manos de las empresas demandadas. Esta carga de la prueba puede hacerse aún más pesada si es necesario que las víctimas demuestren las infracciones que ya han sido condenadas por una autoridad de competencia. Además de la cuestión de la prueba, quedó plasmada como crítica fundamental la ausencia de claridad y de uniformidad en tres aspectos fundamentales: la aplicación de la defensa en base a la repercusión de sobrecostes (*passing on defense*), la determinación de los periodos de limitación y el método de cálculo de los daños. Junto a estos defectos del sistema de las acciones privadas individuales otras dos cuestiones fueron apuntadas en orden a conseguir un desarrollo integral y armónico del *private enforcement*. Por un lado, parecía evidente la necesidad de dar cabida al ejercicio de las acciones de grupo en todos los sistemas jurídicos de la EU, ya que de esta manera se permitiría que tanto los consumidores como PYMES víctimas de las violaciones del derecho de la competencia tuvieran acceso a las acciones sin verse perjudicados por los costes del proceso. (Vid. Impact Assessment Report *Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, de 11 de junio de 2013, SWD [2013] 203 final).

7. Vid. Executive Summary of the Impact Assessment Report *Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, de 11 de junio de 2013, SWD (2013) 204 final, 5-7.

8. Esta diversidad en la aprehensión y regulación del *private enforcement* impulsaba una especie de *forum shopping* a nivel europeo. Así países como Reino Unido, Alemania, los Países Bajos eran considerados como especialmente atractivos debido a la amplia protección otorgada a las víctimas.

9. El 2 de diciembre de 2013, el Consejo adoptó su opinión general sobre la proposición de Directiva de la Comisión, dando al presidente del Consejo el mandato de iniciar las negociaciones con el Parlamento Europeo y la Comisión. El 27 de enero de 2014, el Comité ECON del Parlamento Europeo hizo público su Informe sobre la proposición de Directiva y dio mandato al Rapporteur para iniciar las negociaciones tripartitas con el Consejo y la Comisión. Durante febrero y marzo de 2014 tuvieron lugar tres encuentros tripartitos y varios encuentros para discutir los puntos técnicos. El acuerdo definitivo sobre la versión final del texto fue alcanzado el 20 de marzo de 2014. El 26 de marzo de 2014, COREPER refrendó este acuerdo. El 17 de abril de 2014, el Parlamento aprobó el texto de la Directiva. La Directiva 2014/104/UE fue formalmente ratificada el 26 de noviembre de 2014 y publicada en el Diario Oficial de la UE el 5 de diciembre de 2014. (Vid. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html)).

2014/104/UE<sup>10</sup>. Esta Directiva 2014/104/UE pretende incentivar la retirada de, si no todas, al menos la mayoría de las dificultades prácticas que hemos enunciado.

En primer lugar, la Directiva 2014/104/UE va a admitir un acceso bastante amplio a las pruebas cuando sea considerado necesario para que las víctimas puedan fundamentar su derecho a compensación. Por otro lado, va a otorgar a las decisiones de las autoridades nacionales un efecto vinculante respecto a los tribunales nacionales y un efecto de evidencia *prima facie* respecto a los tribunales de otros países miembros. Además, va a reconocer la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores, la defensa en base a la repercusión de sobrecostes (*passing on*) así como la simplificación de los cálculos del perjuicio sufrido por las víctimas.

Este texto definitivo de la Directiva 2014/104/UE ha suscitado un número importante de reacciones ya que afecta de manera substancial a todos los sistemas jurídicos incluso aquellos que tenían una tradición jurídica más sólida de acciones privadas por infracciones al derecho de la competencia.

El objetivo de este trabajo es, en primer lugar, dar una visión de conjunto de la Directiva 2014/104/UE para, posteriormente, abordar de una manera crítica las novedades más controvertidas que plantea, señalando el impacto concreto de la misma en los diferentes sistemas jurídicos europeos.

## 2. LAS DISPOSICIONES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 2014/104/UE

### 2.1. *Ámbito subjetivo y material*

La Directiva 2014/104/UE cubre las demandas en reparación de cualquier víctima de una infracción del derecho de la competencia, sin importar que sea una persona física o jurídica, o un profesional, un consumidor o una administración pública, y con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora. Estas acciones pueden ejercerse de manera subsecuente (*follow on*) o independiente (*stand alone*) a una decisión que emane de una autoridad nacional de competencia condenando una infracción.

Por otro lado, el espectro de potenciales demandados es, correlativamente, extenso. Según el apartado 2 del artículo 2 se consideran infractores «tanto a la empresa como a la asociación de empresas que hayan cometido una infracción [...]». Desde la

10. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, de 5 de diciembre de 2014).

doctrina ha sido apuntado que parece deducirse de esta definición que el legislador europeo pretende integrar o transponer la noción de empresa existente en el *public enforcement* europeo (i. e. la empresa como unidad económica, en la que las sociedades matrices son responsables de los actos de sus filiales) al *private enforcement*.

Respecto al ámbito material de la Directiva 2014/104/UE, el apartado 1 del artículo 2 recoge como posibles infracciones «todas aquellas recogidas en los artículos 101 y 102 del TFUE o del derecho nacional en materia de competencia». Como vemos la *ratione materiae* es muy amplia, aunque, de la propia configuración de la Directiva 2014/104/UE y de la realidad de la práctica jurídica, se puede deducir que estas acciones están fundamentalmente orientadas para el caso de las infracciones que caen en el ámbito del artículo 101 TFUE, especialmente, en el caso de los considerados *hard core cartels*<sup>11</sup>. Ciertas razones han sido aducidas respecto a este extremo, destacando el hecho de que existe un incremento de las resoluciones por terminación convencional en los casos de abuso de posición dominante, que impedirían el ejercicio de las acciones en *follow on*. No obstante, ya existe el caso en la jurisprudencia de ciertos Estados miembros de la condena en una acción privada por daños y perjuicios a empresas que habían obtenido una terminación convencional, habiendo sido considerado por el juez el expediente llevado a cabo por la autoridad nacional de la competencia<sup>12</sup>.

## 2.2. Derecho a la reparación integral y cuantificación del perjuicio

La Directiva 2014/104/UE recoge en su artículo 3 el criterio que se reconoció por la jurisprudencia del TJCE en 2001 en el caso *Courage*<sup>13</sup>, es decir, toda persona física o jurídica que haya sufrido un daño deberá encontrarse en la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción. Esta indemnización comprende, por tanto, el daño emergente, el lucro cesante y el pago de los intereses. El legislador europeo, quizá en un intento de evitar posibles derivaciones a un *private enforcement* al estilo americano, excluye firmemente todo daño o interés extracompensatorio.

El problema fundamental va a ser, por tanto, la determinación adecuada de la cuantía correspondiente a estos daños y perjuicios en ese escenario hipotético de

11. Vid. DUHNE, N. 2014: «The Role of Private Enforcement within EU Competition Law». *University of Cambridge Faculty of Law*, Research Paper 2014, n.º 36: 6.

12. Como ejemplos encontramos las sentencias del Tribunal de Comercio de París de 27 de diciembre de 2012, *Google/Navx* y de 30 de marzo de 2015, *Eco Emballage y Valorplast*. (A mayor abundamiento, ver <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/francia-reparacion-de-los-danos-por-infracciones-al-derecho-de-la-competencia-basandose-en-una-resolucion-de-terminacion-convencional/>).

13. STJCE de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage and Crehan*.

contraste, también denominado escenario contrafactual<sup>14</sup>. Los daños son tradicionalmente concedidos para compensar a una víctima por la pérdida económica sufrida a causa de un incremento en el precio resultante de una violación del derecho de la competencia.

Sin embargo, la extensión del daño como resultado de una infracción del derecho de la competencia necesita ser probada en orden a obtener daños. La cuantificación del daño en derecho de la competencia requiere la aplicación de complejos modelos económicos. Es frecuentemente muy costoso, y los demandantes tienen dificultades al intentar obtener los datos necesarios para fundamentar sus demandas. La cuantificación del daño en los casos de derecho de la competencia puede, por lo tanto, constituir una barrera substancial en la prevención de demandas por compensación.

El texto de la Directiva 2014/104/UE se hace eco de estas preocupaciones y establece en su artículo 17 la obligación para los Estados miembros de velar por que «ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios».

Por otro lado, en previsión de casos donde la cuantificación de los daños y perjuicios resultara de una dificultad extrema para la víctima, la Directiva 2014/104/UE conmina a los Estados miembros a asegurar tanto que los tribunales nacionales tendrán atribuida la potestad de estimar el montante como que serán capaces por sí mismos de estimar el importe de dichos daños y perjuicios<sup>15</sup>.

Para facilitar esta cuantificación del daño por parte de los tribunales, la Directiva 2014/104/UE establece, en primer lugar, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para las víctimas en los casos de la existencia de un cártel<sup>16</sup>. La razón para el reconocimiento de esta presunción revocable es el carácter secreto de los cárteles, que provoca una asimetría en la información, con la consecuente dificultad en la obtención de pruebas del perjuicio que sufren las víctimas.

Por otro lado, la Directiva 2014/104/UE reconoce el papel de las Autoridades de la Competencia Nacionales como *amicus curiae* a la hora de ofrecer una orientación sobre la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios<sup>17</sup>.

14. Vid. DE CONNICK, R. 2010: «Estimating private antitrust damages». *Concurrences*, 2010, 1: 39-43.

15. Vid. artículo 17.3 de la Directiva 2014/104/UE.

16. Artículo 17.2 de la Directiva 2014/104/UE. Como recuerda la Directiva 2014/104/UE, en su Considerando 47, «dependiendo de las circunstancias del asunto, los cárteles producen un incremento de los precios o impiden una reducción de los precios que se habría producido, de no ser por el cártel».

17. Vid. Considerando 46 de la Directiva 2014/104/UE.

Por último, desde la Comisión se han intentado ofrecer ciertas pautas o métodos no vinculantes para facilitar la cuantificación de los daños<sup>18</sup>.

### 2.3. Acceso a las pruebas

Como hemos visto en introducción, la obtención de pruebas es uno de los principales problemas que se plantean a la hora de emprender una acción privada contra una infracción de derecho de la competencia.

Esta ausencia de medios legales permitiendo el acceso a las pruebas era considerada uno de los mayores desincentivos de las acciones por daños. Por otro lado, esta asimetría de la información entre las empresas infractoras y los demandantes no encontraba ningún tipo de compensación o de mitigación en la mayoría de las leyes nacionales de la Unión Europea.

Con objeto de solucionar este problema, la Directiva 2014/104/UE otorga a los tribunales nacionales el poder de permitir el acceso no solamente a una o varias pruebas específicas, sino a categorías de pruebas a petición de la parte interesada<sup>19</sup>. Obviamente, esta divulgación debe ser realizada bajo un estricto control jurisdiccional, especialmente respecto a la necesidad y la proporcionalidad de la misma<sup>20</sup>.

18. Así en la Guía práctica que acompaña la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2013/C 167/07), se expone una serie de métodos y técnicas que se han desarrollado en la economía y la práctica jurídica para establecer un escenario de referencia adecuado y estimar el valor de la variable económica de estudio. Una vez estimado el valor de la variable económica pertinente (tales como el precio, los márgenes de beneficios o el volumen de ventas) en el escenario sin infracción hipotético, es necesario compararla con las circunstancias reales, así como calcular los intereses.

19. Artículo 5.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que, en los procedimientos relativos a acciones por daños en la Unión y previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad de su acción por daños, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en el presente capítulo. Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado».

20. Artículo 5.3 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales limiten la exhibición de las pruebas a lo que sea proporcionado. A la hora de determinar si la exhibición solicitada por una parte es proporcionada, los órganos jurisdiccionales nacionales tomarán en consideración los intereses legítimos de todas las partes y de todos los terceros interesados».

Como parece evidente, este acceso a las pruebas no debe ir en contra de la efectividad de ciertas medidas concernientes al *public enforcement*. Es por esto que, en su artículo 6, la Directiva 2014/104/UE establece una especie de «lista negra» de documentos sobre los que los órganos jurisdiccionales nacionales no puedan en ningún momento ordenar su exhibición a una parte o a un tercero. Estos documentos son esencialmente las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, así como las solicitudes de transacción.

Sin embargo, una vez que una autoridad de la competencia ha cerrado una investigación o ha tomado una decisión final, los tribunales nacionales están capacitados para permitir el acceso a todos los documentos generados por las partes vinculados a necesidades específicas al procedimiento o por la propia autoridad en el curso del mismo. Entre estos documentos se encontrarían los pliegos de cargos y las respuestas a las demandas de información<sup>21</sup>.

Además de la cuestión de la clemencia, hay otro aspecto importante: la divulgación de información confidencial. La Directiva 2014/104/UE viene a reconocer que cuando un material de prueba relevante contiene secretos empresariales u otro tipo de información confidencial debiera estar a disposición de las acciones por daños y perjuicios, tal información confidencial necesita ser protegida de una manera apropiada<sup>22</sup>.

Debido a este mandato y con objeto de conseguir dicha protección, los tribunales nacionales deberían tener a su disposición una categoría de medidas para prevenir que la información estrictamente confidencial fuera hecha pública durante los procedimientos.

## 2.4. Efecto de las resoluciones nacionales

La Directiva 2014/104/UE extiende el efecto vinculante de las decisiones finales de condena, garantizado a la Comisión por el artículo 16(1) del Reglamento 1/2003<sup>23</sup>, a las

21. Artículo 6.9 de la Directiva 2014/104/UE: «En las acciones por daños podrá ordenarse en todo momento la exhibición de pruebas que figuren en el expediente de una autoridad de la competencia y no se encuadren en ninguna de las categorías enumeradas en el presente artículo, sin perjuicio del presente artículo».

22. *Vid.* Considerando 18 de la Directiva 2014/104/UE.

23. Artículo 16.1 del Reglamento (EC) n.º 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L1/1, de 4 de enero de 2003): «Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que haya incoado. [...]».



decisiones tomadas por las autoridades nacionales de la competencia y los órganos jurisdiccionales competentes.

Según el texto, esta constatación de la infracción se considerará irrefutablemente establecida en las acciones por daños emprendidas en el mismo Estado donde la decisión fuera originada<sup>24</sup>.

No obstante, la Directiva 2014/104/UE establece un efecto restrictivo del efecto vinculante de las decisiones. Una decisión final tomada en otro Estado miembro por una autoridad de competencia o de un órgano jurisdiccional puede ser presentada como prueba *prima facie* de una infracción al derecho de la competencia<sup>25</sup>.

## 2.5. Plazos de prescripción

La Directiva 2014/104/UE viene a poner fin a las dudas existentes sobre el inicio y la duración de los plazos de prescripción de las acciones privadas.

En primer lugar, respecto al momento inicial en el que los plazos empezarán a correr, la Directiva 2014/104/UE establece que éstos no comenzarán antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento de una serie de elementos fundamentales para ejercitar la acción, como son: (i) que la conducta en cuestión sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; (ii) que la infracción del derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y, por último, (iii) la identidad del infractor<sup>26</sup>.

Respecto al plazo para el ejercicio, se establece un mínimo de 5 años<sup>27</sup>, pudiendo ser suspendido o interrumpido en el caso de que una autoridad de la competencia

24. Artículo 9.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia».

25. El texto final se aleja de la propuesta inicial de la Comisión (ver Debate del Consejo de la Unión Europea, de 3 de diciembre de 2013, 02013/0185[COD]). La proposición inicial, inspirada en el ejemplo del derecho alemán (Sección 33(4) del Código de derecho de la competencia), planteaba un efecto vinculante de cualquier decisión final de una autoridad nacional de competencia de cualquier Estado miembro en cualquier acción de daños y perjuicios de cualquier Estado miembro. (Vid. Sección 2.3 del Libro Blanco). Vid. WILS, W. P. J. 2009: «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages». *World Competition*, 2009, 32, 1: 19-21, y KOMNINOS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3: 9.

26. Vid. artículo 10.1 de la Directiva 2014/104/UE.

27. Vid. artículo 10.3 de la Directiva 2014/104/UE.

actúe a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños. Esta suspensión terminará, como mínimo, un año después de que la resolución de infracción sea firme o se dé por concluido el procedimiento de otra forma<sup>28</sup>.

## 2.6. Responsabilidad conjunta y solidaria

La Directiva 2014/104/UE introduce el concepto de responsabilidad solidaria en las acciones de daños a nivel europeo. En efecto, la Directiva 2014/104/UE prevé, como regla general, que una persona que ha sufrido un daño como resultado de una infracción de derecho de la competencia debería ser capaz de reclamar una compensación por la integridad del daño de cualquiera de los co-infractores<sup>29</sup>.

No obstante, hay una excepción a la regla general para las PYMES. En el caso de que una completa compensación del daño pudiera perjudicar su viabilidad económica, las PYMES serán solamente responsables por sus propios compradores directos o indirectos.

La Directiva 2014/104/UE también se esfuerza por inclinar la balanza en favor de los beneficiarios de la inmunidad limitando su responsabilidad al daño causado en sus propias cadenas de suministro, por ejemplo, la cuantía de daño causado a sus clientes directos o indirectos o, en el caso de un cártel de compra, en el caso de sus proveedores directos o indirectos.

Esta provisión significa que un beneficiario de la inmunidad no deberá ser condenado a contribuir en ninguna cantidad excediendo al daño causado a sus propios clientes o proveedores, a menos que los demandantes sean incapaces de obtener una compensación completa de los otros infractores.

Introduciendo esta reserva, la Comisión espera mantener la atracción de los programas de clemencia, mientras que mantiene el derecho de las víctimas a la compensación completa.

## 2.7. Repercusión de sobrecostes

La determinación de los daños y perjuicios implica dos importantes cuestiones: quién está legitimado a plantear una acción por daños y perjuicios y cuál es la medida adecuada de los daños.

28. Vid. artículo 10.4. de la Directiva 2014/104/UE.

29. Vid. artículo 11 de la Directiva 2014/104/UE.

Según la Directiva 2014/104/UE, todo el que ha sufrido una pérdida tiene derecho a reclamar daños compensatorios, tanto en el caso de un cliente directo como indirecto<sup>30</sup>. No obstante, para asegurar que sólo los compradores que han sufrido efectivamente un daño emprendan una acción, la Directiva 2014/104/UE recoge una regla: la defensa en base a la repercusión de sobrecostes, más comúnmente conocida con el nombre de defensa *passing-on*<sup>31</sup>.

Según la defensa *passing-on* cualquier beneficio que una empresa intermediaria ha obtenido elevando sus propios precios puede ser deducido de los daños y perjuicios que esta empresa exige como víctima<sup>32</sup>.

De todas maneras, es el infractor, al menos en lo que se refiere a la defensa *passing-on*, quien soporta la carga de la prueba. Sin embargo, «esta carga de la prueba no debería afectar a la posibilidad del infractor de utilizar las pruebas diferentes de aquellas que se encuentran en su posesión, tales como las pruebas que han sido adquiridas durante el procedimiento ante la autoridad de la competencia o las pruebas que se encuentran en manos de las otras partes del proceso o de terceras personas»<sup>33</sup>.

Además, cuando una acción por daños es intentada por un comprador indirecto, la Directiva 2014/104/UE introduce una presunción revocable de que la sobrecarga había sido transferida, con objeto de evitar a los compradores indirectos una importante carga de la prueba<sup>34</sup>.

30. Artículo 12.1 de la Directiva 2014/104/UE: «Para garantizar la plena efectividad del derecho al resarcimiento pleno establecido en el artículo 3, los Estados miembros velarán por que, con arreglo a las disposiciones previstas en el presente capítulo, el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto, y se eviten indemnizaciones muy por encima de los daños y perjuicios causados al demandante por la infracción del Derecho de la competencia, así como la falta de responsabilidad del infractor».

31. Artículo 13 de la Directiva 2014/104/UE: «Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros».

32. Vid. HELLWING, M. 2007: «Private damage claims and the passing on defence in horizontal price-fixing cases: an economist's perspective». En *Private Enforcement of EC Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 122 y OXERA. 2014: «Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions». <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Passing-game-the-ongoing-debate-about-pass-on-in-d.aspx> (21 de octubre 2015).

33. Vid. Considerando 39 de la Directiva 2014/104/UE.

34. Artículo 14.2 de la Directiva 2014/104/UE: «[...] se considerará que el comprador indirecto ha acreditado que se le repercutió el sobrecoste si dicho comprador indirecto demuestra que: a) el demandado ha cometido una infracción del Derecho de la competencia; b) la infracción del Derecho de la competencia tuvo como consecuencia un sobrecoste para el comprador

## 2.8. Solución extrajudicial de controversias

La Directiva 2014/104/UE refleja de una manera clara la intención de la Comisión de intentar encontrar vías alternativas a la judicial para la resolución de las acciones de daños. Pretende animar tanto a los infractores como a las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como los acuerdos o convenios extrajudiciales (incluidos los acuerdos que un juez puede declarar vinculantes), el arbitraje, la mediación o la conciliación<sup>35</sup>.

En aras de incentivar este tipo de soluciones la Directiva 2014/104/UE reconoce la suspensión de los plazos de prescripción, así como la suspensión de todo procedimiento ante un órgano jurisdiccional mientras se celebre la solución extrajudicial de controversias<sup>36</sup>.

Pese al optimismo con el que se tratan este tipo de soluciones, la Directiva establece una reserva, por otro lado lógica: el infractor que abone una indemnización mediante el mecanismo de solución extrajudicial de controversias no debe encontrarse en peor situación frente a sus co-infractores que la situación en que se encontraría sin dicho acuerdo extrajudicial.

## 3. ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS MÁS PROBLEMÁTICOS DE LA DIRECTIVA 2014/104/UE

### 3.1. *El acceso a las pruebas: considerando el balance entre acciones por daños y la protección de la clemencia y de la información confidencial*

La necesidad vital de la existencia de pruebas para acompañar una acción por daños es clara. En la búsqueda de información, las decisiones de las autoridades de competencia son un elemento fundamental respecto a los demandantes. Más aún, el ímpetu de la Directiva 2014/104/UE hacia un acceso más libre a las evidencias puede colisionar con tres objetivos igualmente importantes: el éxito de los programas de

---

directo del demandado, y c) el comprador indirecto adquirió los bienes o servicios objeto de la infracción del Derecho de la competencia, o adquirió bienes o servicios derivados de aquellos o que los contuvieran».

35. *Vid.* Considerando 48 de la Directiva 2014/104/UE.

36. *Vid.* Considerando 48 de la Directiva 2014/104/UE.

clemencia, la protección de los secretos de comercio y del resto de información confidencial, así como la protección de los datos personales<sup>37</sup>.

Dejando de lado la protección de datos personales, la clemencia y la protección del secreto de comercio son dos de los más importantes obstáculos para obtener pruebas tanto de las otras partes como de las autoridades nacionales.

En primer lugar, la clemencia ha estado en el ojo del huracán desde la sentencia *Pfleiderer*<sup>38</sup>. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció que el acceso a los documentos relacionados con la clemencia no estaba prohibido por el derecho europeo. Sin embargo, el TJUE dejaba al arbitrio de los tribunales nacionales sopesar el equilibrio entre las leyes nacionales y los intereses protegidos por la política de la UE. Las aplicaciones nacionales de esta sentencia fueron diversas<sup>39</sup>.

La Directiva 2014/104/UE intenta solucionar este problema garantizando una absoluta protección a las declaraciones corporativas de las empresas a las que la clemencia es concedida así como en los casos de terminación convencional.

Sin embargo, esta solución parece estar en desacuerdo con las conclusiones de la sentencia del TJUE, *Donau Chemie*<sup>40</sup>, la cual evocaba una evaluación caso por caso. Ha sido indicado que esta provisión de la Directiva 2014/104/UE podría deberse a una falta de confianza en una aplicación balanceada de los casos *Pfleiderer* et *Donau Chemie* por parte de los jueces de los países miembros<sup>41</sup>.

Otra de las razones aducidas, más plausible, consiste en considerar que se ha intentado proteger la clemencia frente al efecto negativo que podría tener sobre la misma un acceso extensivo a las evidencias.

37. Vid. ITALIANER, A. 2014: «Striking the balance: Private damages and access to confidential information». *Concurrences*, 2014, 4: 24.

38. STJUE de 14 de junio de 2011, C-360/09, *Pfleiderer*. Para un análisis del caso, ver ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar, 76-80 y EZRACHI, A. 2014: *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing, 532.

39. Sobre la diferente aprehensión del tema en las distintas jurisdicciones europeas ver: JÜRIMÄE, K. 2012: «The Interaction between EU Transparency Policy and the Enforcement of EU Competition Law: Who Should Strike the Balance and How Should it be Struck?». En *European Competition Law Annual 2012*. Oxford: Hart Publishing, 383; LIPMAN, M. 2012: «German Court Preserves Cover For Cartel Cos. Seeking Leniency». *Law360*, 2012; AMARO, R. 2014: *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*. Paris: Bruylant, 365; y KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: «Private enforcement: which reforms?». *@LERT LIDC Newsletter*, 2014, 1: 4.

40. STJUE de 6 de junio de 2013, C-536/11, *Donau Chemie*. A mayor abundamiento ver ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *op. cit.*, 78-80.

41. Vid. KARPETAS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3: 10.

En todo caso, las previsiones del artículo 5 suponen una revolución en la mayoría de los ordenamientos europeos, entre ellos España. Como ha sido señalado por Assimakis Komninou: «Supone una regla general de acceso a las pruebas [...] es una revolución en el sentido de que, en primer lugar, permite la divulgación respecto a las categorías de pruebas, y esto es algo que no existía anteriormente [...] se trata de un elemento importante de aquí en adelante»<sup>42</sup>.

De hecho, estas reglas alterarían de una manera profunda el sistema español de divulgación de pruebas en las acciones por daños y perjuicios. Los demandantes españoles tendrían el derecho a reclamar la puesta a su disposición de toda una categoría de documentos y no de un documento en concreto como en el momento actual<sup>43</sup>. No obstante, esta revolución puede ser mitigada por un control judicial. La divulgación de pruebas demandada por una de las partes en conflicto o por una tercera parte solo podrá ser ordenada por un juez y se encontrará sujeta a un control judicial activo y estricto sobre su necesidad, ámbito y proporcionalidad<sup>44</sup>.

Otro punto a tener en cuenta es la interacción entre las acciones por daños y las resoluciones de terminación convencional acordadas por las autoridades de la competencia nacionales. Dos son los puntos de colisión principales<sup>45</sup>. Por un lado, las resoluciones de este tipo no condicionan la calificación de las prácticas y la posibilidad de intentar una acción en daños por infracción al derecho de la competencia. De hecho, ya se ha dado, en alguna jurisdicción europea, el caso de una acción *follow on* a una resolución por terminación convencional<sup>46</sup>. Si bien en este tipo de situaciones es obvio que la autoridad nacional correspondiente no podrá ser solicitada por el juez como *amicus curiae*, ya que implicaría ir en contra del principio de la terminación convencional, es decir, una no calificación de las prácticas, no lo es tanto el hecho del acceso al dossier de la autoridad. Siguiendo las pautas establecidas por la Directiva 2014/104/UE si los documentos no entran en la lista negra del artículo 6.6, podrían ser solicitados, al menos potencialmente, por el juez, con el consiguiente efecto negativo respecto a la atracción de estas acciones.

42. «It is the general provision on access to evidence. [...], it is still a revolution in the sense that, first of all, it opens disclosure also with regard to categories of evidence, and this is something that we did not have before. [...], this represents a very important element going forward». *Vid.* KOMNINOS, A. 2014: *op. cit.*, 11.

43. *Vid.* BROKELMANN, H. 2014: «Spain». *The Private Competition Enforcement Review*, 2014: 335.

44. *Vid.* SUDEROW, J. y RUBIANO, P. 2014: «Current framework for Private Enforcement of Competition Law in Spain: Do we need the proposed directive?». *@LERT LIDC Newsletter*, 2014, 1: 35

45. *Vid.* LASSERRE, B. 2015: «Commitment decisions: Tool of choice or poison for antitrust enforcement?». *Concurrences*, 2015, 3: 10.

46. Ver nota 12.

### 3.2. El efecto de las resoluciones de las autoridades nacionales de la competencia: el efecto vinculante frente a la independencia del poder judicial

La Directiva 2014/104/UE introduce un efecto vinculante inspirado en el sistema del Reino Unido, más restringido que el sistema propuesto por el Libro Blanco, pero substancialmente diferente del marco legal prevaleciente en la mayoría de los países europeos, especialmente en España<sup>47</sup>.

Cierto es que en 2013 el Tribunal Supremo ha iniciado la senda hacia este reconocimiento otorgando un cierto valor a las decisiones administrativas en su sentencia de 7 de noviembre, en el caso del cártel del azúcar<sup>48</sup>.

No obstante y pese a que en esta sentencia el Tribunal Supremo reconocía ciertos aspectos de la decisión de la CNC de 15 de abril de 1999<sup>49</sup>, el criterio jurisprudencial español está aún lejos de otros, como el británico, donde se reconoce un efecto vinculante a las decisiones emanadas de una autoridad nacional de competencia<sup>50</sup>.

Es indudable que esta previsión de la Directiva 2014/104/UE va a acarrear importantes cambios legislativos en el panorama español y, muy probablemente, es, junto con la integración de la nueva configuración del acceso a las pruebas, uno de los puntos que van ocasionar más conflictos a la hora de la aplicación.

### 3.3. La responsabilidad conjunta y solidaria: ¿*statu quo* o cambio real?

El artículo 11 no debería tener un significativo impacto en el conjunto de cantidad de acciones intentadas en el conjunto de la Unión Europea, ya que el principio de responsabilidad solidaria existe en varias de las jurisdicciones de la UE.

Sin embargo, esta medida tiene dos importantes consecuencias. En primer lugar, incrementará las opciones de un demandante para dirigirse a un determinado defensor (económicamente fuerte) sea cual sea su país de domiciliación, siempre y cuando sea un país de la UE. En segundo lugar, esto aumentará las posibilidades del demandante de recobrar los daños por el daño completo sufrido por parte del demandante.

47. Artículo 117.1 de la Constitución española.

48. STS n.º 5819/2013, de 7 de noviembre de 2013, *Nestlé et al. v. Ebro Foods*.

49. Para un análisis completo sobre este caso, ver MARCOS, F. 2014: «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel». *Working Paper IE Law School*, 2014.

50. Vid. JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: «Follow-On Actions: Is Spain a New El Dorado?». *International Antitrust Bulletin*, 2014, 2: 28-29.

En España, el Tribunal Supremo ha considerado que las demandas de daños basadas en las violaciones de derechos de la competencia son consideradas acciones de daños sobre las cuales se aplican las limitaciones que existen sobre estas acciones<sup>51</sup>.

Si bien el Código Civil no incluye ninguna provisión sobre cuándo o si la responsabilidad extracontractual debe ser considerada como solidaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que la responsabilidad conjunta es el resultado de la conducta de una pluralidad de ofensores y cuando no es posible para el demandante *ab initio* el grado de responsabilidad de un infractor particular.

Tomando en consideración esta ausencia de las reglas concernidas y del hecho de que los beneficiarios de las provisiones del artículo 11 de la Directiva 2014/104/UE suponen un profundo cambio en las reglas de derecho civil españolas así como del derecho de la competencia.

### 3.4. La repercusión de sobrecostes: ¿éxito o fracaso?

La defensa *passing-on* es invocada con frecuencia en las acciones contra los cárteles en Europa, de una manera coherente con la tradición legal europea donde los daños son compensatorios en naturaleza y la limitación de la pérdida actual y la pérdida de los beneficios. A pesar de que la Directiva 2014/104/UE reconoce la importancia de esta «herramienta» utilizada como defensa, este punto de vista es universalmente adoptado, por ejemplo, el sistema legal estadounidense general no admite la defensa *passing-on* en las acciones de daños<sup>52</sup>. Por lo tanto, sigue existiendo un gran debate a nivel doctrinal y práctico sobre cómo se aplica la defensa *passing-on* y cómo se cuantifica la misma.

En la Unión Europea, la defensa *passing-on* fue introducida en el derecho de la competencia europea por primera vez en el Libro Verde. Este último subrayaba que la base principal de la existencia de la defensa *passing-on* es la prevención de un enriquecimiento injusto del demandante.

Sin embargo, el Libro verde señala que la transmisión de una sobrecarga no implica necesariamente un enriquecimiento injusto del demandante (el comprador indirecto) siempre que pueda resultar de un aumento de precios por el demandante para una venta concreta. Además, una presunción de que el *passing-on* implica un

51. Como afirma el Fundamento de Derecho 12 de la STS n.º 344/2012, de 8 junio de 2012: «a los efectos de identificar el régimen de prescripción extintiva de la acción, ante la dualidad de responsabilidades, la contractual y la extracontractual– a las que los anglosajones se refieren como “the law of contract” y “the law of torts”– hay que entender con la recurrente que nos hallamos en el ámbito de la segunda». Sobre esta cuestión ver, también, MARCOS, F. 2013: «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)». *GCLR*, 2013, 4: 167-208.

52. *Vid.* HELLWING, M. 2007: *op. cit.*, 121-159.



enriquecimiento injusto podría ir en contra del principio europeo de efectividad. La Comisión concluyó, en ese momento, que la existencia de una defensa *passing-on* haría más complicadas las demandas por daños y perjuicios, llegando a poder constituir un obstáculo a las acciones privadas.

No obstante, la solución implementada por la Directiva 2014/104/UE es bastante diferente de este primer enfoque de la Comisión. A la luz de la sentencia del TJUE *Manfredi* donde el principio de compensación y la facilitación de las acciones por daños a todas las personas que han sufrido un perjuicio fueron enfatizadas, el Libro Blanco sugiere que la defensa *passing-on* debería ser reconocida por el derecho europeo<sup>53</sup>.

Dos de los principales argumentos avanzados en favor de la defensa *passing-on*: los demandantes no deberían ser injustamente enriquecidos y los defensores no deberían ser responsables por múltiples daños<sup>54</sup>.

En resumen, si el Libro Verde se basaba en eficiencia y la disuasión, la principal preocupación de la Directiva 2014/104/UE recae en la compensación<sup>55</sup>.

Por otro lado, la cuantificación de la transferencia es también difícil. A pesar de que la teoría económica provee importantes referencias sobre el grado de transferencia o repercusión de los sobrecostes, hay instancias donde las indicaciones de los economistas no van a ser suficientes. Un ejemplo es el caso donde las elecciones de precio individuales por las empresas pueden estar condicionadas por otras condiciones del mercado, ajenas a los costes.

Además, la estimación empírica de los actuales baremos del *passing-on* requeriría el acceso a datos sobre los precios y los costes de las capas relevantes de la cadena de suministro, e implicarían técnicas econométricas<sup>56</sup>. Obtener resultados fiables no será siempre posible debido a los datos insuficientes. El número de casos donde un análisis empírico completo ha sido realizado por economistas y posteriormente revisado en los tribunales es, todavía, limitado. Sin embargo, nuevos enfoques han sido desarrollados y en algún momento la jurisprudencia evolucionará también en ese sentido<sup>57</sup>.

Como había señalado el profesor MARCOS, respecto al cártel del azúcar:

53. Vid. Libro Blanco, 7-8.

54. Vid. Commission Staff Working Document, *op. cit.*, 56-57, 87.

55. Vid. GERADIN, D. y GRELLIER, L. A. 2014: «Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?». *Concurrences*, 4: 7.

56. Vid. VAN DIJK, T. y VERBOVEN, F. 2009: «Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense». *Journal of Industrial Economics*, 2009, 7 (3): 457-491. Sobre los métodos económicos para el cálculo de los daños y del *passing-on*, ver HELLWING, M. 2007: *op. cit.*, 121-159.

57. Vid. SIRAGUSA, M. 2014: «Private Damage Claims-Recent Developments in the Passing-on Defence». En *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*. Berlin Heidelberg: Springer, 229-246.

Al final, se podría pensar si de lege ferenda no habría tenido más sentido limitar la legitimación para las acciones en compensación de daños a aquellos que están mejor situados y que tienen mejores incentivos para demandar daños (o al menos hacerlo, si no hay compradores indirectos). Al final, parece obvio que los pasteleros tienen más información que el resto de los demandantes potenciales y que a través de ellos es posible concentrar una importante proporción del daño (en comparación con la diseminación de los consumidores finales)<sup>58</sup>.

En España, el Tribunal Supremo confirmó que la admisión de la defensa *passing-on* se considera compatible con el principio de enriquecimiento sin causa<sup>59</sup>.

Además, en esta sentencia de noviembre de 2013 en el caso del cártel del azúcar, el Tribunal Supremo identificó dos criterios cumulativos para que un tribunal español admita la defensa *passing-on*. La carga de la prueba es del defensor, quien debe probar que el demandante ha pasado la carga en la cadena de suministros. Además, el defensor debe probar que el demandante no ha sufrido una reducción de su volumen de ventas<sup>60</sup>.

Esta carga de la prueba es mucho mayor que la establecida en los artículos 12 a 16 de la Directiva 2014/104/UE. Por lo tanto, parece necesario un paso más para que la legislación española se alinee con la europea.

### 3.5. La cuantificación del perjuicio: los problemas en el cálculo de la compensación

El cálculo de daños causados por las acciones de daños es una de las cuestiones más complejas que deben abordarse en la elaboración de las demandas de derecho de la competencia. Los jueces civiles y los tribunales son criticados por su falta de conocimiento y experiencia en estas cuestiones, por lo tanto, las partes normalmente aportan opiniones de expertos para justificar los daños que aducen<sup>61</sup>.

58. «In the end, one may wonder if de lege ferenda it would not have made more sense to limit standing for claim compensation to those which are better placed and with best incentives to claim damages (or at least do so, if no indirect purchasers do claim). At the end, it is obvious that the confectioners have an information advantage in comparison to other potential claimants and that through them it was possible to concentrate a meaningful proportion of the harm (in comparison with the dissemination among final consumers)». *Vid.* MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 22.

59. *Vid.* TUDOR, C. 2012: «La admisión de la defensa *passing-on* en el cartel del azúcar». *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11: 277- 291.

60. *Vid.* JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: *op. cit.*, 29; BROKELMANN, H. 2014: *op. cit.*, 338 y MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 19-22.

61. *Vid.* MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 13.

En vista de estas dificultades, como ya comentamos en un apartado anterior, la Comisión ha adoptado una Guía en la que se recogen diferentes métodos de cuantificación del daño. La intención de esta Guía práctica es servir de ayuda tanto a los tribunales nacionales como a las partes implicadas en las acciones por daños, haciendo la información relevante para cuantificar el daño ampliamente accesible. La Guía práctica estudia en detalle una evaluación de los puntos de referencia (incluyendo ambos métodos basados en un análisis comparativo del daño, así como los métodos de análisis basados en las finanzas públicas). Este documento no es vinculante y su intención es la de ayudar a los tribunales, demandantes y defensores con la intención de implementar mejores prácticas.

La jurisprudencia española se encuentra, esta vez, alineada con las provisiones de la Directiva 2014/104/UE.

De hecho, en su sentencia de 7 de noviembre de 2013 en el cártel del azúcar, el Tribunal Supremo estableció que el derecho a una indemnización debe ser garantizado a cualquier víctima de una conducta anticompetitiva<sup>62</sup>.

La sentencia también recoge que dada la dificultad para establecer un escenario contrafactual una mayor libertad para los jueces a la hora de estimar los daños está justificada.

Otro ejemplo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal de Comercio de Madrid de 25 de febrero de 2014, donde se aceptó la hipótesis de un escenario contrafactual para la estimación del daño<sup>63</sup>.

## 4. CONCLUSIÓN

Toda valoración del desarrollo del *private enforcement* del derecho de la competencia en cualquier sistema jurídico puede ser determinada en función de una serie de factores, como son: el reconocimiento de la posibilidad de obtención de daños y perjuicios para las víctimas, el grado de dificultad a la hora de la creación de una acción de grupo, la accesibilidad en la obtención de pruebas y la claridad en la definición de las personas legitimadas para ejercer una acción.

No cabe duda de que la Directiva 2014/104/UE constituye un gran avance en el ámbito del desarrollo de la protección del conjunto del derecho de la competencia en el conjunto de la Unión Europea, ya que, además de buscar lograr la compensación de las víctimas por el daño que han sufrido, puede tener importantes efectos colaterales en el *public enforcement*. De hecho, se ha llegado a sostener por parte de ciertos autores que la promoción de las reglas del *private enforcement* supone una

62. Vid. MARCOS, F. 2014: *op. cit.*, 15-17.

63. Vid. BROKELMANN, H. 2014: *op. cit.*, 337.

externalización por parte de la Comisión de sus tareas de fortalecimiento del derecho de la competencia<sup>64</sup>.

No obstante, para poder mantener el balance entre *public* y *private enforcement*, este efecto disuasorio que tendrían las acciones privadas respecto a las posibles infracciones debe mantenerse y ser comprendido como una mera función secundaria.

Es necesario recordar un elemento del que ya hablamos en la introducción: la protección de la competencia en el mercado pasa por un desarrollo armónico de los ejes de actuación: el *public* y *private enforcement*. Por lo tanto, la implementación de las medidas de la Directiva 2014/104/UE habrá de ser realizada con cautela y respetando este equilibrio.

En primer lugar, los incentivos para las demandas de clemencia deben ser efectivamente mantenidos. Esto podría pasar por una garantía de inmunidad respecto a las acciones en *follow-on* a aquellas empresas a las que una autoridad de la competencia les ha otorgado el beneficio de la inmunidad<sup>65</sup>. Este tipo de medidas podrían a su vez tener un efecto colateral de incentivación de las denuncias (*whistleblowing*) de las prácticas ilícitas por parte de los miembros de un cártel. Además un tipo de medidas semejante no iría en detrimento del derecho de compensación de las víctimas, ya que, como hemos visto, la Directiva 2014/104/UE reconoce la responsabilidad conjunta y solidaria. Por lo tanto, una víctima podría obtener compensación plena de cualquier otro de los infractores<sup>66</sup>.

En segundo lugar, es necesaria una reflexión más profunda sobre las consecuencias económicas para el tejido empresarial de la acumulación de las multas administrativas y el montante de las condenas por la reparación integral de los daños y perjuicios de las víctimas, sobre todo en el caso de aquellas empresas que han emprendido acciones para bien detener, bien remediar las consecuencias de su comportamiento ilícito. Una posible solución pasaría por una aplicación conjunta del *public* y del *private enforcement*. Es decir, podría preverse una reducción de las multas de la autoridad de la competencia correspondientes a aquellas empresas que fueran diligentes en la mitigación de las consecuencias de su comportamiento, especialmente aquellas que proveyeran de una adecuada y voluntaria compensación a las víctimas de sus acciones<sup>67</sup>.

64. Vid. MARCOS, F. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A. 2008: «Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law Through the Back Door?». *European Review of Private Law*, 2008, 16 (3): 486-488.

65. Vid. KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: *op. cit.*, 6.

66. Vid. KOMNINOS, A. 2011: «Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari». [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1870723](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723) [21 de octubre de 2015].

67. Vid. ECA WORKING GROUP ON SANCTIONS. 2008: «Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence». <http://www.cnmcc.eu>.

Por último, el acceso a las acciones privadas a un coste razonable debe ser promovido. No obstante, como ya comentamos en la parte introductoria las acciones de daños son complejas y requieren una intrincada combinación de informes de expertos económicos y legales cuyos honorarios son elevados. Una posible solución podría pasar por el reconocimiento y la incentivación de los denominados modelos por asignación de las acciones privadas conjuntas en derecho de la competencia (*model of bundling antitrust damage claims by assignment*), también conocido como *modelo CDC*. Si bien es cierto que este modelo CDC no ha sido recogido en la Recomendación de la Comisión para el recurso colectivo<sup>68</sup>, el éxito que han tenido las acciones ejercitadas por entidades como el CDC hace pensar en futuros desarrollos en este sentido<sup>69</sup>.

Podemos decir, por tanto, a modo de conclusión que, pese a que la Directiva 2014/104/UE ha tenido una (merecida) excelente acogida, se queda aún lejos de constituir el capítulo final en la protección del derecho de la competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMARO, R. 2014: *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*. Paris: Bruylant.
- ASTHON, D. y HENRY, D. 2013: *Competition Damages Actions in the UE: Law and Practice*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
- BROKELMANN, H. 2014: «Spain». *The Private Competition Enforcement Review*. 2014.
- BÜYÜKSAGIS, E. 2015: «Standing and Passing-on in the New UE Directive on Antitrust Damages Actions». *Swiss Review of Business Law*, 2015, vol. 87, n.º 1.
- DUNNE, N. 2014: «The Role of Private Enforcement within UE Competition Law». *University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper* 2014, n.º 36.
- ECA WORKING GROUP ON SANCTIONS. 2008: «Pecuniary sanctions imposed on undertakings for infringements of antitrust law. Principles for convergence». <http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf> [21 de octubre de 2015].
- EZRACHI, A. 2014: *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing.
- GERADIN, D. y GRELLIER, L. A. 2014: «Cartel damages claims in the European Union: Have we only seen the tip of the iceberg?». *Concurrences*, 4.

---

[es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf](http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Instituciones/08.06%20Principles%20for%20Convergence%20Pecuniary%20Sanctions.pdf) [21 de octubre de 2015].

68. Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE). DOUE L 201/60, de 26 de julio de 2013.

69. *Vid.* SCHREIBER, T. y SMITH, M. 2014: «The case for bundling antitrust damage claims by assignment». *Concurrences*, 2014, 3: 13-26.

- HELLWING, M. 2007: «Private damage claims and the passing on defence in horizontal price-fixing cases: an economist's perspective». En *Private Enforcement of EC Competition Law*. The Netherlands: Kluwer Law International BV.
- ITALIANER, A. 2014: «Striking the balance: Private damages and access to confidential information». *Concurrences*, 2014, 4.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, V. y LUCAS, J. J. 2014: «Follow-On Actions: Is Spain a New El Dorado?». *International Antitrust Bulletin*, 2.
- JÜRIMÄE, K. 2012: «The Interaction between EU Transparency Policy and the Enforcement of EU Competition Law: Who Should Strike the Balance and How Should it be Struck?». En *European Competition Law Annual 2012*. Oxford: Hart Publishing.
- KARPETAS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe : État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 2014, 3.
- KILPATRICK, B. y HARTMANN-RUPPEL, M. 2014: «Private enforcement: which reforms?». @LERT LIDC Newsletter, 2014, 1.
- KOMNINOS, A. 2011: «Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari». [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1870723](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723) [21 de octubre de 2015].
- KOMNINOS, A. 2014: «La réparation des dommages concurrentiels en France et en Europe: État des lieux et changements à venir». *Concurrences*, 3.
- LIPMAN, M. 2012: «German Court Preserves Cover For Cartel Cos. Seeking Leniency». *Law360*.
- MAIER-RIGAUD, F. P. 2014: «Toward a European Directive on Damages Actions». *Journal of Competition Law & Economics*, 10 (2).
- MARCOS, F. 2013: «Competition Law Private Litigation in Spanish Courts (1999-2012)». *G.C.L.R.*, 4.
- MARCOS, F. 2014: «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel». *Working Paper IE Law School*, 2014.
- MARCOS, F. y SÁNCHEZ-GRAELLS, A. 2008: «Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonising Tort Law Through the Back Door?». *European Review of Private Law*, 16 (3).
- OXERA. 2014: «Passing game: the ongoing debate about pass-on in damages actions». <http://www.oxera.com/Latest-Thinking/Agenda/2014/Passing-game-the-ongoing-debate-about-pass-on-in-d.aspx> [21 de octubre de 2015].
- SCHREIBER, T. y SMITH, M. 2014: «The case for bundling antitrust damage claims by assignment». *Concurrences*, 3.
- SIRAGUSA, M. (2014): «Private Damage Claims-Recent Developments in the Passing-on Defence». En *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- SUDEROW, J. y RUBIANO, P. (2014): «Current framework for Private Enforcement of Competition Law in Spain: Do we need the proposed directive?». @LERT LIDC Newsletter, 1.
- TUDOR, C. 2012: «La admisión de la defensa passing-on en el cartel del azúcar». *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11.
- VAN DIJK, T. y VERBOVEN, F. 2009: «Cartel Damages Claims and the Passing-on Defense». *Journal of Industrial Economics*, 7 (3).
- WAELEBROECK, D.; SLATER, D. y EVEN-SHOSHAN, G. 2004: «Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringement of EC Competition Rules». [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative\\_report\\_clean\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/comparative_report_clean_en.pdf) [21 de octubre de 2015].
- WILS, W. P. J. 2009: «The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages». *World Competition*, 32, 1.

**———— CRÓNICA DE LEGISLACIÓN ————**  
(ENERO-JUNIO 2015)

**COORDINADORA:**

**Antonia DURÁN AYAGO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación en este número:**

**María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL*

**María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

**Mercedes IGLESIAS BÁREZ**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL*

**Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público. USAL*

**Cristina POLO SÁNCHEZ**

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

**José Luis SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil. USAL*

**Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

**Estrella TORAL LARA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. USAL*



## ADMINISTRATIVO

---

1. Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental [BOE n.º 83, de 7-IV-2015], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
2. Ley 1/2015, de 24 de marzo, reguladora de la Biblioteca Nacional de España [BOE n.º 72, de 25-III-2015], por Lorenzo MELLADO RUIZ / María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS
3. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la seguridad ciudadana [BOE n.º 77, de 31-III-2015], por Roberto GALÁN VIOQUE
4. Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado [BOE n.º 77, de 31-III-2015], por Roberto GALÁN VIOQUE
5. Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional [BOE n.º 104, de 1-V-2015], por Daniel TERRÓN SANTOS
6. Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos [BOE n.º 122, de 22-V-2015], por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ
7. Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial [BOE n.º 126, de 27-V-2015], por Lorenzo MELLADO RUIZ/María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

## CIVIL

---

8. Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España [BOE n.º 151, de 25-VI-2015], por Ramón GARCÍA GÓMEZ
9. Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario [BOE n.º 151, de 25-VI-2015], por Felisa M.ª CORVO LÓPEZ
10. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria [BOE n.º 158, 3-VII-2015], por José Antonio MARTÍN PÉREZ

## CONSTITUCIONAL

---

11. Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos; la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas [BOE n.º 77, de 31-III-2015], por Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

12. Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes [DOUE L 21, de 28-I-2015], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA

## INTERNACIONAL PRIVADO

---

13. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria [BOE n.º 158, 3-VII-2015], por Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ

## INTERNACIONAL PÚBLICO

---

14. Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003 [BOE n.º 26, de 30-I-2015], por Javier SÁNCHEZ BERNAL

## MERCANTIL

---

15. Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [BOE n.º 39, de 14-II-2015], por José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
16. Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social [BOE n.º 51, de 28-II-2015], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
17. Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial [BOE n.º 101, de 28-IV-2015], por Juan ARPIO SANTACRUZ
18. Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico [BOE n.º 114, de 13-V-2015], por M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO/José Manuel GONZÁLEZ PÉREZ
19. Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta [DOUE L 123, 19-V-2015], por Jerónimo MAILLO
20. Reglamento (UE) 2015/760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos [DOUE L 123, 19-V-2015], por Pilar MARTÍN ARESTI
21. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal [BOE n.º 125, de 26-V-2015], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
22. Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 y se derogan las Directivas 2005/60/CE y 2006/70/CE [DOUE L 141, 5-VI-2015], por Luis Alberto MARCO ALCALÁ
23. Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y por el que se deroga el Reglamento (CE) 1781/2006 [DOUE L, 5-VI-2015], por Luis Alberto MARCO ALCALÁ
24. Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia [DOUE L 141 5-VI-2015], por Manuel A. DOMÍNGUEZ GARCÍA
25. Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión [BOE n.º 146, 19-VI-2015], por Eva M.ª DOMÍNGUEZ PÉREZ

## PROCESAL

---

26. Instrumento de Ratificación del Tercer Protocolo Adicional al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010 [BOE n.º 26, de 30-I-2015], por Alicia ARMENGOT VILAPLANA
27. Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales [BOE n.º 101, de 28-IV-2015], por Alicia GONZÁLEZ MONGE
28. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito [BOE n.º 101, de 28-IV-2015], por Sonia CANO FERNÁNDEZ
29. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: aspectos procesales [BOE n.º 158, 3-VII-2015], por Jesús SEOANE CACHARRÓN

**Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental**  
**[BOE n.º 83, de 7-IV-2015]**

**RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL**

Con fecha de 7 de abril de 2015 se publicó en el *BOE* el Real Decreto 183/2015, de 13 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, aprobado mediante el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre. Debe recordarse que este Reglamento reguló, entre otras, las siguientes cuestiones:

- Los aspectos básicos de la garantía financiera como son: el procedimiento para la determinación de su cuantía, las modalidades de la misma, así como la verificación de los análisis de riesgos medioambientales.
- Los criterios técnicos y procedimientos para que pudiera llevarse a cabo la determinación tanto del daño medioambiental como de las medidas de reparación primarias, complementarias y compensatorias.
- La creación de la Comisión Técnica de Prevención y Reparación de Daños Medioambientales, como órgano de cooperación técnica y de colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas con el objetivo de intercambiarse información y prestar el asesoramiento oportuno en materia de prevención y reparación de daños medioambientales.

Pues bien, la necesidad de la modificación de dicho reglamento de desarrollo parcial responde, en primer término, a la exigencia de cumplimiento del mandato previsto en el artículo 28, letra d) de la Ley 26/2007, que prevé la necesidad de determinar por vía reglamentaria las actividades que fueran a resultar exentas de constituir la garantía financiera obligatoria con el objetivo de racionalizar dicha obligación a aquellas actividades que presentaran una mayor incidencia ambiental. En segundo lugar, resultaba preciso llevar a cabo otras modificaciones en dicho reglamento de desarrollo parcial con el fin de llevarse a cabo tanto una reducción de las cargas administrativas impuestas a los operadores como de simplificarse los procedimientos administrativos previstos en su seno, especialmente el relativo a la determinación de la garantía financiera. Y, por último, el resto de modificaciones realizadas responden a la finalidad de precisar, corregir o eliminar algunos aspectos del reglamento de desarrollo parcial, a la vista de la experiencia acumulada durante los años transcurridos desde que entró en vigor.

En atención a todo ello, las principales modificaciones realizadas por el Real Decreto 183/2015 son las siguientes:

- 1<sup>a</sup>. Se lleva a cabo una reducción del número de operadores obligados a la constitución de la garantía financiera. Así es, la Ley 11/2014, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 26/2007, modificó su artículo 28 a través de la inclusión de un nuevo apartado d) que remite al establecimiento, a través de la vía reglamentaria, de las actividades a las que, debido a que su potencial de ocasionar daños medioambientales y su nivel de accidentalidad sean bajos, se les exima de las obligaciones de constituir garantía financiera y llevar a cabo un análisis de los riesgos medioambientales. Con dicho fin, se ha modificado el artículo 37 del Reglamento de desarrollo parcial para introducir un nuevo apartado a) que recoge las actividades cuyos operadores mantienen la obligación de constituir la garantía financiera obligatoria.
- 2<sup>a</sup>. En este sentido, ¿quiénes están obligados a constituir garantía financiera? Es el artículo 37, apartado a) del Reglamento de desarrollo parcial el que contempla los operadores de las actividades que quedan obligados a constituir la garantía financiera, por estimarse que pueden ocasionar una mayor incidencia ambiental en caso de accidente, siendo los siguientes:
  - Operadores sujetos al ámbito de aplicación de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (IPPC).
  - Operadores sujetos al ámbito de aplicación del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, por el que se aprueban medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (SEVESO).
  - Operadores dedicados a la gestión de residuos de las industrias extractivas, cuando se trate de instalaciones clasificadas como de categoría A, según lo previsto en el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio.
- 3<sup>a</sup>. Ahora bien, ¿qué operadores quedan exentos de constituir garantía financiera? A tenor del artículo 28 de la Ley 26/2007, son los siguientes:
  - Los operadores de aquellas actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad inferior a 300.000 euros.
  - Los operadores de actividades susceptibles de ocasionar daños cuya reparación se evalúe por una cantidad comprendida entre 300.000 y 2.000.000 de euros y acrediten a través de la presentación de certificados expedidos por organismos independientes que están adheridos, con carácter permanente y continuado, bien al sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS), bien al sistema de gestión medioambiental UNE-EN ISO 14001 vigente.

- La utilización de los productos fitosanitarios y biocidas a los que se refieren los apartados 8, letra c) y 9 del anexo III), con fines agropecuarios y forestales.
- Los operadores de las actividades que se establezcan reglamentariamente atendiendo a su escaso potencial de ocasionar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad.

Por su parte, el artículo 37, letra b) del reglamento señala las actividades cuyos operadores quedan exentos, provisionalmente, de constituir la garantía financiera obligatoria, así como de llevar a cabo el análisis de riesgos medioambientales dado su escaso potencial de ocasionar daños medioambientales y bajo nivel de accidentalidad. Estos operadores que quedan exentos son los del resto de actividades del anexo III de la Ley 26/2007, siempre que no estén incluidos en ninguno de los supuestos del apartado 2, letra a) del artículo 37 del reglamento.

Por otro lado, se prevé la realización de un estudio en el seno de la Comisión técnica de prevención y reparación de daños medioambientales que actualizará la evaluación del potencial de generar daños medioambientales y el nivel de accidentalidad de las actividades del anexo III de la Ley 26/2007. Atendiendo a dicho estudio, se podrá ampliar la relación de actividades que quedan obligadas a la constitución de la garantía financiera.

- 4<sup>a</sup>. Por último, dentro de las novedades principales se destaca la simplificación del procedimiento de determinación de la cuantía de la garantía financiera. El artículo 24, apartado 3 de la Ley 26/2007 establece que la fijación de la cuantía de la garantía financiera partirá del análisis de riesgos medioambientales de la actividad que se realizará de acuerdo a la metodología que reglamentariamente se establezca por el Gobierno. Pues bien, en los artículos 33 y 34 del reglamento de desarrollo parcial se contempla, respectivamente, tanto el procedimiento para la determinación de la cuantía de la garantía financiera como la metodología que debe seguirse en la elaboración de los análisis de riesgos medioambientales.

Ahora se ha modificado la redacción del artículo 33 del reglamento para introducir un nuevo método que simplifica al operador el proceso de determinación de la cuantía de la garantía financiera. Este nuevo método tiene como principal novedad la introducción de un Índice de Daño Medioambiental (IDM) que debe estimar el operador para cada escenario accidental identificado, siguiendo los pasos que se establecen para ello en el nuevo anexo III del reglamento. Con este nuevo procedimiento para el establecimiento de la cuantía de la garantía financiera, sólo será necesario cuantificar y monetizar el daño medioambiental generado para un único escenario de referencia seleccionado, en lugar de para todos los escenarios identificados, como se

preveía en la anterior redacción, lo que supone una relevante simplificación y ahorro de recursos.

Igualmente, avanzando en esta simplificación, se ha eliminado la verificación de los análisis de riesgos medioambientales, que se sustituye ahora por una declaración responsable que deberán presentar los operadores que queden obligados a constituir garantía financiera y a llevar cabo análisis de riesgos medioambientales.

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

Ley 1/2015, de 24 de marzo, reguladora  
de la Biblioteca Nacional de España

[BOE n.º 72, de 25-III-2015]

**BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA**

La Ley que comentamos no es una Ley especialmente innovadora o trascendental, en el panorama jurídico-público de regulación de los últimos tiempos, ni siquiera una norma especialmente novedosa o exhaustiva en la ordenación de la organización, fines y actividades de la Biblioteca Nacional de España (BNE), pero sí un hito importante en la actualización y sistematización del régimen jurídico de esta más que centenaria institución. Su objetivo esencial es unificar su régimen jurídico básico, desde la articulación de los fines y funciones basilares de la misma, pasando por la reestructuración de sus órganos de gobierno o consulta, hasta la plasmación de las reglas esenciales aplicables en materia de personal, patrimonio, contratación y régimen económico-presupuestario. No hay, sin embargo, un desarrollo exhaustivo de estas materias (en algunos casos, sólo una remisión a la legislación genérica aplicable), pero sí, al menos, una sistematización de los distintos ámbitos de organización y funcionamiento de una entidad que, como se resalta profusamente en el propio Preámbulo de la Ley, guarda la propia y plural *memoria del Estado español*, conservando el saber y difundiendo el conocimiento. La BNE sigue siendo, así, el centro de referencia de conservación de la memoria cultural bibliográfica española.

Además, persigue la Ley la adaptación de la BNE al actualmente inevitable cambio tecnológico y de innovación –organizativa y de actuación– en materia de creación, edición, difusión y acceso a las distintas manifestaciones de la cultura escrita. Hoy, como se sabe, las formas de almacenamiento, conservación y transmisión del saber no tienen nada que ver en relación a lo conocido en 1711, cuando Felipe V creaba la Real Biblioteca Pública, antecedente remoto de la BNE. Hoy prevalece el contenido, no el soporte, imponiéndose, pues, un nuevo modelo de «biblioteca», caracterizado por la pluralidad y versatilidad de los medios de soporte, por la globalización de la creación y difusión de los fondos editoriales y por la «hiperactividad creativa». La reforma orgánica y operativa que anticipa la Ley persigue, por ello, instaurar mecanismos más flexibles y funcionales de conservación, preservación y acrecentamiento y transmisión intergeneracional del conocimiento en nuestro país, sin merma de los fines seculares de la BNE de reunión, conservación y difusión del patrimonio bibliográfico y documental español (los fines esenciales de la Ley se plasman ahora en el artículo 3). La adaptación a las tecnologías de la información y del conocimiento impone nuevos planteamientos de servicio público, en relación a los usuarios, y no sólo a nivel de trabajo interno, con mayor y más sencilla accesibilidad a los fondos depositados (en cualquier momento y desde cualquier lugar) y mayores niveles de eficiencia, control y evaluación y transparencia en la gestión documental (se prevé expresamente, por ejemplo, aún con cierta ambigüedad en cuanto a su alcance y operatividad, que el presidente de la BNE, que



será el propio titular del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, ejerza el «control de eficacia» de la gestión del Organismo). Así, por ejemplo, cabe destacar que la BNE actuará como centro depositario y de conservación no sólo de la producción cultural española, sino de cualquier tipo de producto o representación cultural, cualquiera que sea su soporte, incluidos los documentos electrónicos y sitios web, ejerciendo la alta inspección y el seguimiento en el cumplimiento de los fines asignados, debiendo igualmente desarrollar una política activa de digitalización de sus colecciones para garantizar precisamente su preservación (art. 3.1.a y 2.b).

Por lo demás, la Ley también insiste en el fomento de la BNE como centro de referencia y apoyo en materia de investigación científica y técnica, a nivel interno e internacional, favoreciendo la creación y difusión del conocimiento sobre la cultura y la ciencia españolas y fomentando la reutilización de la información generada como un auténtico valor estratégico de desarrollo. Conviene recordar que según la Ley 23/2011, de 29 de julio, de Depósito Legal, los editores de producción cultural, en cualquier tipo de soporte, deben depositar un determinado número de ejemplares en la BNE.

Tras la justificación de la necesidad de la reforma y la glosa de la evolución histórica y administrativa de la institución, la Ley comienza ocupándose de la propia naturaleza jurídica de la BNE, que no sufre cambios en relación al régimen legal anterior, pormenorizando también los fines y funciones esenciales de la misma: es un organismo autónomo de los previstos en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte e integrante del Sistema Español de Bibliotecas previsto en la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas. La instrumentalidad funcional y teleológica de su naturaleza se justifica en su carácter de centro depositario del patrimonio bibliográfico y documental español, producido en cualquier tipo de soporte o medio. No obstante, sí se introducen determinadas peculiaridades relativas a su organización y sus recursos económicos, tanto para garantizar la estabilidad de la BNE en el cumplimiento de sus fines institucionales como para favorecer una gestión más eficiente de sus recursos y patrimonio, comenzando por el reconocimiento de la garantía de su personalidad jurídico-pública diferenciada y la titularidad de patrimonio y tesorería propios, con autonomía de gestión en sus funciones.

Desde la óptica organizativa, se diferencia entre los órganos rectores (Presidencia, Real Patronato y Dirección) y los órganos consultivos (Consejo de Dirección y Comité Científico). Al frente de la BNE existirá una persona encargada de la Dirección con categoría de Director General, que será nombrada –con respeto a los principios de mérito, capacidad e idoneidad, pero sin procedimiento concreto– y separada por Real Decreto acordado en Consejo de Ministros (art. 9).

Funcionalmente, y en sucesivos capítulos, se reflejan las previsiones generales en materia de personal (recordando simplemente la lógica consideración de empleados públicos, con sujeción a la Ley 7/2007, de 12 de octubre, del Estatuto Básico del Empleado Público, del personal al servicio de la BNE y su sometimiento consecuente

al régimen general de incompatibilidades), régimen patrimonial y régimen de contratación, presupuestario y económico-financiero. En estos últimos aspectos entra la Ley con más detalle, listando exhaustivamente por ejemplo el conjunto de recursos económicos y sus fuentes que puede tener la BNE (art. 14), con una especial mención a la necesidad de realizar una labor activa de captación de recursos propios, especialmente los derivados de las aportaciones a título gratuito de entidades privadas y de particulares y de los ingresos derivados como consecuencia del patrocinio de instalaciones y actividades, o el régimen específico de los ingresos por actividades propias de la institución y la cesión de espacios de la misma (art. 15). Conviene resaltar, en este punto, la previsión del artículo 16 de la Ley, que permite a la BNE, aunque cuando sea «imprescindible», término obviamente difuso y versátil, y siempre para la consecución de los fines asignados, la participación en sociedades, fundaciones u otras entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea acorde con los fines de la misma, en los términos establecidos en la legislación vigente y en el Estatuto de actuación correspondiente.

De las Disposiciones Finales destaca, fundamentalmente, en la conocida línea de contención del Gobierno de esta legislatura, la garantía de no incremento de gasto con las reformas previstas en la Ley, previéndose que la puesta en marcha de las medidas (sobre todo organizativas) previstas no supondrá incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal para el erario público (D. F. 4.<sup>a</sup>).

Como se decía al principio, y para terminar, la nueva Ley 1/2015, de 24 de marzo, no es una Ley especialmente novedosa ni reformadora, ni siquiera una Ley exhaustiva en el desarrollo del conjunto de previsiones relativas a la organización y funcionamiento de la BNE (que habrá que recoger en el nuevo Estatuto de la misma previsto en la D. F. 3.<sup>a</sup>), pero sí, al menos, clarificadora y sistematizadora del régimen jurídico básico de la institución, con algunas novedades y aclaraciones para la garantía de la mejor adaptación de la BNE a las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y a los nuevos principios de eficiencia y control (de gestión y económico-financiero) en su actuación, pero sin perder de vista –detallándolas y ampliándolas en su caso– las funciones y tareas tradicionales –y enraizadas en la propia esencia histórica del Organismo– de una institución siempre abierta a los ciudadanos –aparte de su evidente y secular carácter de centro de referencia en materia de investigación– y custodia de la memoria cultural española –reflejada en su patrimonio bibliográfico y documental, escrito o digital– desde hace más de 300 años.

Lorenzo MELLADO RUIZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Almería*  
[lmellado@ual.es](mailto:lmellado@ual.es)

María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Almería*  
[mlroca@ual.es](mailto:mlroca@ual.es)

## Ley Orgánica 4/2015, de 30 marzo, de Protección de la seguridad ciudadana

[BOE n.º 77, 31-III-2015]

### SEGURIDAD CIUDADANA

Probablemente la nueva Ley Orgánica de Protección de la seguridad ciudadana sea una de las leyes que más polémica han suscitado de las que han sido aprobadas en esta legislatura. En el ámbito sancionador de esta norma, que constituye la parte principal de su regulación, se han introducido nuevas infracciones administrativas con las que se quería hacer frente a conductas que habían surgido en los últimos tiempos como los llamados *escraches*, invasión de instalaciones aeroportuarias o los interminables intentos de entrada ilegal en Ceuta y Melilla. Con esta Ley se realiza una revisión y modernización de la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana que deroga y cuya aprobación también estuvo rodeada de mucha tensión y dio lugar a una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 341/1993 de 18 noviembre, que anuló la llamada medida de la «patada en la puerta» y provocó la dimisión del entonces Ministro del Interior. En este contexto no extraña que un número importante de sus preceptos haya sido impugnado por medio de sendos recursos de inconstitucionalidad promovidos por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUiA, CHA, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Grupo Mixto del Congreso de los Diputados y por el Parlamento de Cataluña, respectivamente.

Según se declara en la exposición de motivos la Ley parte del carácter esencial que la seguridad ciudadana tiene para que los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional que integra los conceptos sinónimos de seguridad ciudadana, que aparece en el artículo 104.1 del texto constitucional, y el de seguridad pública, que figura en su artículo 149.1.29.<sup>a</sup>, esta actividad debe entenderse como aquella que va dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana. Esta Ley se dicta al amparo precisamente del título competencial sobre seguridad pública y tiene parcialmente rango de ley orgánica. De acuerdo con lo que dispone su artículo 2 la Ley se aplica en todo el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias autonómicas en materia de seguridad pública. Aunque no se aplica a la acción administrativa ordinaria en la que puedan intervenir las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ni tampoco desplaza la normativa especial relativa a la seguridad aérea, marítima, ferroviaria, vial o en los transportes ni por supuesto puede afectar a normas sobre defensa nacional y la regulación de los estados de alarma, excepción y sitio.

La nueva Ley Orgánica de Protección de la seguridad ciudadana comienza consagrando un extenso listado de fines (la protección del libre ejercicio de los derechos

fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico; la garantía del normal funcionamiento de las instituciones; la preservación no sólo de la seguridad, sino también de la tranquilidad y la pacífica convivencia ciudadanas; el respeto a las Leyes en el ejercicio de los derechos y libertades; la protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección; la pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales destinados al uso y disfrute público; la garantía de la normal prestación de los servicios básicos para la comunidad; y la transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana) y de principios rectores de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de la seguridad ciudadana (la cooperación interadministrativa y el deber de colaboración de las autoridades y los empleados públicos, los distintos cuerpos policiales, los ciudadanos y las empresas y el personal de seguridad privada, de acuerdo con una perspectiva integral de la seguridad pública). En esta disposición se regula con detalle la documentación e identificación de los ciudadanos españoles (documento nacional de identidad y el pasaporte) y de los extranjeros estableciendo su valor probatorio y los deberes que pesan sobre sus titulares.

En la Ley Orgánica de Protección de la seguridad ciudadana se recogen las distintas actuaciones que las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado pueden realizar para el mantenimiento y, en su caso, el restablecimiento de la tranquilidad ciudadana en supuestos de inseguridad pública como la potestad de dictar órdenes e instrucciones, para la entrada y registro en domicilios, de requerir la identificación de personas, de efectuar comprobaciones y registros en lugares públicos, de establecer restricciones del tránsito y controles en la vía pública, así como la facultad de adoptar otras medidas extraordinarias en situaciones de emergencia imprescindible para garantizar la seguridad ciudadana (desalojo de locales o establecimientos, prohibición de paso, evacuación de inmuebles, etc.) y para proteger la celebración de reuniones y manifestaciones o restablecer la normalidad de su desarrollo. Es una novedad de esta Ley la regulación de los registros corporales externos que sólo podrán realizarse cuando existan motivos para suponer que pueden conducir al hallazgo de instrumentos, efectos u otros objetos relevantes para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Estos registros deberán hacerse con el menor perjuicio posible a la dignidad de la persona por un agente del mismo sexo que la persona sobre la que se practique y, cuando lo exija el respeto a la intimidad, en un lugar reservado y fuera de la vista de terceros. También se ha incorporado a la Ley una exhaustiva regulación del control administrativo sobre las armas, explosivos, cartuchería y artículos pirotécnicos.

Pero, como ya se ha dicho, la parte más importante de su regulación y también la que ha suscitado una mayor polémica ha sido la renovación con un notable incremento de las sanciones del régimen sancionador en materia de seguridad ciudadana.

La importancia de esta nueva regulación se ha acrecentado desde luego con la simultánea aprobación de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código penal que, como es sabido, ha eliminado las faltas del ámbito penal, lo que ha llevado a incluir en esta Ley nuevas infracciones que antes tenían esta calificación jurídica. Como novedad se han introducido nuevas infracciones como la realización de reuniones o manifestaciones prohibidas en lugares que tengan la condición de infraestructuras e instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad cuando se ocasione un riesgo para las personas; la proyección de haces de luz sobre los conductores o pilotos de medios de transporte con riesgo de provocar un accidente, o la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas a pesar de la prohibición o suspensión acordada por la autoridad por razones de seguridad y los llamados *escraches*.

Esta norma prevé que el infractor, aparte de la sanción, tiene que reponer los bienes dañados a su situación originaria o, cuando ello no fuera posible, indemnizar los daños y perjuicios causados. En cuanto al procedimiento sancionador se remite a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y a su normativa de desarrollo sin perjuicio de que ha introducido algunas especialidades como la regulación de un procedimiento abreviado o la creación de un Registro Central de Infracciones contra la Seguridad Ciudadana para poder controlar administrativamente los supuestos de reincidencia. Remisión que en todo caso va ser efímera por cuanto estas normas han sido derogadas por la recientísima Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que no obstante tiene una larga *vacatio legis* de un año.

Roberto GALÁN VIOQUE  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
Universidad de Sevilla  
[rgvioque@us.es](mailto:rgvioque@us.es)

**Ley 3/2015, de 30 marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo  
de la Administración General del Estado**  
**[BOE n.º 77, 31-III-2015]**

**EJERCICIO DE ALTO CARGO EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

Esta disposición se enmarca dentro del conjunto de leyes que se han aprobado en esta legislatura, como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, con el objeto de mejorar la calidad del funcionamiento de nuestro sistema democrático. En esta Ley se refunde toda la regulación relativa al nombramiento de los altos cargos de la Administración General del Estado, el ejercicio de sus funciones, su régimen retributivo, de protección social, el uso de recursos humanos y materiales y el sistema de incompatibilidades, derogando entre otras disposiciones la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y su reglamento de desarrollo (Real Decreto 432/2009, de 27 de marzo).

Con esta norma se refuerza el papel de la Oficina de Conflictos de Intereses, que es un ente adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que actúa con plena autonomía funcional, elevando su rango administrativo y potenciando su colaboración con otros organismos estatales como la Agencia Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, el Registro Mercantil o el Registro de Fundaciones. Esta oficina tiene la obligación de elevar semestralmente al Congreso de los Diputados una información personalizada del cumplimiento por parte de los altos cargos de su deber de declarar y de las sanciones que hayan podido imponerse. Para garantizar una mayor transparencia se obliga a dar publicidad también semestral al número de altos cargos que están obligados a formular estas declaraciones de intereses, el número de declaraciones recibidas, las comunicaciones recibidas por el cese y el número de altos cargos incumplidores.

De acuerdo con esta Ley tienen la consideración de altos cargos los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado, los Subsecretarios y asimilados; los Secretarios Generales; los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas y en Ceuta y Melilla, hasta los Directores Generales de la Administración General del Estado y asimilados. También son altos cargo los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables nombrados por el Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales; los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias, y el

Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social. Se añaden a este listado el Presidente, el Vicepresidente y el resto de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno; el Presidente de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal; el Presidente, Vicepresidente y los Vocales del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el Presidente, los Consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el Presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador o de supervisión y sus Directores, Directores ejecutivos, Secretarios Generales o equivalentes. También serán altos cargos los titulares de cualquier otro puesto de trabajo en el sector público estatal, cualquiera que sea su denominación, nombrados por el Consejo de Ministros que no tengan la consideración de Subdirectores Generales y asimilados. Quedan fuera de esta consideración los nombramientos efectuados por el Consejo de Ministros para el ejercicio temporal de función pública que no tuviesen anteriormente esta condición.

Como novedad importante se introduce la exigencia de que los candidatos tengan idoneidad para el nombramiento que se le propone basándose en criterios de mérito y capacidad y también honorabilidad de acuerdo con los criterios que se establecen en la propia Ley. El candidato a alto cargo tiene la obligación de presentar una declaración responsable ante la Oficina de Conflictos de Intereses que podrá exigirle la presentación de la correspondiente documentación acreditativa. Si se trata del nombramiento del Presidente del Consejo de Estado, los máximos responsables de los organismos reguladores o de supervisión, el Presidente del Consejo Económico y Social y de la Agencia EFE y el Director de la Agencia Española de Protección de Datos el candidato propuesto con carácter previo deberá comparecer ante el Congreso de los Diputados para que la Comisión parlamentaria correspondiente emita un dictamen sobre su idoneidad o la existencia de conflicto de intereses. La comparecencia de los miembros de la Corporación de Radiotelevisión Española se producirá de acuerdo con su legislación específica.

Los altos cargos están sujetos a un férreo régimen de conflictos de intereses y de incompatibilidades y se ha introducido como novedad un sistema de alerta temprana para la detección de posibles conflictos. La dedicación del alto cargo es por regla general exclusiva aunque se admiten determinadas excepciones con ciertas actividades de carácter público o privado. Se establece la incompatibilidad entre la percepción de retribuciones como miembro del Gobierno o Secretario de Estado y miembro de las Cortes Generales y se refuerzan las limitaciones en participaciones societarias.

La Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado regula también el régimen de las compensaciones por el cese del alto cargo estableciendo su incompatibilidad con otras percepciones y refuerza las limitaciones al ejercicio de actividades económicas privadas tras el cese estableciendo un régimen general y otro más intenso que afecta a los altos cargos de organismos y órganos

supervisores o reguladores que no podrán prestar servicios para ninguna entidad que hubiera sido supervisada. También se introduce un novedoso examen de la situación patrimonial que tenga el alto cargo tras su cese. Termina la Ley como es habitual con un estricto régimen sancionador.

Roberto GALÁN VIOQUE  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Sevilla*  
[rgvioque@us.es](mailto:rgvioque@us.es)



**Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional**  
**[BOE n.º 104, de 1-V-2015]**

**DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES DE FÚTBOL PROFESIONAL**

El objeto de este Real Decreto-Ley, también conocido como la Ley del Fútbol por Televisión, no es otro que establecer las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S. M. el Rey y a la Supercopa de España, así como los criterios para la distribución de los ingresos obtenidos entre los organizadores y participantes en las mismas, aproximando la regulación española a la existente en otros países con competiciones deportivas similares.

El funcionamiento inestable y fragmentado del modelo de venta de derechos audiovisuales de forma individual, en lugar del sistema de venta conjunta que es el modelo por el que opta la mayoría de países europeos con competiciones relevantes, ha derivado en una debilidad estructural del sistema. Su mayor inconveniente, que precisamente es a lo que trata de poner remedio la presente norma, hace referencia a una recaudación por la venta de derechos inferior a la que correspondería, a lo que se suma un importante desequilibrio de ingresos entre los equipos que más y menos reciben.

Con el nuevo sistema de comercialización de los derechos, también se pretende un desarrollo de nuevos canales de difusión, principalmente de televisión de pago, que con el sistema anterior ineficiente habían visto limitada su presencia.

Para lograr estos objetivos, el nuevo texto legal aboga por mantener la titularidad de los derechos audiovisuales (retransmisión en directo y/o diferido, en su integridad o en versiones resumidas y/o fragmentadas) en manos de los clubes o entidades participantes, pero establece la obligación de ceder las facultades de la comercialización conjunta a las entidades organizadoras de las distintas competiciones en las que éstos participen, reservándose los clubes los derechos que no estén expresamente regulados en esta norma, o las retransmisiones en diferido de los encuentros o resúmenes de éstos por sus propias cadenas de televisión.

Así lo anterior, la Liga Nacional de Fútbol Profesional (Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División) y la Real Federación Española de Fútbol (Copa de S. M. el Rey y Supercopa de España) vendrán obligadas a comercializar los derechos cedidos mediante sistemas de adjudicación y explotación que respeten los principios de igualdad y de libertad de empresa y dentro del marco general de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20 de la [Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual \(BOE n.º 79 de 1-IV-2010\)](#), en relación con los acontecimientos de

interés general que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal, entre los que se incluye la final de la Copa del Rey de Fútbol y un partido de la jornada de la Liga de Fútbol Profesional, así como la emisión de resúmenes de estas competiciones en los espacios informativos.

A estos efectos, el Real Decreto-Ley establece determinados criterios en relación con el procedimiento para la comercialización y adjudicación de los derechos y reconoce a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un papel protagonista determinante en la supervisión de los citados procedimientos de contratación conjunta de los derechos audiovisuales conforme a lo dispuesto en la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia \(BOE n.º 134 de 5-VII-2013\)](#).

Cumplido el propósito de incrementar los ingresos mejorando la distribución de los derechos y garantizando el acceso de los ciudadanos a los contenidos en las mejores condiciones posibles, la siguiente cuestión que se aborda es el establecimiento del sistema de reparto de los ingresos obtenidos por la comercialización conjunta. El nuevo texto legal incluye criterios correctores a fin de limitar las tradicionales diferencias económicas existentes entre las entidades participantes en estas competiciones deportivas. Estos nuevos criterios distribuyen los ingresos obtenidos entre la Primera y Segunda División del Fútbol en base a los resultados deportivos obtenidos y la implantación social de cada entidad participante, la recaudación en abonos y taquilla media y la aportación relativa en la generación de recursos por la comercialización de las retransmisiones televisivas. Con ello se pretende lograr no tanto que las grandes entidades vean mermados sus ingresos como que las pequeñas vean acrecentados los suyos.

En tercer lugar, toda vez distribuidos los ingresos obtenidos de la comercialización, cada entidad participante debe asumir las contribuciones obligatorias que se establecen para el Fondo de Compensación de las entidades deportivas que, disputando la competición del fútbol profesional, desciendan de categoría; para las políticas de promoción de la competición profesional y del fútbol aficionado que desarrollan respectivamente la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol; y para las políticas del Consejo Superior de Deportes en apoyo de la Primera División del Fútbol Femenino, la Segunda División B del Campeonato Nacional masculino y las asociaciones de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos. Sin olvidar el problema de las ya tradicionales deudas de los equipos de fútbol con la AEAT o la Seguridad Social, de modo que una mejor gestión y reparto de los ingresos provocará un efecto dominó de tal modo que las entidades deportivas puedan afrontar con mejores garantías los pagos a estas entidades públicas.

Daniel TERRÓN SANTOS

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

[Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos](#)  
[BOE n.º 122, 22-V-2015]

**REFORMA DE LA LEY DE HIDROCARBUROS, GAS NO CONVENCIONAL Y FRACTURACIÓN HIDRÁULICA**

La tasa de autoabastecimiento de hidrocarburos en España es reducida (hasta junio de 2015, la tasa de petróleo es del 0,53% y la de gas del 0,19% y en 2014, la de petróleo fue del 0,6% y la del gas natural del 0,1%, y disminuyó en relación con la del año 2013), tanto por las pocas prospecciones geológicas que se realizan como por la escasa investigación del subsuelo. Las empresas del sector han mostrado hasta ahora interés en las zonas geográficas mundiales de mayor potencial en los recursos, pero el progresivo uso de los mismos (a pesar de las nuevas fuentes de energía y de las medidas de ahorro y eficiencia energética) hace que aumente el interés por los posibles recursos de otras zonas poco investigadas, como puede ser en España. No obstante, la oposición frontal en el caso del gas no convencional de algunas Comunidades Autónomas [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica». *Diario La Ley (Grupo Wolters Kluwer)*, 19 de junio de 2014, n.º 8336: 8-16; «Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de la fractura hidráulica». *Fórum de Direito Urbano e Ambiental-FDUA* (Belo Horizonte, Brasil), jul.-ago., 2014, n.º 76: 19-33; «Regulación de la producción de electricidad mediante gas no convencional obtenido por fracturación hidráulica». Comunicación presentada en el XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo [Universidad de Salamanca, Salamanca, 7 y 8 de noviembre de 2014], 11 pp., y especialmente en «El régimen jurídico europeo y español de la extracción de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2014, n.º 167: 45-78, y «[Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España](#)». *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, n.º 99-100, Número especial «Demetrio Loperena Rota *In memoriam*», vol. II: 1331-1351], y de algún municipio, aunque esta oposición ha sido atajada por impecables pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. «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*, 21 de julio de 2014, n.º 8358: 9-13, y «Reafirmación competencial del Estado para regular la obtención de hidrocarburos no convencionales mediante la técnica de fracturación hidráulica y su régimen futuro». *Diario La Ley*, de 16 de marzo de 2015, n.º 8501: 8-12], o en el caso de las prospecciones de petróleo convencional en las Islas Canarias [[BETANCOR](#)

[RODRÍGUEZ, A. 2014: «Impacto y accidente. El caso de las prospecciones petrolíferas de Canarias». \*Revista Vasca de Administración Pública\*. 2014, n.º 99-100. Número especial «Demetrio Loperena Rota \*In memoriam\*», vol. I: 599-624](#)], indudablemente dificulta el desarrollo de los proyectos de investigación y prospección; los cuales, por cierto, son imprescindibles para evaluar si pueden comenzar los trabajos de obtención y explotación en las zonas con posibles yacimientos, y debe tenerse en cuenta que ambas fases tienen largos períodos de tiempo para su materialización, lo que, dada la complicada situación energética española (dependiente de manera importante del exterior en cuanto al abastecimiento de petróleo y de gas), ha de resaltarse.

En este contexto energético, y teniendo en cuenta naturalmente la posible existencia en España de yacimientos de hidrocarburos no convencionales, especialmente de gas, debe enmarcarse la aprobación por el Consejo de Ministros del 12 de diciembre de 2014, y su envío al Congreso de los Diputados, del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley del Sector de Hidrocarburos ([BOCG-CD, Serie A, n.º 126-1, de 16 de enero de 2015](#)), y que después de su tramitación parlamentaria se ha convertido en la Ley 8/2015, de 21 de mayo, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y por la que se regulan determinadas medidas tributarias y no tributarias en relación con la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos (*BOE* del 22), que entre otras medidas trata de introducir algunas en relación a esa situación [FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. 2015: «Aspectos ambientales de la exploración y explotación de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica». *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, mayo-agosto, 2015, n.º 31. Homenaje al Prof. Ramón Martín Mateo, vol. II].

Teniendo en cuenta que, como es sabido, los yacimientos de hidrocarburos en España tienen la consideración de bienes de dominio público cuyo aprovechamiento puede asignarse a personas físicas o jurídicas privadas conforme a un título administrativo concesional; que la investigación y la explotación de dichos yacimientos es una actividad sujeta a un elevado nivel de riesgo comercial dada la incertidumbre asociada a la búsqueda de yacimientos comercialmente explotables, pero también pueden generar unas rentabilidades por encima de la media de otros sectores industriales, y finalmente que el sistema fiscal español es un instrumento importante para hacer más competitiva una actividad, y más aceptada por las correspondientes comunidades locales, pero también puede no ser capaz de introducir incentivos para lograr dicha aceptación, debido, entre otras razones, a la única percepción de riesgos ambientales, a pesar de que el porcentaje financiero que retiene mediante impuestos es notablemente inferior al de otros Estados (en los que oscila entre el 60-70%), la nueva Ley, según su Preámbulo (Apdo. IV), introduce una serie de disposiciones tributarias y no tributarias para armonizar el riesgo y la rentabilidad de esos proyectos con el interés general de las actividades de investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos, de modo que las rentas económicas derivadas del descubrimiento de nuevos

yacimientos de hidrocarburos reviertan también en el conjunto de la sociedad, considerándose necesario y equitativo para el resto de la sociedad, como medida más destacable, el establecimiento del Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados como instrumento para que parte de la riqueza derivada del aprovechamiento de los bienes de dominio público revierta a la sociedad (y a los propietarios de los terrenos afectados), de acuerdo con la Constitución y la ley.

Las medidas previstas tienen como objetivo adaptar la carga impositiva de las actividades de exploración, producción y explotación de hidrocarburos a la realidad de las rentas que se obtienen, logrando así un reparto más equitativo de la riqueza nacional; mejorar la percepción social de estas actividades por parte de Comunidades y Municipios, al ser los receptores de la mayor parte de las rentas que se generen, como compensación por la implantación de tales actividades en su territorio, y de la sociedad, especialmente de los ciudadanos más afectados por ellas, al acceder a una parte de rentas, y reforzar la seguridad de suministro energético y crear empleo, dado que los efectos incentivadores señalados puedan reducir la conflictividad social y permitan un desarrollo más ágil de estas actividades.

La nueva Ley (Título II, arts. 7 a 22; preceptos que, salvo el Capítulo III, sobre el canon de superficie, entrarán en vigor el 1 de enero de 2016) efectivamente, entre las medidas relativas a la exploración, investigación y producción de hidrocarburos, prevé en primer lugar que los Presupuestos Generales del Estado, de acuerdo con las disponibilidades financieras existentes, establecerán dotaciones destinadas a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales en cuyos territorios se desarrollen actividades de exploración, investigación y explotación de yacimientos de hidrocarburos que constituyan el hecho imponible del nuevo Impuesto y las correspondientes tarifas del canon de superficie regulado.

A continuación, se obliga a los concesionarios a instalar dispositivos de medición de la extracción de hidrocarburos (cuya regulación técnica se remite a una Orden Ministerial), y previendo que la Administración Pública pueda exigir el acceso en tiempo real a las lecturas de dichos dispositivos que permitirán la telemedida.

En tercer lugar, la Ley procede a crear el nuevo Impuesto sobre el Valor de la Extracción de Gas, Petróleo y Condensados, que es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava el valor de los productos de dominio público gas, petróleo y condensados extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto, una vez realizado el primer tratamiento de depuración y separación de los mismos, cuyo ámbito objetivo son los hidrocarburos líquidos y gaseosos regulados en la Ley del Sector de Hidrocarburos, que es aplicable en todo el territorio español (entendiéndose, a estos efectos, incluido el subsuelo del mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental y de los demás fondos marinos que estén bajo la soberanía nacional), y que constituye el hecho imponible la extracción en el territorio español de gas, petróleo y condensados, en las concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos reguladas

en la Ley del Sector de Hidrocarburos; teniendo la consideración de contribuyentes del impuesto las personas jurídicas y entidades que realicen las actividades señaladas.

En cuarto lugar, se crea el Canon de superficie, que es una tasa que grava los derechos de utilización privativa o de aprovechamiento especial del dominio público estatal de hidrocarburos con ocasión del otorgamiento de determinadas autorizaciones de exploración, de los permisos de investigación y de las concesiones de explotación regulados en la Ley del Sector de Hidrocarburos, así como la ocupación de terrenos, subsuelo o fondos marinos, para la perforación de sondeos y la adquisición de datos sísmicos; estando obligados al pago de la misma como contribuyentes los titulares de autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación.

Finalmente, la nueva Ley prevé que los titulares de concesiones de explotación de yacimientos de hidrocarburos (que se otorguen después de la entrada en vigor de la nueva Ley), salvo los de almacenamientos subterráneos, estarán obligados al pago de una cantidad anual a los propietarios de los terrenos suprayacentes comprendidos dentro del perímetro de referencia de acuerdo con la Ley del Sector de Hidrocarburos y demás normativa de aplicación; obligación que se establecerá en el Real Decreto de otorgamiento de la concesión de explotación correspondiente. En el procedimiento de otorgamiento de la concesión de explotación han de determinarse los propietarios de los terrenos suprayacentes beneficiarios de este pago, por lo que la Administración General del Estado se dirigirá al Órgano competente en materia de gestión catastral para que le suministre los datos correspondientes a dichos propietarios, que tendrán la consideración de interesados en el referido procedimiento. Una vez otorgada la concesión, los titulares de la misma se dirigirán a los propietarios requiriéndoles los datos para la efectividad del pago.

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

**Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia  
del Patrimonio Cultural Inmaterial**  
**[BOE n.º 126, de 27-V-2015]**

**PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL**

El concepto clásico de «bienes culturales» ha sufrido, en los últimos tiempos, un notorio proceso de ampliación y «desmaterialización». La cultura se asocia hoy no sólo con manifestaciones y expresiones fácticas, tangibles, sino, cada vez más, con la propia conciencia social de su mismo «valor» inherente. Y también el Derecho ha ido ampliando su atención desde los denominados «bienes-cosa» a los «bienes-actividad», es decir, al patrimonio cultural inmaterial de la sociedad.

La Ley que se comenta viene, así, a regular por primera vez a nivel estatal, con carácter integral, esta manifestación inasible de la cultura, arbitrando fórmulas y técnicas jurídicas diferentes al modelo clásico de intervención jurídico-pública en la promoción, incentivación y ordenación de los fenómenos culturales de la colectividad. Por eso, y de principio, no es una Ley de «conservación» o «mantenimiento» (físico) del patrimonio cultural (mobiliario o inmobiliario), sino más bien, y como indica su propio título, de «salvaguardia» de las prácticas y de las comunidades (fundamentalmente locales) portadoras de las mismas, desde un enfoque diacrónico, funcional e intergeneracional. El patrimonio inmaterial también encierra cultura, historia, tradiciones y «vida», pese a no proyectarse en bienes concretos y tangibles, de una forma, además, quizás más espontánea, colectiva y versátil de «creación». Su «valor histórico» es, pues, innegable, y la Ley que se comenta el último estadio de un dilatado proceso de decantación jurídico-doctrinal y de «valorización jurídica» de sus diversas y múltiples manifestaciones.

Desde el propio texto constitucional, en cuyos arts. 46 y 149.1.28.<sup>a</sup> ya se alude al «patrimonio cultural» (y no sólo al histórico y artístico), pasando por las primeras referencias positivas explícitas a la necesaria protección del «valor inmaterial» de los conocimientos y actividades populares de la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español (dentro del denominado «patrimonio etnográfico») y su desarrollo y complemento parciales en el ámbito autonómico, contamos hoy ya con una ambiciosa (a pesar de su escasa extensión) y específica ley estatal protectora de los conocimientos, actividades, costumbres y demás expresiones de la cultura tradicional, de acuerdo, además, con las demandas y exigencias derivadas de los compromisos internacionales del Estado en esta materia, destacando fundamentalmente la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003 de la UNESCO.

A pesar de la complejidad e imprecisión del sistema constitucional –y derivado– de distribución de competencias en materia de cultura y bienes culturales, la Ley 10/2015 se presenta como una norma de «tratamiento general» del patrimonio cultural inmaterial, desarrollando el régimen claramente parcial y limitado del patrimonio etnográfico, como «patrimonio especial», de la precedente Ley del Patrimonio Histórico Español. Esta contención se manifiesta en la simple articulación de líneas maestras o «principios

institucionales» fundamentales de ordenación, sin impedir que, a su vez, las Comunidades Autónomas, en virtud de la regla de concurrencia normativa que las ampara, puedan dictar asimismo sus regulaciones específicas y adaptadas sobre la misma materia. Pero no sólo es una Ley de promoción indirecta o «regulación de mínimos», sino de materialización singular del propio mandato constitucional de incentivación pública y puesta en valor de la cultura común. Como dice el artículo 149.2 CE de forma contundente –aunque también imprecisa–, el Estado considerará, sin perjuicio de las competencias asumibles en el ámbito regional, el servicio de la cultura como *deber y atribución esencial*. Se entiende, así, que la cultura no es patrimonio territorial, que los fenómenos culturales no pueden acantonarse rígidamente en base a «repartos artificiales» y «administrativos» de competencias, sino que, en el fondo, es un «fenómeno común», compartido, y de reflejo poliédrico y simultáneo. Por ello, el impulso de los valores culturales –y no de su expresión, material o inmaterial–, de las comunidades territoriales y de la propia comunidad general del Estado, se refleja constitucionalmente en un conjunto de principios y reglas de ordenación de dicha diversidad cultural como un sistema pleno e integrado.

El problema puede ser, quizás, trasladar estas convicciones teóricas, fundadas en una más que lógica superación del modelo clásico de distribución vertical de competencias territoriales, de necesario arrumbamiento hoy en base a las nuevas concepciones sobre la concurrencia funcional en el ejercicio integrado de las competencias públicas, a la realidad práctica, lastrada, como se sabe, por una anacrónica e involutiva percepción «patrimonialista» de las atribuciones institucionales (aunque con claro anclaje constitucional). Pero, más que en ninguna otra materia, parece necesario defender aquí fórmulas de cooperación, concierto y corresponsabilización pública en la preservación, estímulo y defensa de los valores culturales propios del cuerpo social, no de ningún territorio, institución o personificación jurídico-pública concretas. El patrimonio inmaterial es, así, un «valor común», una riqueza compartida –en el tiempo y a través de los tiempos–, que precisa instrumentos jurídicos de salvaguardia y protección igualmente polivalentes, armonizados y adecuados, funcional y territorialmente, incluso asumiendo, como postula la Ley, la posible asunción de competencias ejecutivas y de gestión (en las declaraciones de bienes protegidos) por parte del Estado. Esta opción legal se fundamenta en que aunque el arraigo, origen o difusión de los bienes inateriales tenga siempre un origen local –o territorial mayor–, muchos de ellos, por su propia intangibilidad, presentan, de forma simultánea, manifestaciones y proyecciones territoriales supraautonómicas, por la extensión territorial de las propias comunidades portadoras o por su profunda imbricación en el imaginario colectivo general de los españoles (o incluso más allá de las fronteras de nuestro Estado). Se trata, no obstante, de una opción por la homogeneización y la integración de tratamiento claramente discutible, aunque el Tribunal Constitucional haya aceptado, si bien para casos verdaderamente excepcionales, que el Estado pueda intervenir, directamente, en ámbitos de reconocida competencia autonómica: ¿Es la defensa del patrimonio cultural inmaterial uno de esos casos en la actualidad? ¿Pueden salvarse las competencias autonómicas



sobre cultura mediante la denominada «facilitación de la comunicación cultural» entre Administraciones con vistas a la «significación estatal» de determinados bienes culturales inmateriales? ¿Pueden sostenerse realmente, a la luz de nuestra conflictiva dinámica competencial, fórmulas de acción bilateral para la gestión agregada de fenómenos culturales comunes y compartidos? ¿Es el artículo 149.2 CE, como dice expresamente la D. F. 3.<sup>a</sup>, realmente un título atributivo directo de competencias?

Estas y otras cuestiones ponen de manifiesto, posiblemente, el carácter conflictivo, en sede competencial lógicamente (y no desde una óptica sustantiva, demandante de una ordenación integrada y completa en este sentido) de esta norma. La Ley, de hecho, sólo tiene 14 artículos (y no todos con la misma densidad prescriptiva), ocupando apenas seis páginas de la publicación oficial; y el Preámbulo, estructurado claramente con tintes doctrinales, nueve páginas...

En cuanto al contenido, y como se ha avanzado, el primer gran objetivo de la misma (Títulos I y II) es la regulación de los instrumentos generales de protección y salvaguardia que deben ejercer todos los poderes públicos sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural inmaterial, como categoría específica, aunque sin afectar a los respectivos ámbitos materiales de competencias. Bienes inmateriales que se definen, de forma amplia y abierta, y quizás demasiado tautológica, como los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, sus grupos y en algunos casos los individuos aislados reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. El respeto por la participación y por la propia «recreación» y «transmisión» de la cultura es máximo; pero quizás la formulación, desde la estricta articulación jurídica de los procesos normativos de reconocimiento, demasiado ambigua.

A continuación se enumeran los principios generales de dichas actuaciones públicas de defensa y salvaguardia: igualdad y no discriminación; reconocimiento del protagonismo legítimo, como titulares intemporales, de las comunidades portadoras de los usos y tradiciones; participación; accesibilidad universal; la sostenibilidad y el dinamismo; etc. Principios que se extienden, igualmente, a la obligación de las Administraciones públicas de velar por el respeto y la conservación de los lugares, espacios, itinerarios y soportes materiales en que descansen o se proyecten los bienes inmateriales objeto de protección.

En concreto, sanciona la Ley la competencia estatal para adoptar las medidas que resulten procedentes para la defensa frente a la exportación y la expoliación no tanto del patrimonio cultural inmaterial pero sí, en ocasiones, de los bienes materiales (muebles) asociados al mismo, a través de su declaración como Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, incluso, en los casos de que sea apreciable la posible pérdida del bien o el menoscabo de su función social, mediante la decisión de su inclusión en una lista de bienes en peligro, a fin de proceder a la apertura de un procedimiento encaminado a la preservación y protección del bien expoliado.

Junto a ello, recoge la Ley también medidas, menos incisivas ya, de difusión, transmisión (intra e intergeneracional) y promoción de los bienes inmateriales objeto de

salvaguardia por parte de las Administraciones públicas en cada caso competentes; medidas de carácter educativo (incorporación a las enseñanzas oficiales de los conocimientos referidos al mantenimiento del patrimonio inmaterial, a través, incluso, de la implantación de títulos universitarios de grado o postgrado específicos); y medidas de información y sensibilización, destacando en este sentido las previsiones, algo genéricas, sobre comunicación cultural interadministrativa, desde la consideración de la diversidad de las expresiones culturales como una riqueza que ha de ser mantenida y preservada hacia el futuro (art. 10).

Junto a este primer gran bloque, aplicable a todas las instancias territoriales, el Título III reseña, como se avanzaba antes, las competencias específicas de la Administración General del Estado en esta materia. Corresponde a ésta, en principio, la garantía general de conservación del patrimonio inmaterial español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a sus diferentes manifestaciones. Más en concreto, y en colaboración con las Comunidades Autónomas, se explicitan tres funciones específicas: propuesta, elaboración, seguimiento y revisión del Plan Nacional de Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 13); gestión del Inventario General del Patrimonio Cultural Inmaterial (art. 14); y salvaguardia del mismo a través de la denominada Declaración de Manifestación Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial, siempre y cuando concurra alguna de las circunstancias tasadas en el artículo 12 (ámbito supraautonómico y ausencia de instrumentos de cooperación; por solicitud de la propia Comunidad Autónoma; por necesidad de una «comprensión unitaria» de protección; etc.).

Se trata, en definitiva, de una Ley necesaria, en respuesta a un fenómeno cultural poliédrico, consolidado y actual. Ambiciosa en sus propuestas y original en la articulación de los instrumentos y mecanismos de salvaguardia y preservación de dichos bienes culturales inmateriales; aunque posiblemente difícil de desarrollar (desde la precariedad y ambigüedad de algunas de sus previsiones) desde el punto de vista de su encaje dentro del complicado sistema interno de distribución de competencias. Aun así parecía necesaria, con previsiones, incluso, de consolidación, puesto que la D. F. 5.<sup>a</sup> autoriza (más bien debería conminar) al Gobierno a elaborar, en el plazo de un año, un texto refundido general en materia de Patrimonio Histórico Español, y de adecuada articulación con la legislación sectorial ya vigente, como la también reciente Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural (D. F. 6.<sup>a</sup>).

Lorenzo MELLADO RUIZ  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Almería*  
[lmellado@ual.es](mailto:lmellado@ual.es)

María Luisa ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Almería*  
[mlroca@ual.es](mailto:mlroca@ual.es)

**Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España**  
**[BOE n.º 151, de 25-VI-2015]**

**SEFARDÍES Y NACIONALIDAD ESPAÑOLA**

La Ley 12/2015, de 24 de junio, cuya entrada en vigor se ha producido el 1 de octubre de este año, constituye, sin duda, un paso de gigante en la definitiva extinción de una deuda histórica con los sefardíes al posibilitarles la adquisición de la nacionalidad española a los «originarios de España» descendientes de los expulsados en 1492, con el aliciente añadido de la exención de renuncia a su nacionalidad previa y sin exigencia de residencia en España. Esta norma es, quizás, el último hito de un reconocimiento cuyos orígenes, paradójicamente, habría que encontrar en 1860, cuando el ejército de O'Donnell entraba en Tetuán. De aquella manera, España se enteró de que, al otro lado del Estrecho, vivían miles de sefardíes descendientes de los expulsados que seguían hablando un castellano medieval. La aplicación, años más tarde, del Tratado de Lausana de 24 de julio de 1923, que puso fin a la I Guerra Mundial respecto de Turquía, donde existía una nutrida colonia sefardita, consideraba a éstos como una minoría traducida en entenderles como aparentes súbditos españoles, en tanto que para España eran nacionales turcos. En vista de esta ambigua situación, el Directorio de Primo de Rivera aprobó el Real Decreto de 20 de diciembre de 1924 sobre concesión de nacionalidad española por carta de naturaleza a protegidos de origen español. Su preámbulo indicaba que existían en el extranjero «antiguos protegidos españoles o descendientes de éstos», y en general pertenecientes a familias que, en alguna ocasión, habían sido inscritas en registros españoles. Era obvio que la norma pensaba en los descendientes de los judíos expulsados en 1492. De hecho, considerando que, con arreglo a la legislación española, la única forma de adquirir la naturalización era por solicitud individual, el Decreto decidió aplicar, por analogía, lo dispuesto en el viejo artículo 19 CC que, al conceder a los hijos de extranjeros nacidos en España la facultad de optar por la nacionalidad española cuando llegasen a la mayor edad, les autorizaba, si residían en el extranjero, para hacer esta manifestación ante los Agentes diplomáticos y consulares. No se podía decir más claro: los sefardíes se consideraban españoles de hecho, si no de derecho. Sin embargo, fueron pocos los que, dentro del plazo fijado (antes del 31 de diciembre de 1930), se acogieron a la norma y a los que la utilizaron se les eximió de las obligaciones militares, aplicándoles el régimen vigente para los españoles que residían en América y Filipinas, misma solución que adoptó la II República, por Decreto-Ley de 27 de octubre de 1935.

Sin embargo, el espíritu del Decreto de 1924 prefería que los sefardíes (fuesen naturalizados o no) siguieran residiendo en el extranjero. En realidad, fueron muy pocos los que se instalaron en España. En septiembre de 1931, algunos sefardíes orientales pidieron la repatriación y se pensó en medidas simbólicas (devolverles la sinagoga toledana del Tránsito y transformarla en museo, solución que, por cierto, prosperó en la época de Franco) e incluso Fernando de los Ríos contempló la oportunidad de otorgar la nacionalidad española a todos los sefardíes del Protectorado de Marruecos, pero esta solución nunca prosperó. La Constitución de 1931 se limitó a dar facilidades a las personas que, siendo de origen español y residiendo en el extranjero, quisieran adquirir la nacionalidad española. Una Circular de 27 de febrero de 1933 indicaba que los «antiguos protegidos sefardíes» podían beneficiarse de aquella disposición, pero, el 2 de marzo de 1934, el gobierno Lerroux dio marcha atrás ante la coyuntura del contexto internacional. Concluida la Guerra, el gobierno franquista se instaló en el filo-sefardismo de Primo de Rivera y el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948 reconocía la condición de súbditos españoles en el extranjero a determinados sefardíes, antiguos protegidos de España. El régimen no dudó en admitir la validez de los documentos otorgados en tiempos del gobierno Lerroux e incluso del Frente Popular de abril de 1936. Acompañaba al decreto-ley una orden circular de 1949 en la que se daba una lista de sefardíes de Egipto y de Grecia a quienes se concedía la nacionalidad.

La entrada en vigor de la Constitución de 1978 trajo a esta sede un nuevo campo de actuación. El artículo 22 CC redactado por el artículo único de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, establecía que para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años, siendo suficientes cinco para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. Bajo este principio, la vigente Ley 12/2015 establece un procedimiento de concesión de la nacionalidad de carácter especial por carta de naturaleza dando nueva redacción al artículo 23 b) CC, al decir que son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia la declaración de renuncia a su anterior nacionalidad, quedando eximidos «los naturales de países mencionados en el apartado 1 del artículo 24 y los sefardíes originarios de España». Evidentemente, el legislador considera que la condición de sefardí es, en sí misma, una circunstancia de carácter excepcional que permite la concesión de la nacionalidad española, suprimiendo la necesidad de residencia y la obligatoriedad de renuncia a la nacionalidad anterior, como venía sucediendo hasta el 1 de octubre de 2015, por razón de la «especial vinculación con nuestros valores y cultura». Esta vinculación supone que los interesados tengan un plazo de hasta tres años (prorrogable por otro), para expresar su deseo de adquirir la nacionalidad española, a partir de la entrada en vigor de la Ley. Transcurrido este plazo, cuando se acrediten circunstancias excepcionales o razones humanitarias, los sefardíes podrán solicitar la obtención de la nacionalidad española,

cuyo otorgamiento corresponderá al Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Justicia.

La acreditación de su especial vinculación exigirá, en cualquier caso, la superación de una prueba de evaluación de conocimientos de Lengua, Cultura y Costumbres Españolas, gestionada por el Instituto Cervantes, prueba de la que quedarán exentos los procedentes de países de habla hispana, pudiendo hacerse las gestiones de forma electrónica. En definitiva, los requisitos exigidos son los siguientes:

- Certificado expedido por la Secretaría General de la Federación de Comunidades Judías de España, en el que se acredite la pertenencia del interesado a la comunidad sefardí.
- Certificado de la autoridad rabínica competente, reconocida legalmente en el país de la residencia habitual del solicitante o cualquier otra documentación que el interesado considere conveniente a efectos de probar su profesión de fe judía.
- Los apellidos del interesado de origen sefardí.
- El conocimiento del ladino (castellano antiguo) y su uso como idioma familiar.
- Cualquier indicio que demuestre la pertenencia del interesado a la comunidad judía sefardí.
- La justificación de la inclusión del interesado o su descendencia directa de una persona incluida en las listas de familias sefardíes protegidas por España a que hace referencia el Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1948, o en cualquier otra lista análoga. Se incluyen también aquellos que obtuvieron su naturalización por la vía especial del Real Decreto de 20 de diciembre de 1924.
- La justificación de la vinculación o el parentesco colateral del solicitante con personas o familias mencionadas en el apartado anterior.

En realidad, el legislador español establece un procedimiento especial de concesión de la nacionalidad a favor de los sefardíes originarios de España sometida al cumplimiento de dos criterios:

- 1.º La justificación de la condición de sefardí de origen.
- 2.º La acreditación de la especial vinculación con España.

Respecto de la primera, precisa de los certificados de la comunidad judía, el conocimiento del ladino, tener apellidos sefardíes o una partida de nacimiento o contrato matrimonial, según las tradiciones de Castilla. Y, respecto del segundo, deben probarse, mediante antecedentes familiares, conocimientos del idioma o donaciones (aunque sean esporádicas) a entidades benéficas españolas. La vinculación es precisamente el capítulo en el que más se ha ampliado el haz de posibilidades y era una de las cuestiones más demandadas por las Comunidades Judías de España. La ley, además, detalla que el conocimiento de la lengua española exigido será a partir de ahora el «básico» (es

decir, el A2 del Instituto Cervantes), por lo que quienes conozcan el ladino lo podrán superar sin aparente dificultad. Que el legislador pretenda la demostración empírica de lo que no deja de ser una vinculación con nuestro país, sin embargo, obstaculizará en ciertas ocasiones los trámites. En cuanto al procedimiento de solicitud, se establecerá un modelo normalizado por parte del Ministerio de Justicia de España, para su presentación por escrito, siendo precisa su ratificación presencial ante el encargado del Registro Civil municipal o consular correspondiente. Resultó inquietante que, tan pronto como el Gobierno anunció la elaboración del Anteproyecto de la actual Ley, comenzasen a circular falsas listas de apellidos que supuestamente otorgarían el beneficio de la nacionalidad española de forma automática. De hecho, la vigente Ley no incluye lista de apellidos, aunque reconozca que el apellido pueda ser una de las pruebas para demostrar que son descendientes de los sefarditas que salieron de España en 1492. Por su parte, cualquier sefardí de origen español, tenga o no una especial vinculación con España, puede presentar igualmente solicitud de adquisición de nacionalidad española por residencia ex arts. 21. y 22 CC, sin ninguna restricción temporal, pero sujeto a los criterios comunes de los citados preceptos.

Como nota crítica, el peso de la aplicación de esta norma recaerá específicamente sobre notarios y registradores, pudiendo encarecer el proceso y generando una suerte de cláusula penal a determinados solicitantes. Como criticable puede ser la exclusión de la adquisición de la nacionalidad española a otro tipo de colectivos, como los descendientes de saharauis, españoles hasta 1976 (cuestión ésta que sigue suscitando notables problemas en el discurso internacional de los gobiernos españoles) o los moriscos descendientes de los musulmanes expulsados en 1609.

Ramón GARCÍA GÓMEZ  
*Profesor Asociado de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[ramonix@usal.es](mailto:ramonix@usal.es)

**Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del  
texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario**  
**[BOE n.º 151, de 25-VI-2015]**

**COORDINACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y EL CATASTRO**

La presente Ley responde a la necesidad de coordinar adecuadamente (mediante procedimientos ágiles dotados de las suficientes garantías para los posibles afectados) el Registro de la Propiedad y el Catastro inmobiliario, dos instituciones que, gozando de una naturaleza y competencias claramente diferenciadas, recaen sobre un mismo ámbito: la realidad inmobiliaria. Pretende, por tanto, conectar estas dos instituciones con los elementos tecnológicos disponibles hoy día, a fin de conseguir un intercambio bidireccional de información, fluido y seguro entre ellas, incrementando así la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa.

Las principales novedades que introduce, a estos efectos, esta ansiada y esperada reforma pueden resumirse como sigue:

- La representación gráfica de la finca debe incorporarse en el folio registral en toda operación que suponga una reordenación de los terrenos (segregación, agrupación, reparcelación, concentración parcelaria, entre otros); de esta forma, cuando se acceda a la información del Registro, se tendrá acceso no sólo a la información de texto (Titularidad, Cargas, etc.) –que aparecía hasta ahora– sino también a la Cartografía del Catastro, lo que permitirá una mejor y más correcta identificación del inmueble. En el resto de las inscripciones registrales la incorporación de la representación gráfica será potestativa (artículo 9b LH).
- La representación gráfica que se incorporará al folio real, en principio, será la catastral (artículo 10.2 LH). La ley, no obstante, permite que se aporte una gráfica alternativa en casos expresamente tasados (básicamente, reordenación de los terrenos y cuando el titular de la finca manifieste su disconformidad con la gráfica catastral); dicha gráfica alternativa deberá encajar en el parcelario catastral (artículo 10.3 LH).
- La incorporación al folio registral de la representación gráfica catastral precisa notificación previa a los titulares registrales de las fincas colindantes afectadas. Tratándose de una representación gráfica alternativa, deberá notificarse también a los titulares catastrales colindantes afectados (artículo 199 LH).
- Los Registradores de la Propiedad no expedirán más publicidad gráfica que la que resulte de la representación gráfica catastral. En el caso de que se inscriba una representación gráfica alternativa podrá darse publicidad de la misma hasta que se coordine con el Catastro indicando que está pendiente de validación (artículo 9b LH).

- En toda publicidad registral habrá de expresarse, además de la referencia catastral que corresponda a la finca, si está o no coordinada con el Catastro a una determinada fecha (artículo 10.4 LH, íntimamente ligado al artículo 9.ª LH).
- Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presume que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica (artículo 10.5 LH).
- El Catastro podrá rectificar de oficio la información contenida en la base de datos catastral cuando la rectificación se derive de uno de los procedimientos de coordinación con el Registro de la Propiedad a los que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en los que se hayan utilizado otros medios distintos de la cartografía catastral para la descripción gráfica de las fincas (arts. 10 y 198 y ss. LH y artículo 18.3 TRLCI).
- Cuando las fincas registrales estén coordinadas, se tomará en cuenta, a efectos del Catastro, la descripción gráfica coordinada de los inmuebles salvo que se hayan incorporado a este actos, hechos o negocios jurídicos posteriores (artículo 11.3 TRLCI).
- La Dirección General de los Registros y el Notariado y la Dirección General del Catastro regularán, mediante una Resolución conjunta que ha de emitirse antes del 1 de noviembre de 2015, el intercambio de información entre el Catastro y el Registro y la interoperabilidad entre sus sistemas de información (artículo 10.6 LH y disposición adicional 3.ª Ley 13/2015).

Estas modificaciones entrarán en vigor el 1 de noviembre de 2015.

En segundo lugar, se modifican los procedimientos regulados en los artículos 198 a 210 del [Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria](#) [BOE n.º 58, de 27-II-1946], a fin de desjudicializarlos sin merma alguna de los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (cabrá por vía del recurso) y modernizarlos (particularmente en las relaciones que debe existir entre Notarios y Registradores y en la publicidad que de ellos deba darse).

El artículo 199 regula el procedimiento de incorporación al folio registral de la representación gráfica catastral, así como el procedimiento para posibilitar al interesado la puesta de manifiesto y rectificación de la representación catastral si esta no se correspondiese con la de la finca registral; en ambos casos con salvaguarda de los derechos de los colindantes.

El artículo 201, por su parte, regula el expediente para la rectificación de la descripción, superficie y linderos de las fincas sobre la base del que a continuación se establece para la inmatriculación, salvo los casos en los que, por su poca entidad, se considera no ser este necesario. La inmatriculación de las fincas se llevará a cabo mediante el expediente de dominio sin intervención judicial; dicho expediente se caracteriza por su especial preocupación por la defensa de los derechos de todos los



posibles afectados. Se regula, también, con más detalle la inmatriculación mediante título público de adquisición del antiguo artículo 205.

- Se regulan los procedimientos de deslinde, doble o múltiple inmatriculación de fincas, liberación de cargas o gravámenes y el de reanudación del tracto sucesivo interrumpido.
- Notarios y Registradores de la Propiedad serán los encargados de llevar a cabo los expedientes de inmatriculación de fincas, la rectificación de superficie, la incorporación de bases gráficas, el deslinde, la reanudación de tracto, la duplicidad de inscripciones y la liberación de cargas. De esta forma, se agiliza la tramitación y se reducen los costes.
- Desaparece la posibilidad que la legislación de 1944-1946 confería a la Iglesia católica para inmatricular sus bienes sin título inscrito de dominio (artículo 206 LH). La inmatriculación de bienes mediante certificación librada por el funcionario a cuyo cargo se encuentre la administración de los mismos queda circunscrita a las Administraciones Públicas y a las entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ellas; la inscripción de bienes propiedad de la Iglesia católica pasa a regirse por el procedimiento normal de inmatriculación. Esta es una de las modificaciones que entran en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley de Reforma en el *BOE*.

Por último, se modifican en esta reforma una serie de preceptos del [Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario](#) [*BOE* n.º 58, de 8-III-2004], además de los derivados del nuevo sistema de coordinación con el Registro de la Propiedad.

Se recoge el reciente criterio jurisprudencial sentado en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, sección 2.ª) 2362/2013, de 30 de mayo de 2014 ([ROJ STS 2159/2014](#)), que considera que los suelos urbanizables sin planeamiento de desarrollo detallado o pormenorizado deben ser clasificados como bienes inmuebles de naturaleza rústica (el Tribunal Supremo no exige para entender que el suelo puede calificarse como urbanizable y valorarse a efectos catastrales como de naturaleza urbana que esté ya urbanizado o con la reparcelación aprobada sino que se trate de un suelo sectorizado ordenado o con plan parcial). Asimismo se aprueban nuevos criterios para su valoración teniendo en cuenta sus circunstancias de localización. Para agilizar y regular el cambio de clasificación de estos suelos urbanizables se adapta el régimen transitorio de la Ley y se modifica el procedimiento simplificado de valoración colectiva, lo que también permitirá en lo sucesivo adaptar con mayor agilidad los criterios de valoración contenidos en las Ponencias de valores catastrales a los cambios en las circunstancias urbanísticas de los inmuebles, sin necesidad de aprobar nuevas Ponencias.

Igualmente, se pretende mejorar la actualización de los datos catastrales simplificando algunos procedimientos y ampliando el ámbito del procedimiento de comunicación a determinadas alteraciones en los bienes inmuebles por las Administraciones y fedatarios públicos, aligerando cargas administrativas a los contribuyentes.

De acuerdo con lo previsto en la Dispos. Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 13/2015, es preciso homologar la aplicación informática registral para el tratamiento de representaciones gráficas; ahora bien, de acuerdo con la Dispos. Adicional 3.<sup>a</sup>, las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal.

Felisa-María CORVO LÓPEZ  
*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[marcorvo@usal.es](mailto:marcorvo@usal.es)

**Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria**  
**[BOE n.º 158, 3-VII-2015]**

**ASPECTOS CIVILES**

Ha de remarcarse la importancia de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en la medida en que en ella se prevén unos cincuenta procedimientos que afectan a materias de Derecho privado muy comunes en la vida en los ciudadanos. La Ley ha ido muy lejos, en la medida en que no sólo se actualiza la regulación de la jurisdicción voluntaria y se someten a ella nuevas materias que antes eran competencia del procedimiento contencioso; además, directamente se «desjudicializan» otras materias que tradicionalmente requerían un procedimiento judicial –como la separación legal o el divorcio, en algunos supuestos–, y ahora pasan a ser competencia de Notarios y Registradores, en ocasiones compartida con los Secretarios judiciales.

De entrada, se remiten a la jurisdicción voluntaria asuntos en los que no se suscita controversia entre partes, por lo que no debe sustanciarse en proceso contencioso, pero sí es necesario que intervenga un tercero –autoridad judicial o funcionario público– que tutele los derechos e intereses de los intervinientes.

En líneas generales, la Ley supone un inequívoco avance y modernización de ámbitos de nuestro Derecho privado en los que están en juego intereses relevantes dentro de la esfera personal o patrimonial de las personas. Sin embargo, resulta muy cuestionable la técnica utilizada para determinadas reformas, y es criticable la confusión que genera respecto al momento de entrada en vigor de algunas facultades notariales, como la de celebración de matrimonios, que ha debido ser aclarada mediante una circular de la DGRN.

La Ley distingue entre lo que es propiamente jurisdicción voluntaria, en la que los expedientes se tramitan en sede judicial por Jueces o Secretarios judiciales (es el contenido genuino de la Ley), y aquellos otros asuntos que pasan a ser expedientes notariales y registrales, que se regulan en otras leyes que son objeto de modificación por esta norma. Opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Se desjudicializan aquellos supuestos «en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa».

Como se señala en la Ley

resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas.

Con tal solución se descargan los tribunales, y lo cierto es que también se benefician los ciudadanos al recibir una respuesta más rápida, dando efectividad a sus derechos.

Si bien inicialmente se proyectó extraer totalmente numerosos expedientes totalmente del ámbito judicial, finalmente la Ley opta con carácter general por la alternatividad entre diferentes profesionales: se establecen competencias compartidas entre Secretarios judiciales, Notarios o Registradores, teniendo el ciudadano la facultad de valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir la que le resulte más oportuna. Podrá interponerse ante el secretario judicial –acudiendo a la Administración de justicia– o acudiendo al Notario o Registrador de la Propiedad o Mercantil, en cuyo caso deberá abonar los aranceles correspondientes.

Sin embargo, en la medida que la Ley desjudicializa y encomienda a Notarios y Registradores determinados expedientes en exclusividad, se prevé que los ciudadanos que tengan que acudir a los mismos puedan obtener el derecho de justicia gratuita, para evitar situaciones de imposibilidad de ejercicio de un derecho, que hasta ahora era gratuito, por falta de medios. En los supuestos en los que se establece la competencia exclusiva de notarios y registradores se prevé que los beneficiarios del derecho a asistencia jurídica gratuita contarán con una bonificación del 80% de los aranceles notariales y registrales.

En relación con los expedientes que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia, el criterio seguido por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el de otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los Secretarios judiciales, atribuyéndose al Juez o al propio Secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo. Se reserva la decisión al Juez de aquellos expedientes que afectan a cuestiones o intereses susceptibles de especial protección: afectan al estado civil de las personas, a derechos subjetivos, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia, y también alguno de los expedientes en materia mercantil y de Derecho de obligaciones y sucesorio que no se encomiendan a Secretarios judiciales, Notarios o Registradores. Asimismo, el Secretario judicial va a encargarse de la decisión de algunos expedientes en los que se pretende obtener la constancia fehaciente sobre el modo de ser de un determinado derecho o situación jurídica, y siempre que no implique reconocimiento de derechos subjetivos: cumplen estas condiciones el nombramiento de defensor judicial o la declaración de ausencia y de fallecimiento –entre los expedientes en materia de personas–.

Como importante novedad del procedimiento general, ha de destacarse que, salvo que la Ley expresamente lo prevea para algún expediente concreto, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hace contencioso el expediente, ni impedirá

que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Sí se establece que la oposición a la remoción de la tutela o a la adopción hace contencioso el procedimiento.

En cuanto a la intervención de abogado y procurador, en los expedientes que se resuelven en sede judicial, se excluye como regla general su intervención, dejando el carácter preceptivo de su intervención a cada caso concreto en que así lo prevea la Ley. Por excepción, en todo caso, será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición.

Por otro lado, el Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente (antes, incapacitados), y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.

En el caso de los Notarios, su participación como órgano público responsable tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio, como la declaración de herederos abintestato o la adveración y protocolización de los testamentos, pero también realizando los ofrecimiento de pago o admitiendo depósitos y procediendo a la venta de los bienes depositados.

En todos los supuestos en los que se establece una competencia concurrente entre varios operadores jurídicos, iniciada o resuelta definitivamente una actuación por uno de ellos no será posible la iniciación o continuación de otro expediente con idéntico objeto ante otro.

- a) Expedientes de Jurisdicción voluntaria en materia de personas (Título II):
- Autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial. Por razones obvias, al afectar al estado civil y a los derechos subjetivos, su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
  - Habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial; su resolución compete al Secretario judicial.
  - Adopción; su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
  - El acogimiento de menores está regulado por separado en la DA 2.ª en previsión de una futura desjudicialización del procedimiento.
  - Tutela, curatela y guarda de hecho; su resolución compete al Juez de Primera Instancia; no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en el expediente relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de abogado.
  - Concesión judicial de la emancipación y beneficio de la mayoría de edad; su resolución compete al Juez de Primera Instancia; no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador, salvo que se formule oposición, en cuyo caso sí será preceptiva la asistencia de letrado a partir de ese momento.

- Protección del patrimonio de las personas con discapacidad; su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente; su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
- Autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente; su resolución compete al Juez de Primera Instancia; no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo que el valor de los bienes supere los 6.000 euros.
- Declaración de ausencia y fallecimiento; su resolución compete al secretario judicial. Se modifica el sistema legal actual de declaración de fallecimiento, para prever un expediente de carácter colectivo e inmediato, para todas aquellas personas respecto a las que se acredite que se encontraban a bordo de una nave o aeronave cuyo siniestro se haya verificado, tratando de dar mejor solución a los problemas e incidencias que se producen a los familiares de residentes en España que en cualquier lugar del mundo se vean involucrados en un siniestro del que pueda colegirse la certeza absoluta de su muerte. La legitimación se otorga únicamente al Ministerio Fiscal, y se establece un régimen de competencia distinto según el siniestro ocurra en España o fuera.
- Extracción de órganos de donantes vivos; su resolución compete al Juez de Primera Instancia.

b) Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia:

- Dispensa de impedimentos matrimoniales (de muerte dolosa del cónyuge anterior y de parentesco): su resolución compete al Juez de Primera Instancia. Se elimina la dispensa matrimonial de edad, al elevar la edad necesaria para contraer matrimonio a 16 años, desapareciendo también el matrimonio como causa de emancipación.
- Intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de la administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente: su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
- Intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales: su resolución compete al Juez de Primera Instancia; no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo que la intervención judicial fuera para la realización de un acto de carácter patrimonial con un valor superior a 6.000 euros.

Mayor repercusión tiene la modificación del Código Civil que afecta a la determinación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como a la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez y que también conllevan una reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado.

Igual de importante es también la nueva regulación del acta o expediente previo a la celebración del matrimonio, encomendando su tramitación al Secretario judicial, Notario, al Encargado del Registro Civil o al Cónsul o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero, al tiempo que la celebración del mismo podrá tener lugar ante el Secretario judicial, Notario, funcionario diplomático o consular, Juez de Paz y Alcalde o concejal en el que este delegue.

- c) Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria:
  - Se reservan al Juez: la rendición de cuentas del albaceazgo, las autorizaciones de actos de disposición al albacea, o la autorización o aprobación de la aceptación o repudiación de la herencia en los casos determinados en la Ley.
  - Serán a cargo del Secretario judicial con competencia compartida con los Notarios, la renuncia o prórroga del cargo de albacea o contador-partidor, la designación de este y la aprobación de la partición de la herencia realizada por el contador-partidor dativo.
  - No es preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo que la cuantía del haber hereditario supere los 6.000 euros.

Son numerosas las materias que se atribuyen a los Notarios en exclusiva, destacando: la declaración de herederos abintestato de los parientes del causante (descendientes, ascendientes, cónyuge y parientes colaterales); la presentación, adveración, apertura, lectura y protocolización de testamentos cerrados, ológrafos y otorgados de forma oral; formación de inventario de los bienes y derechos del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia.

- d) Expedientes de jurisdicción voluntaria relativos al Derecho de obligaciones:
  - Fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones: su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
  - Consignación judicial, con competencias compartidas entre Juez y Secretario.

Como novedad destacable, para la reclamación de las deudas dinerarias, junto al procedimiento monitorio, se introduce un nuevo apartado en la Ley Orgánica del Notariado sobre «Reclamación de deudas dinerarias no contradichas», introduciendo

la facultad del acreedor de tramitar la reclamación del pago del deudor ante Notario en lugar de acudir al procedimiento judicial (artículo 70). El Notario hará el requerimiento de pago al deudor, y dispone el artículo 71 las distintas situaciones y efectos, según sea la actitud del deudor ante el requerimiento, produciendo efectos similares a los del procedimiento monitorio, pudiendo terminar con un título ejecutivo extrajudicial.

También en el artículo 69 Ley del Notariado se regula una facultad similar en cuanto al «ofrecimiento de pago y la consignación».

- e) Expedientes de jurisdicción voluntaria relativos a los derechos reales:
  - Autorización judicial al usufructuario para reclamar créditos vencidos que formen parte del usufructo: su resolución compete al Juez de Primera Instancia.
  - Deslinde de fincas no inscritas: su resolución compete al Secretario judicial; sólo será preceptiva la intervención de abogado si el valor de la finca fuera superior a 6.000 euros.

Además, a pesar de no haberse incluido en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, hay que tener en cuenta la nueva regulación de los expedientes de dominio, recientemente modificados por la Ley de reforma de las Leyes Hipotecaria y del Catastro, al ser precisamente el paradigma de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

f) Subastas voluntarias (Título VII):

La competencia corresponde al Secretario judicial, realizando las subastas de forma electrónica, sin preceptividad de abogado ni procurador. También se reforma la Ley del Notariado, introduciendo nuevas reglas en relación con las subastas notariales. No obstante, no se ha modificado el artículo 1872 CC que, hasta ahora, era la única norma de Derecho material vigente que regulaba esta materia. En consecuencia, actualmente coexisten dos regimenes que no son enteramente compatibles. Surgen diversas cuestiones que precisan de una respuesta clara, tales como cuántas subastas pueden convocarse o si es admisible establecer un tipo reducido en la segunda subasta.

José Antonio MARTÍN PÉREZ  
*Profesor Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[jamp@usal.es](mailto:jamp@usal.es)



Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, por la que se modifican la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los Partidos Políticos; la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas

[BOE n.º 77, de 31-III-2015]

**UNA REFORMA DECEPCIONANTE**

La última reforma del marco regulatorio de la financiación de los partidos políticos en España, operada mediante la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, resulta decepcionante en la medida en que no altera de manera sustancial los rasgos que han caracterizado al modelo de financiación de los partidos en nuestro país desde la Transición y, por consiguiente, apenas corrige las deficiencias de dicho modelo.

En efecto, pese a las sucesivas reformas legales, el modelo de financiación de los partidos ha permanecido y sigue permaneciendo, en lo esencial, invariable, con una financiación pública predominante y una financiación privada caracterizada por su opacidad, cuando no por situarse al margen de la legalidad.

Se trata de un modelo que ha adolecido, a lo largo del tiempo, de una serie de deficiencias entre las que se pueden destacar las tres siguientes:

En primer lugar, su incapacidad para propiciar la igualdad de oportunidades en la competición electoral, pues la financiación pública se reparte con unos criterios excesivamente proteccionistas del *statu quo* del sistema de partidos.

En segundo lugar, su desconfianza creciente –y no carente de hipocresía– hacia la financiación privada, pero sin un criterio claro que refuerce la necesaria conexión entre los partidos y la ciudadanía.

Por último, en tercer lugar, su falta de garantías de transparencia, no sólo como instrumento al servicio del control del cumplimiento de la legalidad, sino también, y por encima de todo, como instrumento al servicio del derecho de los ciudadanos a recibir una información veraz sobre las fuentes de financiación de los partidos de cara a la formación de su voluntad electoral.

La última reforma legal, que es objeto de este breve comentario, no toca los criterios del reparto de la financiación pública, introduce nuevas limitaciones en la financiación privada, algunas de ellas sin duda muy positivas –como la prohibición de las donaciones de personas jurídicas y de la condonación de créditos bancarios–, pero sin aportar ideas claras sobre el tipo de financiación privada que se quiere favorecer –por ejemplo, en el sentido de fomentar donaciones de pequeña cuantía– y dejando abierta la puerta trasera de las fundaciones vinculadas a los partidos, y, finalmente, aunque introduce ciertas mejoras en materia de transparencia, lo hace básicamente en su dimensión instrumental para el control, pero sin llegar a garantizar suficientemente que

los ciudadanos dispongan de una información completa, de fácil acceso, comprensible y disponible en un tiempo útil sobre los ingresos y los gastos de los partidos.

Esta reforma legal se ha presentado desde el Gobierno ante la opinión pública como parte de su respuesta frente a la corrupción en un contexto en el que los numerosos escándalos descubiertos en los últimos años han acentuado la desafección ciudadana respecto a los partidos políticos. Sin embargo, la lucha contra la corrupción, aun siendo un objetivo loable, no debería ser el único objetivo de la regulación de la financiación de los partidos. A mi juicio, un modelo de financiación de los partidos políticos no puede diseñarse únicamente como instrumento de lucha contra la corrupción, sino que, ante todo, debe estar conectado con unas determinadas ideas previas sobre el modelo de partido político que se quiere promover, con el papel que se pretende que jueguen los partidos dentro del sistema democrático y, en definitiva, con el modelo de democracia en el que se quiere vivir. De la misma forma, también es preciso decir que la lucha contra la corrupción no puede basarse únicamente en la regulación de la financiación de los partidos o en medidas de carácter represivo, sino que precisa de medidas de más amplio porte que transformen radicalmente la acción administrativa, reforzando la transparencia y la función pública, así como de reformas sectoriales profundas en las áreas más expuestas a la corrupción, como la contratación pública o el urbanismo.

La insuficiencia de la nueva ley es, sin duda, consecuencia de este enfoque erróneo, o cuando menos incompleto, que está en su base: su objetivo declarado es solamente incrementar la vigilancia y el control sobre los partidos, pero sin realizar ningún cuestionamiento del modelo vigente de financiación de los partidos y, consiguientemente, sin ningún propósito de cambiarlo. Al incidir exclusivamente en el control, se obvia el necesario debate que debe producirse en España sobre cuál es el modelo de financiación de los partidos que mejor puede servir a un modelo de democracia más igualitaria y participativa.

Sin entrar en mayores detalles, que exceden del objeto de este breve comentario, considero que es necesario empezar a hablar en España de un nuevo modelo de financiación de los partidos que responda adecuadamente a los objetivos de garantizar la suficiencia y la estabilidad de los recursos de los partidos, promover la igualdad de oportunidades entre los mismos, reforzar su conexión con los ciudadanos y garantizar la transparencia. A mi juicio, este nuevo modelo debería basarse en la «financiación ciudadana» de los partidos, combinando recursos públicos y aportaciones de personas físicas de pequeña cuantía, huyendo por igual de la financiación corporativa, que convierte a los partidos en tributarios de los intereses económicos de las grandes empresas, y de la excesiva dependencia de la financiación pública, que los convierte en estructuras burocráticas paraestatales ajenas a las demandas sociales. El debate no solo es necesario, sino también urgente, pues la financiación de los partidos es una pieza clave en la regeneración democrática que está demandando con insistencia la sociedad española.

Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Valladolid*  
[sanchez@der.uva.es](mailto:sanchez@der.uva.es)

**Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 de enero de 2015,  
por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal  
común aplicable a las sociedades matrices y filiales  
de Estados miembros diferentes**  
**[DOUE L 21, de 28-I-2015]**

**RÉGIMEN COMÚN APLICABLE A LAS SOCIEDADES MATRICES Y FILIALES DE ESTADOS MIEMBROS DIFERENTES**

El 28 de enero de 2015 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2015/121/UE del Consejo de 27 de enero de 2015 (en adelante Directiva 2015/121/UE) que entró en vigor el 17 de febrero de ese mismo año, 20 días después de su publicación. Con ámbito de aplicación espacial en todos los Estados miembros de la UE, tiene por finalidad *reformular por segunda vez la [Directiva 2011/96/UE de 30 de noviembre de 2011 \[DOUE n.º 345 de 29-XII-2011\]](#)* (en adelante Directiva 2011/96/UE), una medida de armonización parcial adoptada por el Consejo en aras de favorecer la creación de grupos de sociedades matrices y filiales europeos y la competencia en condiciones de igualdad con otros grupos económicos extranjeros radicados en la UE pero cuya matriz se encuentra fuera de la misma, principalmente aquellos procedentes de Estados Unidos.

En el contexto de libre circulación de servicios y capitales, consustancial a la UE, donde la regulación de la imposición directa no es competencia de ésta sino de los Estados miembros, la posibilidad de que los beneficios sociales de matrices y filiales sean gravados dos veces por los ordenamientos jurídicos internos de dos Estados miembros diferentes no resulta remota. Así, la Directiva 2011/96/UE ha establecido un sistema para evitar la existencia de tales supuestos de doble imposición, delimitando de forma negativa el ejercicio del poder tributario de los Estados miembros mediante la determinación de las medidas de doble imposición que deben aplicarse, sin que en ningún caso esta armonización implique la determinación de un tipo mínimo de imposición de los impuestos directos de los Estados miembros. La Directiva 2011/96/UE opta por eximir de retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices, eliminando la doble imposición de esas rentas en la sociedad matriz a través de dos posibilidades recogidas en el artículo 4, apartado 1: a) absteniéndose de gravar dichos beneficios en la sociedad matriz; o b) gravarlos, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonados por la filial, opción última por la cual se ha decantado España en la transposición de estas normas en los artículos 31, 32 y 100 de la nueva [Ley 27/2014 del Impuesto de Sociedades de 27 de noviembre \[BOE n.º 288 de 28-XI-2014; rect. BOE n.º 62 de 13-III-2015\]](#).

Hasta aquí los esfuerzos por crear un tratamiento fiscal armonizado, no discriminatorio y favorable a los grupos económicos europeos perseguido por la Directiva 2011/96/UE podría considerarse laudable, sin embargo, la internacionalización económica de las grandes empresas extranjeras ha desembocado en la utilización abusiva del derecho interno de los Estados miembros contra esta Directiva y contra el ordenamiento tributario comunitario por dichos grupos transfronterizos, quienes mediante el uso de ingeniería fiscal perniciosa, suscripción de *préstamos híbridos* o mediante el uso de *mecanismos artificiales*, por ejemplo, seleccionan la normativa tributaria aplicable a su flujo de capitales beneficiándose así del tratamiento fiscal que acabamos de apuntar, minimizando sus impuestos o incluso esquivando del todo el pago de los mismos por la generación de circunstancias de doble no imposición.

Bajo estas circunstancias surge la necesidad de incorporar reformas a la Directiva 2011/96/UE que por un lado eliminasen los casos de doble no imposición y por otro que habilitasen a los Estados miembros a la aplicación de normas tributarias internas antiabuso y antielusión actualizadas a estas nuevas formas de proceder. La Comisión Europea a finales el año 2013 apuntaba la necesidad de las reformas que plasmó en la [Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96/UE \[COM \(2013\) 814 final\]](#) (en adelante Propuesta de modificación), la cual fue secundada por el Comité Económico y Social Europeo mediante [Dictamen de 25 de marzo de 2014 \[DO C 226 de 16-VII-2014\]](#) y por el Parlamento Europeo en su [Dictamen de 2 de abril de 2014 \(pendiente de publicación en el Diario Oficial\)](#).

El 25 de julio de 2014 se publica en el *Diario Oficial de la Unión Europea* la [Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio](#) (en adelante Directiva 2014/86/UE) de ese mismo año, por la que se introduce la *primera reforma a la Directiva 2011/96/UE* centrándose en la eliminación de supuestos de doble no imposición generados por la utilización de los ya comentados *préstamos híbridos* que se configuran como instrumentos financieros que presentan características tanto de deuda como de capital. Debido a las diferentes consideraciones fiscales otorgadas por los Estados miembros a los préstamos híbridos (capital o deuda), los pagos en concepto de préstamo híbrido transfronterizo se tratan como un gasto deducible fiscalmente en un Estado miembro (el Estado miembro del pagador) y como distribución de beneficios exenta de impuestos en el otro Estado miembro (el Estado miembro del beneficiario), provocando así una doble no imposición «no deliberada». Con el fin de evitar estas situaciones de doble no imposición derivadas de tales asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios la Directiva 2014/86/UE procedió a reformar el artículo 4, apartado 1, letra a) que establece la primera modalidad de exención de retención de dividendos a que los Estados miembros pueden optar. Así estableció que los Estados «... se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial». Como resultado de esta reforma se pretende cerrar la laguna normativa

aprovechada por los préstamos híbridos obligando a las empresas que opten por este instrumento financiero a tributar necesariamente en el Estado miembro donde se ubique la matriz si los beneficios son deducibles en el Estado miembro de la filial.

La *segunda y última reforma de la Directiva 2011/96/UE* (a la fecha que se escriben estas líneas) es la introducida por la Directiva 2015/121/UE, objeto de esta reseña, la cual versa sobre el otro cabo suelto apuntado por la Comisión Europea en su Propuesta de modificación, esto es, la necesidad de garantizar que la Directiva 2011/96/UE no sea objeto de prácticas abusivas. La doctrina ha señalado reiterada y acertadamente a nuestro parecer que no es posible afirmar que la Directiva 2011/96/UE contuviera normas antiabuso en sí mismas como tampoco las preveía su antecesora la [Directiva 90/435/CEE \[DOUE n.º 225, del 20-VIII-1990\]](#), por el contrario, se limitaba a habilitar en el artículo 1 apartado 2 la aplicación de normas tributarias internas antiabuso, remitiendo directa y expresamente a la normativa interna de los Estados miembros quedando estas autorizadas por la Directiva al señalar que «la Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas», por tanto, no se erigían como normas de transposición derivadas de la misma.

En vista de tal limitación la [Directiva 2015/121/UE](#) incluye una *norma común mínima contra las prácticas abusivas* por parte de los contribuyentes a los cuales es de aplicación la Directiva, en pos de suplir vacíos regulatorios de las normativas internas antiabuso que, según la exposición de motivos de la misma, en algunos Estados miembros son inexistentes tanto a nivel nacional como convencional y en otros presentan diferentes grados de severidad.

Así, se introduce una *reforma al artículo 1, apartado 2* disponiendo que los Estados miembros no acordarán los beneficios fiscales contemplados en la Directiva a un *arreglo* o una *serie de arreglos falseados* por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la Directiva, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes por las administraciones tributarias de los Estados miembros que han de llevar a cabo un análisis objetivo. Con esta reforma en suma de dar entrada al concepto de arreglo falseado se aclara que un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

En el mismo sentido la Directiva 2015/121/UE *introduce al artículo 1, apartado 3* una delimitación de lo que se ha de considerar por arreglo falseado o por una serie de arreglos falseados, considerando aquellos que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

Y, por último, la Directiva 2015/121/UE *desplaza dentro del mismo artículo 1 al anterior apartado 2 al actual apartado 4*, como afirmación de que esta reforma no tiene por objetivo afectar en medida alguna la capacidad de los Estados miembros de aplicar sus disposiciones nacionales o convencionales destinadas a evitar la evasión fiscal,

el fraude fiscal o las prácticas abusivas, capacidad que estará siempre supeditada al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 4 del [Tratado de la Unión Europea](#), criterio desarrollado ampliamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia *Leur-Bloem* de 17-VII-1997 [Asunto C-28/95], Sentencia *Denkavit/Vitic/Voormer* de 17-X-1996 [Asuntos C-283/94, C-291/94, C-292/94], entre otras.

Las citadas modificaciones deben ser transpuestas a la legislación interna de los Estados miembros a más tardar el 31 de diciembre de 2015, para ser aplicables a partir del 1 de enero de 2016.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA  
*Personal Investigador en Formación,*  
*adscrita al Área de Derecho Financiero y Tributario*  
*Universidad de Salamanca*  
*Programa de Formación del Profesorado Universitario*  
*del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte-FPU2013*  
[nrodriguezp@usal.es](mailto:nrodriguezp@usal.es)

### LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA [BOE n.º 158, 3-VII-2015]

#### ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Este comentario se refiere exclusivamente a las disposiciones de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que afectan a expedientes con algún elemento vinculado a un país distinto de España. Se analizarán, en primer lugar, los artículos recogidos en el Capítulo I del Título Primero, que lleva por rúbrica «Normas de Derecho internacional privado», y, en segundo lugar, aquellos que, refiriéndose a supuestos con elemento extranjero, se encuentran dispersos a lo largo de la ley.

Conviene poner de relieve que el articulado de esta Ley se limita establecer el régimen de los expedientes que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales. En éstos el impulso y la dirección corresponde a los Secretarios judiciales, mientras que la decisión de fondo se atribuye al Juez o al propio Secretario judicial, según el caso. Las Disposiciones Finales 11.<sup>a</sup> y 12.<sup>a</sup> de la Ley trasladan la regulación de los expedientes encomendados a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles a la Ley del Notariado, a la Ley Hipotecaria y al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

#### I. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (Cap. I, Tít. I, arts. 9 a 12)

Las normas contenidas en este Capítulo tienen carácter general, es decir, se aplican a todos los expedientes salvo que en la propia ley se especifique algo distinto. Los cuatro artículos que componen este Capítulo se corresponden con los tres grandes sectores del Derecho internacional privado –la competencia judicial internacional (CJI), la ley aplicable (LAp) y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras (RyE)– más uno dedicado a la inscripción en registros públicos, ligado al sector del reconocimiento.

##### a) Competencia internacional

El artículo 9 se refiere a la CJI. Frente a lo que ocurría en los proyectos anteriores (v., p. ej., el Proyecto publicado en BOCG de 24 de julio de 2007, que determinaba la competencia de nuestros tribunales cuando el expediente afectase a un ciudadano de nacionalidad española o con residencia habitual en España, o cuando dicho expediente de jurisdicción voluntaria afectara a situaciones o relaciones jurídicas a las cuales fuera aplicable la legislación española), el legislador ha renunciado a crear foros específicos para la jurisdicción voluntaria y se ha limitado a hacer una remisión a las normas que regulan la CJI. Por lo tanto, no se concede, de modo general, ningún

tratamiento particular a la jurisdicción voluntaria. Esta solución nos lleva a descartar para este sector una presunta competencia universal o basada en una mera conexión razonable que no esté prevista de forma expresa en los textos legales. La decisión de no crear foros comunes para todos los actos de jurisdicción voluntaria –creando un subsistema distinto a la jurisdicción contenciosa en el ámbito de la CJ– ha de valorarse positivamente, dada la heterogeneidad de los expedientes.

La remisión se dirige, en primer término, a los foros de competencia internacional recogidos en los Tratados y otras normas internacionales en vigor para España. Entre estas últimas hay que entender incluidas las normas de la Unión Europea; convendría haberlo explicitado teniendo en cuenta que así se hace en el artículo relativo a la LAP. Abordan materias comprendidas en la ley, por ejemplo, el Convenio de La Haya de 1996, en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños; el Convenio de Lugano de 2007, en materia civil y mercantil; el Regl. 1215/2012, en materia civil y mercantil (RBI bis); Regl. 2001/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental (RBI bis); el Regl. 650/2012, sobre sucesiones, así como algunos Convenios bilaterales.

En los supuestos en que no exista un instrumento internacional aplicable, la Ley remite a los foros recogidos en la LOPJ. Hay que destacar que éstos fueron modificados por LO 7/2015 pocos días después de la aprobación de la LJV. Hay que entender que esta remisión alcanza también a otras normas internas que contengan foros de CJ, como la Ley de Adopción Internacional.

Uno de los principales interrogantes que se plantea es si la remisión comprende también los llamados foros generales, a saber, el del domicilio del demandado (recogido, por ejemplo, en el artículo 4 RBI bis o en el artículo 22 ter LOPJ) y el de la sumisión (arts. 25 y 26 RBI bis y artículo 22 bis LOPJ). Ambos foros estaban excluidos en los proyectos anteriores e, incluso en la actual Ley, el foro de la sumisión no es válido para determinar la competencia territorial (artículo 2.2 LJV). Es cierto que su aplicación en el ámbito de la jurisdicción voluntaria no es fácil, ya que en los expedientes no existen ni demandado ni partes en sentido estricto, y no es frecuente que se celebren acuerdos de sumisión. Esta objeción podría verse matizada en función de cómo se interprete el complejo artículo 22 bis.1, que reduce el ámbito de la sumisión a las materias en que una norma lo permita expresamente y que niega los efectos de los acuerdos de sumisión que sean contrarios a lo establecido, entre otros, por el artículo 22 quáter (foros en materia de ausencia o fallecimiento, capacidad y medidas de protección, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, filiación y relaciones paterno filiales, adopción, alimentos, sucesiones).

Junto a la mencionada remisión a las normas generales, el artículo 9 incorpora una regla de adaptación de las normas de competencia territorial para los casos en que, siendo competentes internacionalmente los tribunales españoles, no se pueda determinar un juez territorialmente competente. Lo serán entonces los del lugar donde



los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución.

b) Ley aplicable

El artículo 10 LJV remite a las normas de la Unión Europea y a las normas españolas de Derecho internacional privado la determinación de la LAP a los expedientes. Llama la atención que en esta ocasión no se haga referencia a los Tratados internacionales –como en el anterior resultaba extraño que no se mencionase la normativa de la Unión–. La heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria hace también imposible crear normas de LAP generales para todos los expedientes.

Entre las normas de origen comunitario o internacional podemos destacar el Regl. 593/2008, sobre obligaciones contractuales; el Regl. 650/2012, sobre sucesiones; el Convenio de La Haya de 1996, en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, entre otras. Las normas de origen interno se encuentran principalmente en el Código civil, en concreto en los arts. 9-11, pero también en otras normas, como en la Ley de Adopción internacional. Conviene destacar que en el ámbito de la LAP también ha habido cambios recientes, principalmente en el ámbito de la protección de los menores e incapaces.

c) Inscripción en registros públicos y efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras

El artículo 11 se ocupa del problema del acceso de las resoluciones extranjeras a los registros públicos españoles. Las resoluciones comprendidas son las dictadas por un órgano judicial, pero también por otras autoridades si se trata de actos que en la LJV se atribuyen a los órganos judiciales. Para la práctica de la inscripción se exige que la resolución sea definitiva. Se exige además que haya superado previamente el trámite de exequátur o el reconocimiento incidental. La competencia para inscribir corresponde al Encargado del registro correspondiente, que deberá comprobar que concurren los requisitos para ello (lo que según la doctrina constituiría un tipo de reconocimiento automático, es decir, sin procedimiento intermedio). Si la resolución no es definitiva o no ha superado el exequátur o el reconocimiento, sólo será posible la anotación preventiva.

Hay que recordar que artículo 96 de la Ley del Registro Civil de 2011 también regula esta cuestión para dicho Registro, en el que deberán inscribirse una parte importante de las resoluciones de jurisdicción voluntaria.

Los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras se regulan en el artículo 12 LJV. Curiosamente el artículo comienza afirmando que dichos actos, cuando sean firmes (hay que entender que se refiere a que sean definitivos), surtirán efectos y accederán a los registros públicos españoles previa superación de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la legislación vigente. Pero junto a esta remisión, su apartado segundo prevé la

posibilidad de un reconocimiento incidental –sin previo exequátur– por parte del órgano judicial español o por el Encargado del registro público competente. El alcance de este artículo es mayor que el del artículo 11, ya que no se limita a los efectos registrales. Sin embargo, como bien está interpretando la doctrina, ambos artículos están circunscritos a los expedientes que asumen los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, el artículo 12 establece los motivos de denegación del reconocimiento, se entiende que para cualquier tipo de reconocimiento –incidental o a título principal–. Son los siguientes:

- a) Que la autoridad que lo acordó fuera manifiestamente incompetente. Se considera que es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. En todo caso son manifiestamente incompetentes si el asunto afectaba a materias cuya competencia exclusiva corresponda a las autoridades españolas.
- b) Si se violaron los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.
- c) Si el reconocimiento produce efectos manifiestamente contrarios al orden público español.
- d) Si el reconocimiento del acto implica la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.

Las remisiones que en los arts. 11 y 12 se hacen al procedimiento de exequátur o reconocimiento incidental, hay que entender que se refieren a la normativa europea (especialmente los RBI bis y RBII bis antes citados), convencional (en especial el Convenio de La Haya de 1996, también citado antes) y a la normativa de origen interno, que desde el mes de julio se recoge en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (arts. 41-61).

Podemos augurar problemas de coordinación e interpretación de toda esta normativa, ya que se aprecian numerosos solapamientos.

## II. OTROS ARTÍCULOS QUE TIENEN EN CUENTA LA EXISTENCIA DE UN ELEMENTO INTERNACIONAL

Dentro de la regulación de los distintos expedientes (arts. 23 a 148) podemos encontrar varios artículos que hacen referencia a situaciones con vínculos fuera de nuestro país. En muchos casos se trata de normas de competencia territorial que se aplican cuando el elemento elegido como conexión general se encuentra en el extranjero.

Así ocurre, por ejemplo, con el artículo 24.1 en relación con el expediente de autorización o aprobación judicial del reconocimiento de la filiación no matrimonial, que, para los casos en los que el reconocido no tuviera su domicilio en España, se acudirá al criterio del domicilio o residencia del progenitor autor del reconocimiento.

En el Capítulo dedicado a la declaración de ausencia y fallecimiento, el artículo 68 establece una norma de competencia territorial específica para algunos supuestos

concretos de declaración de ausencia y fallecimiento en los que la desaparición haya tenido lugar en viajes iniciados en el extranjero.

Dentro de los expedientes relativos al derecho sucesorio, el artículo 94 también establece una regla de competencia territorial para los casos en los que el último domicilio o residencia habitual del causante hubiera estado en el extranjero. En esos casos el solicitante podrá elegir entre el lugar del último domicilio en España del causante o donde estuviere la mayor parte de sus bienes.

De igual manera, el artículo 149.1 establece una norma de competencia territorial para conocer de los actos de conciliación en los casos en los que el domicilio del requerido no estuviera en territorio nacional. En estos casos la competencia se determinará por su última residencia en España.

Por otra parte, en el Capítulo dedicado a la adopción se dedica un artículo a la adopción internacional (artículo 41) que se limita a hacer una remisión a las normas ya existentes sobre la materia (artículo 9.5 CC, Ley de Adopción internacional y Convenio de La Haya de 1993). En el artículo 42 se regula el expediente para la conversión de adopciones simples o no plenas constituidas por autoridades extranjeras en adopciones reguladas por el derecho español.

### III. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LAS DISPOSICIONES FINALES

La disposición adicional tercera de la Ley regula la inscripción en registros públicos de documentos públicos extranjeros no dictados por un órgano judicial (o que versen sobre materias que la Ley encomienda a autoridades no judiciales). No se prevé procedimiento alguno, sino que simplemente se enumeran una serie de requisitos para que puedan ser títulos inscribibles: a) competencia conforme a la ley de su Estado, b) equivalencia de funciones de la autoridad con la española en la materia y mismos efectos o próximos en el país de origen, c) contenido válido conforme al ordenamiento designado por las normas de Derecho internacional privado españolas, d) orden público.

Finalmente, cabe destacar que la disposición final 3.<sup>a</sup> Diez introduce un nuevo Capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que, bajo la rúbrica «Medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional», regula estos procedimientos para los casos en que el menor objeto de un traslado o retención ilícitos se encuentre en España, y sea aplicable un Convenio internacional o una norma de la Unión Europea. Queda claro así que estos procedimientos están fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria (a diferencia de lo que ocurría en la LEC/1881).

Alberto MUÑOZ FERNÁNDEZ  
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Navarra  
[amunfer@unav.es](mailto:amunfer@unav.es)

**Instrumento de Ratificación del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 2003**  
**[BOE n.º 26, de 30-I-2015]**

**CIBERDELINCUENCIA**

El Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, entró en vigor el pasado 1 de marzo de 2006, una vez cumplidas las previsiones de su artículo 10 –el primer día del mes siguiente al transcurso de un plazo de tres meses desde que cinco Estados mostraron su consentimiento en quedar obligados por dicho Protocolo; concretamente Eslovenia, Albania, Dinamarca, Chipre y A.R.Y. de Macedonia– y, a fecha de Ratificación por parte de España, son 23 los Estados que ya han consentido en obligarse por el mismo. Dicho Protocolo viene a completar el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, adoptado en Budapest, el 23 de noviembre de 2001.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia fue adoptado, como se reconoce en su Preámbulo, para proteger a la sociedad frente al cibercrimen, particularmente previniendo los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos, mediante la tipificación de esos actos. Con este fin, el citado instrumento del Consejo de Europa está dividido en una estructura de Capítulos y Secciones.

El primer Capítulo, que contiene del mismo modo el primero de los artículos, está dedicado a definir, de modo auténtico a efectos del Convenio, una serie de conceptos relacionados con los sistemas y datos informáticos. El segundo Capítulo está dividido en tres Secciones y se dedica a aquellas medidas que deben adoptarse a nivel nacional –artículos 2 a 22–, tanto desde el punto de vista del Derecho penal material, como el Derecho procesal y de jurisdicción. El Capítulo tercero contiene normas dedicadas a Cooperación Internacional y asistencia mutua –artículos 23 a 35–. Finalmente, el cuarto y último Capítulo se refiere a una serie de disposiciones finales, al uso de otros instrumentos del Consejo de Europa.

En este contexto, el Protocolo adicional que es objeto de este comentario viene a ampliar el contenido del Convenio, en todos los aspectos mencionados anteriormente –aspectos materiales, procesales y de jurisdicción y mecanismos de cooperación internacional y asistencia mutua (art. 8)–, como respuesta jurídica a la propaganda de

índole racista y xenófoba difundida a través de sistemas informáticos. El Protocolo parte del reconocimiento de la libertad de expresión como «uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática» y como condición básica «para su progreso y el desarrollo de todo ser humano» para posteriormente, con una estructura similar a la del Convenio, desarrollar los distintos preceptos que buscan «garantizar un equilibrio idóneo entre la libertad de expresión y una lucha eficaz contra los actos de índole racista y xenófoba» y, así efectivamente, armonizar las disposiciones legales sustantivas relativas a la lucha contra la propaganda racista y xenófoba.

Capítulo I. Tras la expresión de la finalidad del Protocolo (art. 1), encontramos la definición auténtica de la dicción «material racista y xenófobo». Se entiende por tal «todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores» (art. 2.1). Así mismo, el siguiente precepto nos remite al Convenio sobre la Ciberdelincuencia para la correcta interpretación de expresiones y términos empleados en el Protocolo (art. 2.2).

Capítulo II. Bajo la rúbrica «Medidas que deben tomarse a nivel nacional», los artículos 3 al 6 contienen una serie de normas de marcado carácter penal, que imponen la obligación a los Estados de tipificar como delito, conforme su Derecho interno, las siguientes conductas cuando éstas se cometan intencionalmente:

Difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos (artículo 3). Se trata de criminalizar la difusión o puesta a disposición del público de cualquier otro modo de material racista y xenófobo por medio de un sistema informático. Sin embargo, esta aparente imperatividad se relativiza con las reservas de los apartados dos y tres de dicho artículo. El artículo 3.2 faculta a los Estados Parte a no tipificar como delito la difusión de un material que propugne, promueva o incite a una discriminación que no esté asociada con el odio o la violencia, siempre que se disponga de otros recursos eficaces. El tercer párrafo de este tercer artículo va aún más allá y permite a las Partes no aplicar el apartado primero en aquellos casos de discriminación respecto de los cuales, a la luz de los principios establecidos en su ordenamiento jurídico interno en materia de libertad de expresión, no pueda prever los recursos eficaces que refiere el apartado anterior.

Amenazas con motivación racista y xenófoba (art. 4). El Protocolo insta a los Estados Parte a tipificar el hecho de amenazar, por medio de un sistema informático, con la comisión de un delito grave, tal como se define en el Derecho interno, i) a personas por razón de su pertenencia a un grupo caracterizado por la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cualquiera de esos factores; o ii) a un grupo de personas que se distinga por alguna de esas características.

Insultos con motivación racista y xenófoba (art. 5). El instrumento comentado considera que merece reproche penal el insultar en público, por medio de un sistema informático, a diversas personas o grupo de personas, siguiendo la misma redacción que el artículo precedente. En este caso, este precepto incluye, de nuevo, dos reservas adicionales. Por un lado, faculta a las Partes a que exijan que estos insultos, para ser tipificados, tengan como efecto exponer a la persona o grupo de personas indicadas al desprecio o al ridículo (art. 5.2. a); y, por otro, incluso, posibilita que los Estados reserven aplicar, en todo o en parte, el propio precepto del artículo 5.1 (art. 5.2. b).

Negación, minimización burda, aprobación o justificación del genocidio o de crímenes contra la humanidad (art. 6). Las conductas que el Protocolo pretende incluir en el ordenamiento penal de los Estados Parte con este artículo consisten en difundir o poner a disposición del público de otro modo, por medio de un sistema informático, material que niegue, minimice burdamente, apruebe o justifique actos constitutivos de genocidio o crímenes contra la humanidad, tal como se definen en el derecho internacional y reconocidos como tales por una decisión definitiva y vinculante del Tribunal Militar Internacional, o de cualquier otro tribunal internacional establecido por los instrumentos internacionales pertinentes y cuya jurisdicción haya sido reconocida por esa Parte. Esta norma incluye las dos mismas reservas que la del artículo anterior, hecho que, siguiendo la opinión de F. JIMÉNEZ GARCÍA, refuerza la tesis de que el Protocolo presenta un carácter más programático y de denuncia que el propio Convenio sobre la Cibercriminalidad, si atendemos a la flexibilidad que incorpora en su articulado.

Por su parte, el artículo 7 del Protocolo insta a los Estados Parte a tipificar como delito la cooperación y complicidad intencionadas para la comisión de cualquiera de los delitos mencionados en los artículos anteriores.

Capítulo III. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 8 amplía los contenidos de carácter conceptual, material y procesal, así como de cooperación y asistencia mutua internacional previstos en el Convenio sobre la Cibercriminalidad a los delitos de racismo y xenofobia cometidos por medio de sistemas informáticos.

Capítulo IV. Por último, los artículos 9 a 16 incluyen disposiciones finales relativas a expresión del consentimiento en vincularse, entrada en vigor, adhesión, reservas y declaraciones, estatuto y retirada de las reservas, aplicación territorial, denuncia y notificación.

Finalmente, se contienen la relación de declaraciones y reservas efectuadas por los distintos Estados Parte. Con respecto a España, se incluye únicamente la declaración sobre Gibraltar, para el caso de que el Protocolo se aplique a dicho territorio. Ha de comentarse, igualmente, que en el *BOE* número 51, de 28 de febrero de 2015, se publicó una *corrección de errores* del mencionado Protocolo, que afecta a una reserva formulada por Montenegro.

Javier SÁNCHEZ BERNAL  
*Personal Investigador en Formación. Área de Derecho Penal*  
*Universidad de Salamanca*  
[jsbernal@usal.es](mailto:jsbernal@usal.es)

**Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito**  
**[BOE n.º 39, de 14-II-2015]**

**ORDENACIÓN, SUPERVISIÓN Y SOLVENCIA DE ENTIDADES DE CRÉDITO**

I. **Norma de desarrollo.** El Real Decreto que va a comentarse en estas líneas constituye el desarrollo normativo reglamentario de la [\*Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito\*](#) (sobre esta Ley, *vid.* SÁNCHEZ BARRIOS, J. L. 2014: «Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito». *AIS*, 2014-2, vol. 2: 205 y ss.), la cual es en la actualidad la norma interna básica del régimen jurídico aplicable a las entidades de crédito en nuestro país, sin perjuicio de la consideración del [\*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\*](#), y de la existencia de otras normas especiales que regulan tanto aspectos generales concretos del desarrollo de su actividad, su recuperación o resolución, como el régimen jurídico particular de cada tipo de entidad de crédito. Señalemos que lo que hace el Real Decreto 84/2015, como dice su artículo 1, es desarrollar la Ley 10/2014 en cuanto al acceso a la actividad, a los requisitos de solvencia y al régimen de supervisión de las entidades de crédito. Se observa pues que el Real Decreto no desarrolla el régimen sancionador del Título IV de la Ley 10/2014 (en este sentido, resultan 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*).

Este desarrollo normativo podía haberse materializado en un *Reglamento* –el que hubiera sido el Reglamento de la Ley 10/2014–, pero el legislador ha preferido aprobar la norma como Real Decreto de desarrollo de tal Ley, sin otorgarle formalmente aquel carácter reglamentario, aunque materialmente lo posea. La habilitación al Gobierno para la aprobación de este Real Decreto –y de cuantas otras normas reglamentarias sean necesarias– se contiene en la Disposición final decimotercera de la Ley 10/2014, en la que además se habilita al ministro de Economía y Competitividad para dictar las disposiciones precisas para modificar el *Anexo* de dicha Ley, de conformidad con lo que al respecto se determine en el Derecho de la Unión Europea, Anexo que contiene la lista de actividades objeto de reconocimiento mutuo. Recordemos, por otra parte, que dicha Disposición también establece que el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores pueden hacer uso, de conformidad con sus respectivos

ámbitos de competencia, de las opciones que se atribuyen a las autoridades competentes nacionales en el Reglamento (UE) n.º 575/2013 anteriormente citado. A este respecto, se pone de manifiesto que la Disposición final sexta del Real Decreto 84/2015 va más allá, al otorgar al Banco de España unas amplias facultades de desarrollo, mayores que la recogida en la Ley 10/2014, lo cual no tiene por qué originar problema alguno, siempre que se considere que la habilitación al Gobierno también comprende la posibilidad de otorgar esas otras facultades *allende* la Ley. De no ser así, debería modificarse la Ley para incorporar esas otras facultades.

**II. Norma de transposición de Directivas UE.** Además de desarrollar la Ley 10/2014, este Real Decreto culmina la transposición al Derecho español de dos Directivas UE: por un lado, la *Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, 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); y, por otro lado, se transpone la *Directiva 2011/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por la que se modifican las Directivas 98/78/CE, 2002/87/CE, 2006/48/CE y 2009/138/CE en lo relativo a la supervisión adicional de las entidades financieras que formen parte de un conglomerado financiero*.

Los aspectos más urgentes de la Directiva 2013/36/UE fueron incorporados 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*; posteriormente, la Ley 10/2014, de 26 de junio, incorporó aquellas disposiciones de la Directiva cuya transposición precisaba de rango de ley; y ahora el Real Decreto 84/2015 culmina esa transposición al incorporar el resto de disposiciones. Por lo que se refiere a la transposición de la Directiva 2011/89/UE, el Real Decreto 84/2015 supone igualmente su culminación, como dice el Preámbulo, modificando (Disposición final tercera) el *Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla 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*, para, entre otras cosas, suprimir alguno de los métodos de cálculo de los requisitos de adecuación del capital de las entidades del conglomerado.

**III. Real Decreto derogatorio y refundidor de normas significativas.** Si la Ley 10/2014 vino a derogar, entre otras normas que refundió, una de tanto calado como la *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* –que fue durante más de veinticinco años el núcleo de la regulación de las entidades de crédito en España– (sobre la necesidad de esa refundición, *vid.* SÁNCHEZ BARRIOS, J. L. «Ley 10/2014, de 26 de junio...», *op. cit.*, 205 y 206), el Real Decreto que comentamos no se queda a la zaga, derogando normas tan significativas como el *Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza*



y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito, y el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras –con excepción de aquellas disposiciones relativas a empresas de servicios de inversión, por lo que su derogación es parcial–, además de derogar también la Orden de 20 de septiembre de 1974, de ampliaciones de capital. En realidad, la derogación de los dos Reales Decretos citados ha sido únicamente formal, no material, pues lo que ha hecho el Real Decreto 84/2015 ha sido refundir ambos textos.

**IV. Estructura, ámbito de aplicación y contenido del Real Decreto.** El Real Decreto 84/2015 cuenta con un Título Preliminar –disposiciones generales sobre el objeto y el ámbito de aplicación (arts. 1 y 2)– y tres títulos que organizan la materia: el Título I se dedica a los requisitos de actividad de las entidades de crédito (arts. 3 a 42), el Título II al régimen de solvencia de tales entidades (arts. 43 a 75) y el título III al régimen de supervisión (arts. 76 a 93). Conforme al artículo 2.1 del Real Decreto, éste resulta de aplicación a las entidades de crédito establecidas en España o que presten servicios en España y a los grupos o subgrupos consolidables de entidades de crédito con matriz en España, siendo también aplicable –de conformidad con los términos previstos en la Ley 10/2014– a las sociedades financieras de cartera, a las sociedades financieras mixtas de cartera y a los grupos de las que éstas sean entidad matriz. Recordemos que la definición de entidad de crédito es la contenida en el artículo 1 de la Ley 10/2014, y que tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el Instituto de Crédito Oficial (sobre la nueva definición legal de la Ley 10/2014 y sobre las entidades que tienen tal consideración, *vid.* SÁNCHEZ BARRIOS, J. L. «Ley 10/2014, de 26 de junio...», *op. cit.*, 207 y 208).

El Título I del Real Decreto 84/2015, sobre los requisitos de actividad, está conformado por cuatro capítulos, comprendiendo los artículos 3 a 42. El Capítulo I recoge en cinco secciones unas disposiciones sobre autorización, registro y actividad de entidades de crédito. Las secciones primera (autorización y registro de bancos, requisitos para ejercer la actividad, limitaciones en período inicial...), segunda (autorización de modificaciones estatutarias y de modificaciones estructurales) y tercera (revocación y caducidad) no se aplican a todas las entidades de crédito, sino únicamente a los bancos, salvo que las normativas específicas de las cajas de ahorros y de las cooperativas de crédito prevean otra cosa (art. 2. 2). La sección cuarta, sobre actuación transfronteriza (apertura de sucursales y la libre prestación de servicios en la Unión Europea) y la sección quinta, sobre oficinas, agentes y delegación de funciones, sí son de aplicación a todas las entidades de crédito. El Capítulo II se dedica a las participaciones significativas, regulando cuestiones como su definición y cómputo, información a suministrar por el adquirente potencial, evaluación o publicidad de las participaciones. El Capítulo III se refiere a la idoneidad de los altos cargos (articulada sobre la base de la honorabilidad, los conocimientos y la experiencia), las incompatibilidades y el registro de altos cargos. Por último, el Capítulo IV se dedica al gobierno corporativo y a la política de

remuneraciones, regulando entre otras cosas el Comité de nombramientos, el Comité de remuneraciones y el Comité de riesgos.

El Título II se dedica a desarrollar las normas sobre solvencia de entidades de crédito, haciéndolo en dos capítulos, integrados por los artículos 43 a 75. El Capítulo I desarrolla la regulación de los sistemas, procedimientos y mecanismos de gestión de riesgos y autoevaluación del capital, haciendo referencia, entre otros aspectos, a los requisitos de organización, gestión de riesgos y control interno, a la responsabilidad del consejo de administración en la asunción de riesgos y a los tipos de riesgo, diferenciando hasta nueve: «de crédito y de contraparte», «residual», «de concentración», «de titulización», «de mercado», «de tipos de interés», «operacional», «de liquidez» y «de apalancamiento excesivo»; se refiere también a las denominadas «exposiciones frente al sector público». El Capítulo II desarrolla la regulación de los denominados «colchones» de capital, distinguiendo entre «colchón de conservación del capital», «colchón de capital anticíclico específico de cada entidad», «colchón de capital para entidades de importancia sistémica» (distinguiendo entre dos tipos de entidades: «Entidades de Importancia Sistémica Mundial» –EISM– y «Otras Entidades de Importancia Sistémica» –OEIS–) y «colchón contra riesgos sistémicos».

El Título III del Real Decreto 84/2015, sobre la supervisión de las entidades de crédito, está conformado por cuatro capítulos, comprendiendo los artículos 76 a 93. Los Capítulos I y II recogen los ámbitos objetivo y subjetivo de la función supervisora, el Capítulo III la colaboración entre autoridades de supervisión (intercambio de información, comprobaciones *in situ*, etc.) y el Capítulo IV las obligaciones de información y publicidad del Banco de España en su página web. Por su relación con este Título III, debe tenerse en cuenta la Disposición adicional segunda del Real Decreto, referente a la integración del Banco de España en el Mecanismo Único de Supervisión, del que el Banco Central Europeo es su eje. [Recordemos que a primeros de noviembre de 2014, hace casi un año, el BCE tomó las riendas efectivas de la supervisión europea como eje del *Mecanismo Único de Supervisión (MUS)*, 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*. Desde entonces, el BCE supervisa directamente las 122 entidades europeas consideradas sistémicas –en España son quince, sólo por detrás de Alemania– y el resto indirectamente, en colaboración con las autoridades nacionales de supervisión. El MUS es uno de los pilares de la unión bancaria en la UE, junto con el *Mecanismo Único de Resolución (MUR)*, que entró en funcionamiento en enero de 2015].

Tras la parte articulada, se recogen siete disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una derogatoria y siete disposiciones finales. Las disposiciones adicionales abordan los siguientes aspectos: la aprobación previa de los instrumentos de capital de nivel 1 adicional y de nivel 2; la integración del Banco de España en el

Mecanismo Único de Supervisión; las actividades relacionadas con los mercados de valores; la autorización para la transformación en bancos de sociedades ya constituidas; la composición del patronato de las fundaciones bancarias y los requisitos de honorabilidad; los representantes de las entidades adheridas en la Comisión Gestora del FGD. Por su parte, mediante las disposiciones finales se han venido a modificar el *Reglamento de desarrollo de la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito*, aprobado por el Real Decreto 84/1993, de 22 de enero; el *Real Decreto 2660/1998, de 14 de diciembre, sobre el cambio de moneda extranjera en establecimientos abiertos al público distintos de las entidades de crédito*, y el *Real Decreto 1332/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla 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*. [En este sentido, las modificaciones operadas por el Real Decreto 84/2015 han sido mucho menores que las de la Ley 10/2014 (al respecto *vid.* SÁNCHEZ BARRIOS, J. L. «Ley 10/2014, de 26 de junio...», *op. cit.*, 208 y 209); y destacar que fueron modificadas la Ley 13/1989 y la Ley 5/2005, cuyas normas de desarrollo se han modificado ahora por el Real Decreto].

**V. Conclusión.** En fin, para terminar, una *concluenda*: con el Real Decreto 84/2015 puede decirse que se da por finalizada la adaptación del Derecho interno español a la normativa UE de supervisión y solvencia de las entidades de crédito surgida de la crisis financiera; el cambio de época en la normativa prudencial está servido, al menos de momento, ahora lo que resta es aplicarla –esto es, probarla– y evaluarla, tanto a nivel interno como a nivel de la UE, esperando que no haga falta una nueva crisis como la padecida para que se detecten y se corrijan las deficiencias regulatorias.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS  
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil  
Universidad de Salamanca  
[jsaba@usal.es](mailto:jsaba@usal.es)

Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo  
de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera  
y otras medidas de orden social  
[BOE n.º 51, de 28-II-2015]

**SEGUNDA OPORTUNIDAD**

En el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social se modifican algunas de las previsiones contenidas en la Ley Concursal (LC). En particular se modifican, entre otros extremos, aspectos relativos al régimen del acuerdo extrajudicial de pagos y de exoneración del pasivo insatisfecho en el caso de que el deudor concursado sea una persona natural.

En lo que a las novedades en materia de acuerdo extrajudicial de pagos se refiere, se prevé ahora la posibilidad de que al referido proceso pueda acceder cualquier persona física o jurídica, comerciante o no, que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente. Ahora bien, ello es así siempre y cuando la estimación inicial de su pasivo no sea superior a los cinco millones de euros.

El deudor empresario persona natural que inicie el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos debe aportar el correspondiente balance (art. 231.1. I LC i.f.). A estos efectos, el artículo 231.1. II LC presenta un concepto instrumental de quién ha de reputarse empresario persona natural. Por su parte, para que las personas jurídicas puedan acceder al acuerdo extrajudicial de pagos han de concurrir en ellas las exigencias que resultan del artículo 231.2 LC. Ahora bien, tales previsiones han de cohonestarse con el reconocimiento de un conjunto de situaciones que de concurrir resultan en la privación al deudor de la posibilidad de formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

El artículo 232.2 LC prevé que la solicitud para poder alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos haya de hacerse mediante formulario normalizado suscrito por el deudor, que debe acompañarse de inventario, lista de acreedores y de una relación de contratos vigentes y de los gastos mensuales previstos. En caso de deudor persona casada con un régimen económico matrimonial que no sea el de separación de bienes se indicará asimismo la identidad del cónyuge con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios. Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y ésta pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo ha de realizarse por ambos o por uno con el consentimiento del otro.

En lo que a la designación del mediador se refiere, en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos del deudor persona natural no empresario, la solicitud se presentará ante el notario del domicilio del deudor y se estará a lo previsto en el nuevo artículo 242 bis

LC. En caso de personas naturales o personas jurídicas empresarios, se incorpora la posibilidad de que la solicitud se dirija asimismo a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hubieran asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España (art. 232.3 II LC).

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal habrá de comprobar los datos y la documentación aportados por el deudor pudiendo requerirle su complemento o subsanación. En ese mismo plazo, comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación en la localidad del domicilio del deudor. En lo que a los medios para la convocatoria de los acreedores a la reunión con el deudor se refiere, se da preeminencia a la comunicación electrónica (art. 234.2 IC). De la convocatoria se excluirá a los acreedores de Derecho Público (art. 234.1 LC).

Se introducen nuevas previsiones en relación a los efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 235 LC). Desde que el deudor presenta la solicitud ha de abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los propios del giro o tráfico de su actividad. Del mismo modo, comunicada la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración del concurso, el acuerdo extrajudicial despliega sus efectos sobre los acreedores que pudieran verse afectados por el mismo. Así no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Ahora bien, se introducen disposiciones específicas diferenciando en atención a si los bienes y derechos sobre los que recae la garantía no resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor ni tampoco afectan a su vivienda habitual. En estos casos, los acreedores pueden ejercitar la acción real que les corresponda sin perjuicio de que, iniciado el proceso, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos legalmente previstos. El acreedor que dispusiera de garantía personal para la satisfacción del crédito puede ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. Por otro lado, ahora se prevé que se suspenda el devengo de intereses en términos equivalentes a los previstos en el artículo 59 LC.

El RDL 1/2015 modifica igualmente el artículo 236 LC relativo a la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. En lo que al contenido de la propuesta se refiere, se introducen relevantes modificaciones en relación con el alcance de la espera cuyo plazo se amplía a un máximo de diez años frente a los tres anteriormente establecidos, se prevé sin matices que puedan incorporarse quitas. Se introduce asimismo una referencia expresa a la posibilidad de capitalizar deuda y se mantiene el reconocimiento expreso de la posibilidad de que la propuesta incorpore cesiones de bienes en pago

de deudas. Ahora bien, esta posibilidad se limita a los bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5 LC, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4 LC.

Se prevé expresamente, asimismo, nueva redacción del artículo 236.1 LC i.f., que en ningún caso la propuesta pueda consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación legalmente establecido.

El RDL 1/2015 ha modificado asimismo el régimen legalmente previsto para la exoneración del pasivo pendiente del deudor persona natural. Así pues, atendida la redacción de los artículos 176 bis. 3 y 178 bis.1 LC pueden acceder a la reducción de la carga financiera los deudores personas naturales cuyos concursos hubieran concluido realizadas las operaciones de liquidación o bien por insuficiencia de masa sin que se hubiera llegado a abrir la fase de liquidación. Ahora bien, para acceder a este beneficio el deudor habrá de solicitarlo al Juez del concurso en los términos legalmente previstos. Se requiere, además, que el deudor lo sea de buena fe. En relación con esta última exigencia, el RDL 1/2015 diferencia y distingue entre los deudores de buena fe que lo sean por haber satisfecho un determinado umbral de pasivo en el concurso y aquellos otros que, sin haber satisfecho el referido umbral, acepten sujetarse a un plan de pagos para satisfacer los créditos de cuya satisfacción no resulten exonerados en atención a las previsiones que se incorporan en el nuevo artículo 178 bis. 5 LC.

Aceptada por el Juez la solicitud de reducción de la carga financiera por considerar que el deudor lo es de buena fe, se accede al referido beneficio, si bien debe advertirse que con un carácter provisional. Cualquier acreedor concursal está legitimado para instar la revocación del beneficio si durante los cinco años siguientes a su reconocimiento se constata la concurrencia de alguna de las situaciones previstas en el artículo 178 bis 7 LC. Transcurridos estos cinco años desde su concesión provisional sin que hubiese concurrido alguna de las causas que hubiesen justificado su revocación, tal y como ya se advirtió el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho adquiere carácter definitivo.

En relación al deudor de buena fe que hubiera aceptado someterse a un plan de pagos, se comprueba que entre las causas que permiten la revocación del beneficio está el incumplimiento de la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos (art. 178 bis 7. b LC). Ahora bien, verificado el incumplimiento del plan de pagos, y atendidas las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, el juez del concurso puede llegar a declarar el carácter definitivo del beneficio de la exoneración del pasivo pendiente. Y ello puede ser así cuando el deudor hubiese destinado al cumplimiento de sus obligaciones resultantes del plan

de pagos, al menos, la mitad de los ingresos que hubiera percibido y que no tuviesen la consideración de inembargables. A efectos de determinar el carácter inembargable de los bienes, se estará a las previsiones que resultan del art. 1 RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa (art. 178 bis 8 LC).

Contra la resolución por la que se declare con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, no cabrá recurso alguno (art. 178 bis 8 LC).

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[ignacio.moralejo@unizar.es](mailto:ignacio.moralejo@unizar.es)

**Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial**  
**[BOE n.º 101, de 28-IV-2015]**

**FOMENTO DE LA FINANCIACIÓN EMPRESARIAL**

La crisis económica que se inició en 2008 causó un importante deterioro de la llamada «economía real», lo que provocó que incluso las empresas solventes tuvieran problemas para acceder al crédito. Tras un primer momento en el que la prioridad era sanear el sistema financiero, los poderes públicos han focalizado su actuación en conseguir que el crédito fluya con normalidad al tejido productivo. La disposición que se presenta persigue, por una parte, hacer más accesible y flexible la financiación bancaria a las pymes y, por otra, avanzar en el desarrollo de medios alternativos de financiación, sentando las bases regulatorias necesarias para fortalecer las fuentes de financiación corporativa directa o financiación no bancaria en España. La Ley consta de 94 artículos, ordenados en seis títulos, seis disposiciones adicionales, once disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y 13 disposiciones finales.

En el Título I, la Ley 5/2015, de 27 de abril, prevé medidas dirigidas a favorecer la financiación bancaria de las pymes. La Ley obliga a las entidades de crédito a notificar a estas empresas por escrito y con una antelación mínima de tres meses la decisión de cancelar o reducir significativamente el flujo de financiación que les vinieran concediendo. Con ello se pretende que puedan disponer de un margen de tiempo suficiente para permitirles buscar una fuente de financiación alternativa. Asimismo, las entidades de crédito que tomen esta decisión deben entregar a la pyme, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación, un documento («Información Financiera-pyme») que refleje la información financiera de la empresa en poder de la entidad de crédito y el historial de pagos, así como un informe de su calificación crediticia basado en la metodología común y modelos que a estos efectos elabore el Banco de España.

También con el propósito de facilitar el acceso de las pymes al crédito bancario, la Ley 5/2015, de 27 de abril, modifica el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca establecido en la Ley 1/1994, de 11 de marzo. La modificación afecta especialmente a los artículos 10, 11 y 43 de esta disposición.

En particular, se prevé, en primer lugar, que el reaval que la Compañía Española de Reafianzamiento presta a las sociedades de garantía recíproca se active ante el primer incumplimiento de la sociedad, lo cual deberá permitir a las pymes que formen parte de la sociedad de garantía recíproca obtener mejores condiciones al negociar sus créditos. En segundo lugar, se hace extensivo el régimen de idoneidad de administradores y directivos de las entidades de crédito a las sociedades de garantía recíproca. Ello va a suponer la exigencia de estrictos criterios de honorabilidad, experiencia y buen gobierno con lo que se pretende incrementar el nivel de profesionalización en estas entidades. Finalmente, se suprime la obligación de que las relaciones entre las sociedades de garantía recíproca y el socio en cuyo favor se hubiese otorgado una garantía se formalicen en escritura pública o póliza intervenida.



En el Título II, la Ley 5/2015, de 27 de abril, establece el nuevo régimen aplicable a los establecimientos financieros de crédito, incluidos los que prestan servicios de pago o emiten dinero electrónico (establecimientos híbridos). Como se sabe, desde que la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, excluyera de la consideración de entidad de crédito a estos establecimientos y les privara de la función de captar fondos reembolsables del público, salvo mediante la emisión de valores, una parte importante del régimen jurídico propio de esas entidades había dejado de ser aplicable a estos establecimientos. Era necesario, por tanto, establecer un régimen que colmara el vacío normativo existente. El legislador ha procurado, además, que este régimen contribuya a fomentar el desarrollo de este canal de financiación, de especial relevancia para la financiación del consumo minorista.

El nuevo régimen de los establecimientos financieros de crédito es el aplicable a las entidades de crédito con las especialidades que resultan de la Ley 5/2015, de 27 de abril, y su normativa de desarrollo. La Ley regula la creación, autorización y registro de estos establecimientos, así como su actividad, remitiendo en gran medida a un futuro desarrollo reglamentario. La función supervisora de estos establecimientos se encomienda al Banco de España, que la ejercerá de conformidad con lo establecido en la Ley 10/2014, de 26 de junio, con las adaptaciones que, en su caso, se determinen. Se establecen algunas especialidades en materia de solvencia y se regulan los deberes de información y el régimen sancionador.

El Título III de la Ley 5/2015, de 27 de abril, establece un nuevo marco jurídico de la titulización que refunde la normativa actual, dispersa en varios textos jurídicos, y la dota de coherencia y sistemática. Para aportar mayor claridad y seguridad jurídica a este marco el legislador ha unificado en una única categoría los fondos de titulización existentes y ha procurado flexibilizar su funcionamiento en consonancia con los criterios que se siguen en otras jurisdicciones europeas. También se han fortalecido las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, y se han especificado las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluyen la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización.

De nuevo con el propósito de mejorar el acceso de las empresas a los mercados de capitales, la Ley 5/2015, de 27 de abril, incorpora en el Título IV algunas medidas que han requerido modificar la normativa societaria y del mercado de valores.

Concretamente, se reforman la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (hoy derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores); el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en lo relativo a la emisión de obligaciones. Entre otros aspectos, se suprime el límite que impedía emitir obligaciones más allá de sus recursos propios en las sociedades anónimas y las sociedades comanditarias por acciones. Además, se elimina la prohibición

de emitir obligaciones que afectaba a las sociedades de responsabilidad limitada, si bien se introducen algunas salvaguardias para evitar que incurran en un endeudamiento excesivo. Finalmente, se precisa el ámbito de aplicación de la regulación del sindicato de obligacionistas. Para las emisiones que se sometan al Derecho español (*vid.* artículo 405.3 de la Ley de Sociedades de Capital), la constitución del sindicato de obligacionistas sólo será preceptiva cuando las obligaciones sean objeto de una oferta pública de suscripción en territorio español o sean admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en un sistema multilateral de negociación español.

Se modifica también la Ley 24/1988, de 28 de julio (hoy derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), con el objeto de favorecer el tránsito de las sociedades desde un sistema multilateral de negociación a un mercado secundario oficial. Para ello se reducen algunos requisitos por un periodo transitorio de dos años, si bien se obliga a las empresas que alcancen un volumen de capitalización más elevado a solicitar la admisión a negociación en un mercado regulado.

Las plataformas de financiación participativa constituyen un novedoso mecanismo para que los promotores de proyectos empresariales capten recursos de inversores que desean obtener un rendimiento de su dinero («crowdfunding»). En el Título V, la Ley 5/2015, de 27 de abril, regula las plataformas de financiación participativa en las que prime el componente financiero de la actividad, es decir, en las que el inversor espere recibir una remuneración dineraria por su participación. El legislador ha procurado lograr un equilibrio entre una regulación que potencie esta actividad y a la vez garantice un adecuado nivel de protección del inversor.

Como parte de esta regulación, en primer lugar se establece el régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa, a las que se reserva la actividad de poner en contacto a los promotores con los inversores, y se detallan los servicios que pueden prestar, los requisitos que deben cumplir los proyectos y las formas posibles de financiación. En segundo lugar, se detallan los requisitos que debe cumplir la plataforma, así como el procedimiento de autorización y registro. En tercer lugar, se especifican las normas que deben observar quienes utilizan esta vía de financiación, dedicando una especial atención a las que tienen por objeto garantizar una adecuada protección del inversor. Y, en cuarto lugar, se someten estas plataformas al régimen de supervisión, inspección y sanción a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Finalmente, el Título VI aumenta las competencias de supervisión, inspección y sanción de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y refuerza sus competencias en este ámbito. Así, se atribuye a la Comisión la facultad de elaborar guías técnicas, dirigidas a las entidades y grupos supervisados, exponiendo criterios, prácticas, metodologías o procedimientos apropiados para el cumplimiento de la normativa financiera aplicable. También se le confieren las competencias de autorización y revocación de entidades que operan en los mercados de valores y de imposición de infracciones muy graves, que hasta ahora correspondían al ministro de Economía y Competitividad.

Las Disposiciones finales de la Ley 5/2015, de 27 de abril, se han aprovechado para realizar modificaciones en diez disposiciones legales, entre las que cabe destacar, por su especial relevancia, la de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. La Disposición final quinta elimina las licencias municipales previas de apertura, instalación, funcionamiento, cambios de titularidad y de determinadas obras de acondicionamiento para pequeños establecimientos y las sustituye por declaraciones responsables o comunicaciones previas que habilitan para el ejercicio de la actividad desde el momento de su presentación. Asimismo, establece un régimen sancionador propio para hacer posible el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública en caso de incumplimiento de lo establecido en el Título I de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre.

Juan ARPIO SANTACRUZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[arpio@unizar.es](mailto:arpio@unizar.es)

[Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico](#)

[BOE n.º 114, de 13-V-2015]

**DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS**

Una de las peculiaridades que presenta el sistema de protección de las indicaciones geográficas en España radica en que es posible que existan distintivos que identifiquen productos cuyo vínculo geográfico se extienda a un territorio que sobrepasa el de una determinada Comunidad Autónoma: son las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico. Esta realidad afecta a algunas de las indicaciones que cuentan con mayor reconocimiento dentro y fuera de nuestras fronteras, como las de Guijuelo, Jamón de Huelva, Idiazábal, Calasparra, Cava o Rioja.

A ellas se dedica la norma que se comenta, la [Ley 6/2015, de 12 de mayo, de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico](#) (en adelante, Ley 6/2015), que reconoce de forma expresa la prevalencia de las disposiciones comunitarias (DA 5.<sup>a</sup>) y que podrá ser desarrollada por el Gobierno, en lo que sea preciso, para su aplicación (DF 3.<sup>a</sup>). Esta nueva reglamentación contiene una completa derogación normativa, que afecta, entre otras, a disposiciones que en la práctica ya carecían de aplicación (DD única) y entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (DF 4.<sup>a</sup>).

Las disposiciones más destacables de la norma, inspirada en las reglas establecidas en la [Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino](#), se encuentran en los Capítulos III a V. El Capítulo III se dedica a la protección de las Denominaciones de Origen Protegidas e Indicaciones Geográficas Protegidas. Estos dos distintivos de calidad pretenden proteger los derechos de los productores y de los consumidores; garantizar la especificidad del producto agrario o alimentario y servir como instrumento de diferenciación de los productos (art. 9). El sistema de protección establecido en esta nueva norma se aplica a los distintos tipos de DOP-IGP previstos en la normativa comunitaria:

- 1.º) Denominaciones de Origen Protegidas e Indicaciones Geográficas Protegidas de los productos vitivinícolas.
- 2.º) Indicaciones Geográficas de bebidas espirituosas.
- 3.º) Indicaciones Geográficas de vinos aromatizados, de bebidas aromatizadas a base de vino y de cócteles aromatizados de productos vitivinícolas.
- 4.º) Denominaciones de Origen Protegidas y las Indicaciones Geográficas Protegidas de otros productos de origen agrario o alimentario. El reconocimiento de todas estas modalidades de DOP-IGP exigirá, en su fase nacional, el desarrollo reglamentario del procedimiento (art. 14).

Respecto a la titularidad del derecho de exclusiva sobre la denominación de origen, el artículo 12.1 dispone que los nombres protegidos por estar asociados a una DOP o IGP supraautonómica son bienes de dominio público estatal que no pueden ser objeto de apropiación individual, venta, enajenación o gravamen.

En cuanto a la protección de las DOP e IGP, hay que destacar lo establecido en el artículo 13, según el cual los nombres de una DOP o IGP no pueden utilizarse como nombres de dominio de Internet cuando su titular carezca de derechos o intereses legítimos sobre el nombre y lo emplee para la promoción o comercialización de productos comparables no amparados por ellas. A estos efectos, los nombres objeto de una DOP o IGP están protegidos frente a su uso en nombres de dominio de Internet que consistan, contengan o evoquen dichas DOP o IGP.

Resultan reseñables también determinados aspectos relacionados con el uso de marcas por parte de los operadores (bodegas, productores, etc.), ya que los consejos reguladores no podrán exigir el uso de marcas en exclusiva para los productos de dicha DOP o IGP (GONZÁLVIZ PÉREZ, José Manuel. 2015: «Distribución y sector agroalimentario: la identificación mediante una misma marca de productos amparados con diversas indicaciones geográficas». *Revista Aranzadi doctrinal*, 2015, núm. 2.). En cualquier caso, la designación y presentación de los productos de dicho operador contendrá elementos identificativos suficientes para evitar que se induzca a error o confusión al consumidor (art. 13.7).

Las entidades de gestión desempeñan una importante tarea en lo que concierne a la consecución de los objetivos previstos para cada DOP-IGP. Así, los Consejos Reguladores, que deberán cumplir las condiciones fijadas legalmente (art. 15), tendrán como principales funciones, entre otras, la promoción y defensa del producto protegido [art. 16, letra a)], proponer modificaciones del pliego de condiciones [art. 16, letra b)] y aplicar los estatutos [art. 16, letra g)]. El ejercicio de estas funciones no podrá ser contrario a la normativa sobre competencia.

Uno de los aspectos que se incluyen en esta nueva regulación es el reconocimiento de las entidades de gestión como corporaciones de derecho público que se registrarán por el derecho privado (art. 17 y DA 1.<sup>ª</sup>). Estas entidades, para su financiación, podrán exigir contribuciones económicas a los operadores (art. 18).

En lo que respecta al control de DOP e IGP, debe hacerse mención a la obligación de autocontrol que asumen los operadores (art. 21). A esta obligación, hay que añadir los controles oficiales antes de la comercialización, que consistirán en la verificación del cumplimiento del pliego de condiciones de un producto (art. 22.1). Estas tareas de control oficial, que son competencia del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (art. 22.5), podrán ser delegadas (art. 23). Las entidades de gestión, en virtud de lo establecido en el artículo 24, podrán establecer en sus estatutos un sistema de control interno.

En este marco, merece ser subrayado el contenido de la disposición que la Ley 6/2015 dedica a fijar las obligaciones de los operadores, de las entidades de gestión y de los organismos de control. Partiendo de la obligación que tienen todos ellos de conservar la documentación por un tiempo mínimo de 5 años (art. 25.1), se fijan las obligaciones concretas que debe asumir cada uno de los agentes implicados: operadores (art. 25.2), entidades de gestión (art. 25.3) y organismos de control (art. 25.4). Para que las nuevas entidades de gestión puedan adaptarse a su nuevo régimen, la norma les otorga un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley (DT 1.<sup>ª</sup>).

En materia vitivinícola, la Ley 6/2015 contiene algunas disposiciones especiales, como la DA 2.<sup>ª</sup>, que establece determinadas indicaciones relativas a las características de los vinos, o la DA 3.<sup>ª</sup>, que regula los términos tradicionales que indican que el vino está acogido a una DOP-IGP de vinos.

Como norma de carácter administrativo, la Ley 6/2015 contiene también un completo régimen de inspección y sancionador (artículos 26-38) al que hay que añadir el régimen previsto en materia de declaraciones obligatorias y contratos en el sector de la leche y los productos lácteos (DA 7.<sup>ª</sup>).

La publicación de esta nueva disposición en materia de distintivos de calidad agroalimentaria se ha aprovechado para modificar algunas de las disposiciones de la [Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria](#) (art. 23, DA 1.<sup>ª</sup> y DF 3.<sup>ª</sup>).

M.<sup>ª</sup> del Mar GÓMEZ LOZANO\*  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil*  
*Acreditada Profesora Titular*  
*Universidad de Almería*  
[margomez@ual.es](mailto:margomez@ual.es)

José Manuel GONZÁLVIZ PÉREZ\*  
*Doctorando en Derecho Mercantil*  
*Universidad de Almería*  
[josegonzalezperez@yahoo.es](mailto:josegonzalezperez@yahoo.es)

\* *Grupo de investigación «Derecho público y privado de la agroalimentación y de la innovación tecnológica» (SEJ200)*

**Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas  
a las operaciones de pago con tarjeta  
[DOUE L 123, 19-V-2015]**

**TASAS DE INTERCAMBIO A OPERACIONES DE PAGO CON TARJETA**

En conformidad con la Agenda Digital y el objetivo de creación de un mercado digital único europeo, la promoción del comercio electrónico así como de los pagos electrónicos (por tarjeta, móvil o Internet) para bienes y servicios es una de las áreas prioritarias de trabajo para la Comisión Europea y las otras Instituciones de la Unión Europea desde hace años. La actual Comisión Juncker ha insistido en este objetivo desde el principio, estableciéndose en el discurso de ‘investidura’ del presidente ante el Parlamento Europeo como uno de los logros a conseguir durante su mandato y encargando a un vicepresidente específicamente de esta tarea.

Buena prueba de lo anterior es la adopción en los últimos años de varios textos legislativos en la materia: la Directiva 2007/64/CE ha sentado las bases de normas uniformes para la prestación de servicios de pago, el Reglamento (CE) n.º 924/2009 prohibió la disparidad entre las comisiones abonadas por los usuarios sobre los pagos transfronterizos en euros y las de pagos nacionales (incluyendo los pagos con tarjeta), el Reglamento (UE) n.º 260/2012 reguló las transferencias y adeudos domiciliados en euros en el mercado interior, y la Directiva 2011/83/UE prohibió a los comerciantes cobrar a los consumidores, por el uso de ciertos medios de pagos, tasas superiores al coste soportado por el propio comerciante.

Es en este contexto en el que se aprueba el nuevo Reglamento, aquí objeto de comentario, referido a las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta. La tasa de intercambio se define en el artículo 2, 10) del Reglamento como «una comisión pagada directa o indirectamente (es decir, a través de un tercero) por cada operación efectuada entre el emisor y el adquirente que intervienen en una operación de pago con tarjeta». El emisor es el proveedor de la tarjeta mientras que el adquirente, normalmente un banco, es el titular del terminal del punto de venta, quien a su vez contrata con el comerciante. Debe además tenerse en cuenta que forman también parte de dicha tasa de intercambio la compensación neta (importe neto total de los pagos, descuentos o incentivos abonados al emisor) u otra remuneración acordada.

La Comisión había observado dos problemas principales en relación a las tasas de intercambio en Europa: en primer lugar, que eran muy elevadas, sin que ello asegurase un alto nivel de calidad del servicio, lo que suponía un menoscabo para el comerciante y en última instancia para el consumidor a quien éste terminaba por repercutir sus costes; en segundo lugar, la gran disparidad existente entre los diferentes Estados miembros que suponía una fragmentación del Mercado único europeo, desincentivando o/y obstaculizando los pagos transfronterizos con tarjeta y por ende la libre prestación de

este tipo de servicios. La competencia era pues limitada y el comercio transfronterizo frenado. Además, aunque había actuaciones de las autoridades de competencia (tanto de la Comisión Europea como de las Autoridades Nacionales de Competencia) contra algunas de estas restricciones (véase, por ejemplo, la Decisión de la Comisión Europea de 2007 en el asunto Mastercard que consideró la tasa de intercambio contraria al artículo 101 TFUE, decisión confirmada por el Tribunal General y en la actualidad objeto de casación ante el Tribunal de Justicia de la UE), estas actuaciones no eran suficientes para eliminar todas las restricciones. Resultaba por tanto necesario legislar y además hacerlo a nivel europeo para evitar la fragmentación originaria.

Las principales innovaciones de este Reglamento pueden resumirse de la siguiente forma. En primer lugar, se establecen límites máximos para las tasas de intercambio aplicables a pagos con tarjetas de débito de particulares (0,2% como máximo, aunque existen normas especiales para operaciones nacionales que permiten límites inferiores y otros formatos) y a pagos con tarjetas de crédito de particulares (0,3% como máximo, si bien los Estados miembros podrán fijar límites inferiores para operaciones nacionales). En segundo lugar, bajo el título «Normas empresariales» (Capítulo III), se encuadran una serie de disposiciones que se dirigen a fomentar la competencia y la transparencia de información en estos servicios. Así, por ejemplo, el artículo 6 prohíbe la obligación de obtener licencias o autorizaciones específicas por cada país para realizar actividades transfronterizas, así como las restricciones territoriales en la Unión de los acuerdos de licencia o de las normas aplicables. El artículo 7 ordena la separación del régimen de tarjetas de pago y de las entidades procesadoras y promueve la interoperabilidad de los diversos sistemas. El artículo 8 viene a prohibir la marca única (un emisor ha de poder compartir dos o más marcas o aplicaciones de pago). Los artículos 10 y 11 protegen al beneficiario (el comerciante) al prohibir que se vea obligado a aceptar otros instrumentos de pago del mismo régimen de tarjetas con el que ha suscrito el contrato, o que se le impida orientar a los consumidores hacia el uso de instrumentos de pagos preferidos por el propio comerciante. Los artículos 9 y 12 imponen deberes de transparencia e información en beneficio directo del comerciante. En tercer y último lugar, el Reglamento establece en sus artículos 13-15 una serie de obligaciones para los Estados miembros en cuanto a la designación de autoridades competentes con competencias suficientes de investigación y ejecución para hacer cumplir el Reglamento, el diseño de sanciones efectivas, así como de procedimientos de resolución extrajudicial de reclamaciones y recursos adecuados y eficaces. No todas estas disposiciones son aplicables a partir del 8 de junio de 2015, previéndose en el artículo 18 una aplicación escalonada hasta el 9 de junio de 2016 y en otros artículos (véase por ejemplo el art. 3.3) ciertos regímenes transitorios específicos hasta diciembre de 2020.

Finalizo con una breve valoración de esta nueva normativa. Hay que decir, en primer lugar, que el Reglamento es bienvenido y, sin duda, contribuirá a cumplir sus dos



objetivos principales: por un lado, a poner límite máximo a las tasas de intercambio y, por otro, a evitar fragmentaciones que hagan más difíciles los pagos transfronterizos. En un contexto de crecimiento constante del comercio y pagos electrónicos, resulta capital que esas tasas sean moderadas y se eviten disparidades inadmisibles en función de si el pago es nacional o transfronterizo. Había que introducir más competencia y transparencia en el sector por lo que son especialmente interesantes las disposiciones del Capítulo III antes resumidas. Algunos Estados miembros se habían ya anticipado y establecido, al menos parcialmente, límites similares en su normativa interna (tal es, por ejemplo, el caso español) y el impacto ha sido una bajada muy significativa de las tasas (de entre un 55% y más de un 80%, según los datos facilitados por el Banco de España al Observatorio de Pagos con Tarjeta). Se atiende así a una demanda de los comerciantes minoristas que esperan obtener un ahorro muy sustancial. Aunque teóricamente estos ahorros deberían repercutir en el consumidor, cabe plantearse si la bajada de las tasas de intercambio no acabará provocando una subida de otras comisiones (emisión de tarjeta, cajeros...) que no están reguladas en esta normativa.

Jerónimo MAILLO  
*Profesor Titular de Derecho UE y*  
*Coordinador del Centro de Política de la Competencia*  
*Universidad CEU San Pablo, Madrid*  
[maigon@ceu.es](mailto:maigon@ceu.es)

**Reglamento (ue) 2015/760 del Parlamento Europeo  
y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre los fondos de inversión a  
largo plazo europeos**  
**[DOUE L 123, 19-V-2015]**

**FONDOS DE INVERSIÓN A LARGO PLAZO EUROPEOS**

1. El Reglamento (UE) 2015/760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2015 sobre los fondos de inversión a largo plazo europeos (en adelante, FILPE), cuya aplicación está prevista a partir del 9 de diciembre de 2015, crea un nuevo instrumento europeo de inversión colectiva que presenta entre sus características fundamentales la de exigir un compromiso a largo plazo de los sujetos que colocan su ahorro en el fondo. El objeto de los FILPE es impulsar las inversiones europeas en la economía real, fomentando la competitividad y la consecución de un crecimiento económico sostenible e integrador (art. 1.2), así como procurar protección frente a riesgos sistémicos.

Los FILPE están especialmente dirigidos a proyectos de infraestructuras y a pequeñas y medianas empresas que requieren una financiación de carácter duradero. Con este nuevo instrumento europeo de inversión trata de darse respuesta a la demanda de financiación a largo plazo requerida por determinados operadores que no es satisfecha por el recurso al crédito bancario, ya sea por la escasez de este tipo de financiación a causa de la crisis económica de los últimos años, ya por caracterizarse la financiación bancaria por ser preferentemente medio o cortoplacista. A diferencia de ello, los FILPE están configurados para ofrecer un soporte financiero sostenido en el tiempo, mostrándose así especialmente indicados para financiar ámbitos de actuación que requieren inversiones que han de ser mantenidas durante un largo período, tales como proyectos de desarrollo o mantenimiento de infraestructuras (transporte, educación, energía, sanidad, vivienda). Junto esta finalidad natural, los FILPE se han diseñado para servir igualmente de instrumentos de financiación de pymes no cotizadas o, incluso, cotizadas, siempre que cuenten con un bajo nivel de capitalización.

Desde el punto de vista de su encuadre regulatorio en la inversión colectiva europea, los FILPE constituyen un tipo de FIA (Fondos de Inversión Alternativa) cuyos gestores (GFIA) vienen regulados por la *Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos* (traspuesta al ordenamiento jurídico interno español por la *Ley 22/2014, de 12 de noviembre*). Junto a la normativa específica prevista en el Reglamento 2015/760, a los FILPE también les resultan de aplicación las normas que la citada Directiva 2011/61 prevé en relación con la gestión y comercialización del fondo. Ha de advertirse, sin embargo, que el Reglamento 2015/760 únicamente regula los FILPE de la Unión Europea. Por ello, sólo los FIA de la UE autorizados conforme a la Directiva 2011/61 y, en consecuencia, sólo los Gestores de FIA de la UE podrán gestionar los FILPE regulados en el Reglamento 2015/760 (art. 3.2). El Reglamento 2015/760 no se aplica, por tanto, a aquellos GFIA de fuera de la UE para

los que, igualmente, se prevén normas en la Directiva 2011/611. Además, y por lo que se refiere a los FILPE de la UE, el Reglamento 2015/760 establece un procedimiento complementario y específico de autorización del gestor del fondo –que en España corresponde a la CNMV– dirigido a garantizar que, efectivamente, el FILPE sea gestionado por un GFIA de la UE autorizado con arreglo a la citada Directiva (art. 3).

En tanto instrumento que persigue la captación de capitales orientados a la financiación a largo plazo de la economía real europea, la regulación de los FILPE se inserta en el marco de actuaciones dirigidas a la consecución del Mercado Único de Capitales (MUC). Condición imprescindible para la consecución de este objetivo y, por lo que ahora más interesa, para la contribución eficiente de este concreto instrumento de inversión a la conformación del MUC, es la existencia de una regulación uniforme y homogénea de los FILPE en el conjunto de la UE. Ello justifica el recurso al Reglamento como instrumento normativo para la regulación de los FILPE, pues permite garantizar la ausencia de divergencias entre el nivel de protección de las inversiones en los distintos Estados miembros, al tiempo que evita distorsiones de la competencia en el mercado europeo de la comercialización de los fondos de inversión. El presupuesto del éxito de este instrumento europeo pasa así por dotarlo de un régimen unificado en relación con cuestiones fundamentales que el Reglamento 2015/760 regula, tales como la política de inversión de los FILPE (Capítulo II del Reglamento 2015/760), las condiciones de reembolso y negociación de participaciones o acciones de un FILPE (Capítulo III del Reglamento 2015/760), los requisitos de transparencia (Capítulo IV del Reglamento 2015/760) y las condiciones de comercialización de acciones o participaciones del FILPE (Capítulo V del Reglamento 2015/760). En relación con este último aspecto, debe distinguirse entre la comercialización dirigida a inversores institucionales y la comercialización dirigida a minoristas, para quienes el Reglamento 2015/760 dispone una serie de normas específicas que buscan garantizar que este tipo de inversores posea una información suficiente sobre las consecuencias y riesgos de la colocación de su ahorro a largo plazo.

2. La *política de inversión de los FILPE* viene regulada por el Capítulo II del Reglamento 2015/760 (arts. 8 a 17). Estas normas, de observancia obligatoria, tienen por objeto asegurar que un alto porcentaje de los recursos del FILPE están colocados en inversiones a largo plazo. Para ello, el Reglamento 2015/760 identifica y señala los tipos de *inversiones aptas* para los FILPE y las condiciones que éstas deben reunir (arts. 9.1 y 10). Esta determinación positiva se complementa con una indicación de actividades que los FILPE no pueden emprender por implicar riesgos o condiciones ajenos a la naturaleza y finalidad del FILPE como instrumento de financiación a largo plazo (art. 9.2). Quedan también excluidas las inversiones en activos que, aun siendo aptos de acuerdo con el Reglamento 2015/760, están afectados por la concurrencia en ellos de un interés directo o indirecto del gestor (art. 12).

En primer lugar, los activos aptos para la inversión del FILPE son, de acuerdo con el artículo 9.1, letras a) y b), y el artículo 10 del Reglamento 2015/760, los instrumentos

de capital o cuasicapital emitidos y posteriormente adquiridos por el FILPE en las condiciones señaladas en el Reglamento 2015/760; los instrumentos de deuda emitidos por una empresa de cartera admisible; los préstamos concedidos por el FILPE a una empresa de cartera admisible cuyo vencimiento no supere el vencimiento del FILPE; las acciones o participaciones en uno o varios FILPE, FCRE y FESE –siempre que estos fondos no tengan invertido, a su vez, más del 10% de su patrimonio en FILPE–, y las tenencias directas o indirectas de activos reales con un valor igual o superior a 10 millones de euros (se incluyen, como posibles activos, por ejemplo, propiedad intelectual, infraestructuras, equipamiento, maquinaria o propiedad inmobiliaria).

Por lo que se refiere a la condición de empresa en cartera admisible (es decir, una empresa que es apta para la inversión del FILPE), ésta ha de ser, según el artículo 11 del Reglamento 2015/760, una empresa que no sea un organismo de inversión colectiva y que, además, no sea una empresa financiera y no esté admitida a cotización o que, de estarlo, tenga una capitalización bursátil que no exceda de 500 millones de euros. La empresa en cartera admisible a efectos del Reglamento 2015/760 puede estar establecida en un Estado miembro o en un tercer Estado, siempre que, en ese último caso, dicho Estado no esté definido por el GAFI como de alto riesgo y no cooperador.

Igualmente, y en segundo lugar, se consideran activos aptos para la inversión de los FILPE aquellos a los que se refiere el artículo 50.1 de la *Directiva 2009/65/CE de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios* (OICVM).

Además de señalar los activos aptos para la inversión, el artículo 13 del Reglamento 2015/760 exige una determinada composición y un determinado grado de diversificación de la inversión en dichos activos. Así, por un lado, se establece que una inversión mínima del 70% del patrimonio del FILPE ha de estar colocada en activos aptos. En cuanto a su diversificación, se establece, entre otras previsiones, que las inversiones en instrumentos emitidos por una sola empresa en cartera admisible, en préstamos concedidos a una sola empresa en cartera admisible, en un único activo real o en acciones o participaciones de un mismo FILPE, FCRE o FESE no podrán superar un límite máximo, que se cifra en el 10% del patrimonio del FILPE. Por otra parte, y por lo que se refiere a la inversión en activos del tipo de los recogidos en el artículo 50.1 de la Directiva 2009/65, éstos no podrán suponer más del 5% del patrimonio del FILPE cuando dichos activos hayan sido emitidos por un mismo organismo.

La regulación en el Reglamento 2015/760 de la política de inversión de los FILPE se refiere también a una serie de actividades que están vetadas a este tipo de fondos (art. 9.2). En concreto, se excluye la exposición directa o indirecta a materias primas, los préstamos de valores o la toma en préstamo de valores y de recompra o cualquier otro negocio de efecto económico equivalente, siempre que afecte a más del 10% de los activos del FILPE. Está igualmente excluido de las actividades de los FILPE el uso

de instrumentos financieros derivados, excepto que la finalidad de este uso sea cubrir riesgos inherentes a otras inversiones del FILPE. En relación con esta excepción, están pendientes de desarrollo las normas que deben fijar los criterios para determinar en qué circunstancias el uso de instrumentos financieros derivados tiene como única finalidad cubrir riesgos inherentes a una inversión.

Por último, el artículo 16 del Reglamento 2015/760 completa la política de inversión de los FILPE autorizándolos para la tenencia de determinados activos líquidos que permitan captar patrimonio adicional durante la vida del fondo. En concreto, se permite que los FILPE reciban préstamos en efectivo, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: que su importe y los activos gravados no representen más del 30% del patrimonio del FILPE, que el préstamo se destine a la inversión en otros activos aptos y que su vencimiento no sea posterior al del propio FILPE.

3. El Capítulo III del Reglamento 2015/760 se refiere al reembolso de las participaciones del FILPE y a su negociación. En relación con el reembolso de las participaciones del FILPE, el artículo 18.1 dispone, coherentemente con la naturaleza del FILPE y la estrategia de inversión a largo plazo que lo caracteriza, que los inversores no podrán solicitar su reembolso antes de la fecha de vencimiento del FILPE. Esa fecha deberá estar claramente indicada en sus reglamentos o documentos constitutivos. Por excepción a lo anterior, el apartado 2 del mismo art. 18 prevé la posibilidad de un reembolso anticipado bajo ciertas condiciones.

4. El reembolso de las participaciones, cuando proceda, deberá realizarse en efectivo (art. 18.5) previa enajenación de los activos del FILPE de acuerdo con un plan de enajenación ordenada adoptado por el FILPE (art. 21.1). Esto no obstante, es posible que el reembolso se realice en especie siempre que los documentos constitutivos del FILPE lo hayan previsto, que ello no suponga un trato no equitativo para el resto de inversores y que no exista ninguna norma que prohíba la enajenación de los activos afectados (art. 18.6).

En todo caso, los inversores del FILPE pueden hacer líquido el valor de su participación en el fondo y obtener su valor de cotización a través de la negociación de sus participaciones en un mercado secundario. La admisión a negociación de las acciones o participaciones del FILPE en un mercado regulado o en un sistema multilateral de negociación no podrá ser impedida por los documentos constitutivos del FILPE (art. 19). Por último, el artículo 22 del Reglamento 2015/760 posibilita la distribución periódica a los inversores de los rendimientos procedentes de los activos del fondo o, en su caso, de la plusvalía obtenida tras la enajenación de un activo, siempre que dichos rendimientos no resulten necesarios para futuros compromisos del FILPE.

5. Finalmente, el Reglamento 2015/760 dispone en sus Capítulos IV y V una serie de normas relativas a la transparencia y a la comercialización de las acciones o participaciones del FILPE.

6. En garantía de la transparencia, el Capítulo IV del Reglamento 2015/760 establece la emisión obligatoria de un folleto de emisión cuyo contenido mínimo pormenorizan los arts. 23, 24 y 25 del Reglamento 2015/760, y que comprende toda la información necesaria para que los inversores estén en condiciones de realizar una evaluación fundada sobre la inversión que se les propone y sobre los riesgos que conlleva.

Por lo que se refiere a la comercialización de las participaciones en el FILPE ésta podrá dirigirse, según las normas del Capítulo V del Reglamento 2015/760, tanto a inversores institucionales como a minoristas. Los inversores institucionales cuyo perfil se considera más ajustado a este tipo de inversión son las compañías de seguros, municipios, iglesias, organizaciones benéficas y, en general, sujetos con capital y experiencia suficientes para invertir a largo plazo.

En cuanto a la comercialización de las participaciones del FILPE entre minoristas, el Reglamento 2015/760 impone al gestor del fondo la obligación general de prestar un asesoramiento adecuado al inversor minorista como condición para poder comercializar el FILPE en este círculo de inversores (art. 30.1).

Junto a ello, recoge otra serie de obligaciones específicas que incumben al gestor y al distribuidor del fondo. Entre ellas, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 del Reglamento 2015/760, el gestor del fondo ha de valorar previamente si el FILPE es adecuado, a la vista de su duración y estrategia de inversión, para ser comercializado entre minoristas. El resultado de dicha valoración debe ser comunicado al distribuidor del FILPE. Este último, por su parte, ha de hacer la correspondiente advertencia al inversor minorista sobre la posibilidad de que el producto no sea apto para su perfil inversor cuando el período de vida previsto para el FILPE objeto de comercialización supere los 10 años. Además, entre los requisitos exigidos cuando la comercialización de participaciones de un FILPE se realiza entre inversores minoristas, figura la obligación del gestor de informarse sobre el potencial cliente (recabando información sobre sus conocimientos y experiencia en este tipo de inversiones, sobre su situación financiera y capacidad para soportar pérdidas y sobre los objetivos que persigue con la inversión, incluido el horizonte temporal) a fin de valorar la idoneidad del inversor minorista, de manera que el gestor solo recomendará la adquisición de participaciones en el FILPE en el caso de que resulte idónea para el perfil de ese concreto inversor (art. 28.1). Como precaución adicional, el Reglamento 2015/760 advierte que cuando la cartera del cliente minorista no supere los 500000 euros, la inversión global en FILPE no podrá superar el 10% de dicha cartera, siempre que el importe inicial invertido en uno o varios FILPE no sea inferior a 10.000 euros (art.30.3).

Pilar MARTÍN ARESTI  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
*Acreditada como Catedrática*  
*Universidad de Salamanca*  
[pimar@usal.es](mailto:pimar@usal.es)

Ley 9/ 2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes  
en materia concursal  
[BOE n.º 125, de 26-V-2015]

**CONCURSAL**

El 26 de mayo de 2015 se publicó en el *BOE* la Ley 9/2015 de medidas urgentes en materia concursal. Esta disposición incorpora algunas de las previsiones contenidas en el RD Ley 11/2014, de 5 de septiembre, que después de su convalidación parlamentaria fue objeto de tramitación como proyecto de Ley. La Ley 9/2015 consta en su parte dispositiva de un artículo único que se divide en cuatro apartados, y modifica varios preceptos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (LC), relativos principalmente al convenio concursal, fase de liquidación, calificación del concursal y acuerdos de refinanciación.

En relación a la regulación del convenio, lo dispuesto por el RD Ley 11/2014 suscitó ciertas dudas interpretativas respecto del que debía ser el contenido mínimo de la propuesta de convenio y el alcance de las propuestas alternativas. La Ley 9/2015 incorpora una nueva redacción al artículo 100.2 LC y señala cómo la propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, de vencimiento o características distintas de la deuda original.

La Ley 9/2015 modifica asimismo el régimen del quórum de la junta de acreedores. La nueva redacción del artículo 116.4 LC prevé que la junta quede válidamente constituida con la concurrencia de acreedores que titulen créditos por importe de, al menos, la mitad del pasivo ordinario del concurso o, en su defecto, cuando concurren acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo del concurso que pudiera resultar afectado por el convenio excluidos los acreedores que titulen créditos subordinados. Así pues, se comprueba cómo en el cómputo del quórum quedan incluidos, en el caso en que no se hubiera alcanzado la concurrencia de al menos la mitad del pasivo ordinario, los acreedores privilegiados cuyos créditos pudieran verse afectados por el convenio. Se elimina en consecuencia la previsión resultante de la anterior redacción del artículo 123.1 LC en el sentido de que la asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectaba al quórum de constitución ni les sometía a los efectos del convenio que se aprobase. A efectos de la conformación de las mayorías legalmente exigidas para la aprobación del convenio, se establece igualmente que en el cómputo del pasivo ordinario favorable a la propuesta se incluyan los votos de los acreedores privilegiados (art. 124. 2 LC).

En sede de liquidación concursal, se aclaran las previsiones que se contienen en el artículo 149 LC recalándose el carácter supletorio de las reglas acogidas en el apartado 1 del referido precepto. Con anterioridad a la reforma operada en virtud de la Ley 9/2015 se permitía al juez la adjudicación unitaria del conjunto de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas del concursado a la oferta cuyo precio no difiriese en más de un 15% de la inferior cuando el juez considerase, eso sí, que de esta manera se garantizaba en mayor medida la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores (art. 149.1.3.º LC). En su redacción anterior, el precitado precepto preveía una diferencia con la oferta inferior de hasta el 10%.

Igualmente, el Real Decreto Ley 11/2014 contemplaba que el juez, de oficio o a instancia de parte, puede ordenar la consignación en una cuenta del juzgado de hasta un 10% de lo que se obtenga de cada enajenación de bienes y derechos integrados en la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma. La Ley 9/2015 eleva el monto de esta eventual retención al 15%. Este montante se utiliza para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación (art. 148.6 LC).

El régimen contenido en los arts. 146 bis y 149 LC se traslada a los supuestos en que en fase común o en sede de procedimiento abreviado se procede a la transmisión de las unidades productivas de bienes o servicios del concursado (arts. 43.4 y 191.7 LC).

En sede de calificación del concurso, la Ley 9/2015 modifica los arts. 164 y 165 LC. En la enumeración de los sujetos cuya actuación y conducta hayan de ser evaluadas abierta pieza de calificación se incorpora la referencia a los socios de la persona jurídica concursada que se encuentren en la situación referida en el artículo 165.2 LC (art. 164.1 *i.f.* LC). Por otro lado, se modifica el artículo 165 LC ciñéndose la presunción relativa de concurso culpable al supuesto en que los administradores o liquidadores de la sociedad concursada no hubiesen asistido a la junta de acreedores cuando su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio (art. 165.1.2.º *i.f.* LC). Igualmente la presunción relativa de concurso culpable se extiende a los supuestos en que los socios o administradores se hubieran negado, sin causa razonable, a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles, lo que hubiera frustrado la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 165.2 LC).

Por último, y ahora en un plano preconcursal, la Ley 9/2015 ha introducido una nueva redacción que aclara las previsiones contenidas en el artículo 5 bis LC que contribuyen a la aclaración de sus términos. Se establece que el deudor debe comunicar al juzgado competente para la declaración de su concurso qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial. En caso de controversia sobre la consideración de un bien integrado en el patrimonio del deudor como



necesario, corresponde resolver al juez competente para conocer del concurso (art. 5 bis 4 LC). La Ley 9/2015 ha modificado igualmente alguna de las previsiones que se contienen en el apartado 1 de la Disp. Adic. 4.ª LC. En caso de préstamos sindicados se entiende que los acreedores prestamistas suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75% del pasivo representado por el préstamo, salvo que las normas que regulan la sindicación estableciesen una mayoría inferior que sería de aplicación. Ahora bien, tras la reforma que introduce la Ley 9/2015 se dispone que una vez aprobado el acuerdo en los términos referidos, se entiende que *la totalidad de los acreedores sujetos a dicho acuerdo suscriben el acuerdo de refinanciación* a efectos de cumplir las previsiones que permitan su homologación. Esta previsión se incorpora igualmente en sede de cómputo del pasivo necesario a los efectos de habilitar los «escudos protectores» que han de blindar frente al ejercicio de las acciones rescisorias los acuerdos de refinanciación no homologados judicialmente (art. 71.bis.1.b.1.º LC).

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[imoral@unizar.es](mailto:imoral@unizar.es)

[Directiva \(UE\) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento \(UE\) n.º 648/2012 y se derogan las Directivas 2005/60/CE y 2006/70/CE \[DOUE L 141, 5-VI-2015\]](#)

**LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES EN LA UE (I)**

**1. Introducción: la lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas en la UE**

Como es bien sabido, tanto el terrorismo como la delincuencia organizada precisan de financiación para poder ser cometidos y de ahí que tal financiación constituya una parte nada desdeñable de estos fenómenos criminales. Esta financiación pasa por el encubrimiento de su origen delictivo, es decir, del llamado blanqueo de los capitales y beneficios obtenidos por esta vía espuria. De ahí también que la prevención de este blanqueo sea uno de los frentes más importantes en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, y por ello ya se habían venido adoptando en el ámbito de la UE diversas normas en esta materia desde los inicios de la última década del pasado s. XX. Así, una de las primeras y más destacadas medidas al respecto fue la antigua Directiva 91/308/CE, del Consejo, de 10 de junio de 1991 (*DOCE* L 166, de 28 de junio de 1991), sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, modificada por la Directiva 2001/97/CE, del PE y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 (*DOCE* L 344, de 28 de diciembre de 2001), ambas derogadas que fueron por la posterior Directiva 2005/60/CE, del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (*DOUE* L 309, de 25 de noviembre de 2005), sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, a su vez posteriormente desarrollada mediante la Directiva 2006/70/CE, de la Comisión, de 1 de agosto de 2006 (*DOCE* L 214, de 4 de agosto de 2006), por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE (todas ellas derogadas en la actualidad, con algunas salvedades, y disponibles en «<http://europa.eu>»).

Como puede verse, se ha producido toda una evolución en la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo para hacer cada vez más completo y eficaz el marco normativo en este punto. Sin embargo, esta evolución dista mucho de haber quedado cerrada, y de ahí que se plantease la necesidad de actualizar esta normativa. Así, la Comisión presentó el 7 de febrero de 2013 un plan al respecto, basado, entre otros elementos, en la elaboración previa de una Propuesta de Directiva del PE y del Consejo en esta materia, de 5 de febrero de 2013 (Doc. COM [2013] 45 final, disponible en «<http://ec.europa.eu>»), cuya tramitación fue objeto de un Acuerdo Político del Consejo de 30 de enero de 2015 (Doc. 5748/15, disponible en «<http://consilium.europa.eu>»), con declaraciones de varios Estados miembros. Todo

ello culminó en otro de los hitos más recientes en esta evolución en la lucha contra el lavado del dinero ilícito, concretamente en la nueva y ya vigente Directiva 2015/849/UE, del PE y del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DBCFT) o la financiación del terrorismo (por la que se derogan las Directivas 2005/60/CE y 2006/70/CE, de la Comisión, *cit.*), de 20 de mayo de 2015 (DOUE L 141, de 5 de junio de 2015, disponible en «<http://europa.eu>»). Conforme al artículo 68 DBCFT, su entrada en vigor tuvo lugar el pasado 25 de junio de 2015, desde un punto de vista estrictamente formal. No obstante, y de acuerdo con el artículo 67.1 de la misma Directiva, su aplicación efectiva se ha visto pospuesta hasta el 26 junio 2017, dadas, por un lado, la complejidad que siempre reviste la puesta en práctica de las modificaciones introducidas mediante reformas de tal calado como la que ahora nos ocupa y, de otro y muy especialmente, la necesaria incorporación de las nuevas previsiones de la DBCFT a los ordenamientos internos de los Estados miembros.

## 2. Estructura, contenidos y principales innovaciones introducidas mediante la Directiva 2015/849/UE

El texto articulado de la DBCFT consta de 69 preceptos, ordenados en siete Caps., a saber, I (Disposiciones Generales; arts. 1 a 9), II (Diligencia Debida con respecto al Cliente; arts. 10 a 29), III (Información sobre la titularidad real; arts. 30 y 31), IV (Obligaciones de Información; arts. 32 a 39), V (Protección de Datos, Registro, Conservación de Documentos y Datos Estadísticos; arts. 40 a 44), VI (Políticas, Procedimientos y Supervisión; arts. 45 a 62) y VII (Disposiciones Finales; arts. 63 a 69). A todo ello se añaden los Anexos I a IV (listas no exhaustivas de variables de riesgo, de factores y tipos de datos para la identificación de situaciones potencialmente de menor y de mayor riesgo, y tabla de correspondencias, respectivamente).

Como no podía ser de otro modo, el contenido de la DBCFT muestra a grandes rasgos una cierta continuidad con las demás Directivas en esta materia que la precedieron; no obstante, y justamente a partir de esa experiencia y de otras experiencias más allá del marco de la UE y en otras Instituciones internacionales (en particular, *vid.* las Normas Internacionales sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y la Proliferación, más conocidas como los Estándares o Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional [GAFI o FATF por sus siglas en lengua inglesa *Financial Action Task Force*], organismo intergubernamental con sede en París, creado por acuerdo del entonces llamado G 7 en 1989, cuya más reciente versión data de 15 de febrero de 2012 [disponibles en «<http://www.fatf-gafi.org>»] y que constan de 40 Recomendaciones), se pudo concluir la necesidad de adoptar esta ulterior Directiva para introducir una serie de importantes novedades, de entre las cuales destacan especialmente las siguientes:

- La notable *ampliación del ámbito de aplicación* de la DBCFT, en un plano tanto objetivo como subjetivo. Así, desde un punto de vista objetivo, se incrementa

el número de actividades que puedan ser susceptibles de ser calificadas como operaciones de blanqueo de capitales o sospechosas de servir para la financiación del terrorismo. Por supuesto, se mantiene la inclusión de la conversión o la transferencia de bienes procedentes de actividades delictivas, la ocultación de su naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad, su adquisición, posesión o uso a sabiendas de que proceden o participan de tales actividades, o la participación, asociación o asesoramiento (en definitiva, la colaboración en cualquiera de sus modalidades) en las mismas para realizarlas o facilitar su ejecución, y asimismo el suministro o recogida de fondos en todo o en parte y de forma directa o indirecta para la comisión de actos terroristas, tal y como se definen en los arts. 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002 (DOCE L 164, de 22 de junio de 2002), sobre la lucha contra el terrorismo (art. 1 DBCFT). Pero, a mayor abundamiento, se añaden a este tipo de actividades delictivas los delitos fiscales en la definición que de aquéllas se establece en el artículo 3.4 DBCFT, concretamente en la letra f) de dicho precepto. Desde una perspectiva subjetiva, la enumeración de las entidades obligadas (antes llamados sujetos obligados en la normativa precedente) en virtud de esta Directiva comprende, como en las Directivas anteriores, a las entidades de crédito y financieras, auditores, contables externos, asesores fiscales, agentes inmobiliarios, notarios, etc. (art. 2.1 DBCFT), pero se suman ahora a todas ellas las entidades proveedoras de servicios de juegos de azar, cuyas actividades también podrían ser susceptibles de verse manipuladas con esta finalidad de lavado de dinero ilícito [art. 2.1 f) DBCFT].

- La *consolidación definitiva de la evaluación adecuada del riesgo* de que se produzca un blanqueo de capitales o una financiación del terrorismo como elemento clave en la puesta en funcionamiento de las disposiciones de la DBCFT. Así se desprende con claridad de la Secc. 2.<sup>a</sup> del Cap. I (arts. 6 a 8) de esta Directiva, y de hecho se impone a la Comisión el deber de elaborar un informe para determinar, evaluar y analizar estos riesgos en el marco de la UE a más tardar para el 26 de junio de 2017, informe que deberá ser actualizado como mínimo cada dos años (art. 6.1.2.º DBCFT), y que irá referido a los ámbitos más expuestos a estos riesgos en el mercado interior, a los concretos tipos de riesgo asociados a tales sectores y a los medios más habituales para el blanqueo de capitales [art. 6.2. a), b) y c) DBCFT]. Por ende, este informe deberá tener en cuenta el dictamen que deberán redactar las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) a través de su Comité Conjunto, sobre los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo en el sector financiero de la UE, dictamen que deberá haber sido concluido como máximo el 26 de diciembre de 2016 (art. 6.5 DBCFT). Sobre este informe, la Comisión formulará recomendaciones a los Estados miembros para, a su vez, evaluar,

prevenir y evitar estos riesgos, a través de la autoridad o mecanismo que deben designar para coordinar la respuesta a dichos riesgos (art. 7.2 DBCFT) y, en caso de no seguir estas recomendaciones, los Estados miembros deberán notificar y justificar tal decisión (art. 6.4 DBCFT). Por lo demás, los Estados miembros deberán procurar que las entidades obligadas adopten las medidas adecuadas para detectar y ponderar estos riesgos y asimismo para prevenirlos, mediante políticas, controles y procedimientos internos en estas entidades (art. 8 DBCFT). De este modo, el llamado sistema de enfoque de evaluación de riesgos va a informar la interpretación y aplicación de todo el texto articulado de esta Directiva.

- El *incremento evidente de las competencias atribuidas a la Comisión* en esta materia no sólo por su papel protagonista en el ya expuesto sistema de enfoque de evaluación de riesgos, sino también por el otorgamiento a esta Institución de la UE de los poderes para adoptar actos delegados (art. 64 DBCFT), sobre todo en lo referente a la política en relación con Estados terceros, dada la remisión establecida en los párrafos segundo, tercero y quinto del referido precepto al artículo 9 de esta Directiva. Y ello reviste una capital importancia, pues supone que será la Comisión la instancia competente para determinar los Estados terceros que planteen amenazas importantes para el sistema financiero de la UE por sus deficiencias estratégicas en sus sistemas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, en lo que se ha dado en denominar «terceros países de alto riesgo» (art. 9.1 DBCFT).
- El *refuerzo significativo de los registros y listados* a utilizar como instrumentos en la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, ya que, respecto de los primeros, destaca en particular la creación en cada uno de los Estados miembros de los registros centrales de titularidades reales (art. 30.3 DBCFT), en el sentido de la definición establecida en el artículo 3.6 de esta Directiva (la persona o personas físicas que tengan la propiedad o el control en último término del cliente o la persona o personas jurídicas por cuenta de las cuales se lleve a cabo una transacción o actividad), lo que puede hacerse a través de los registros mercantiles, de sociedades, o bien mediante la puesta en marcha de un nuevo registro público *ad hoc*. Conforme al régimen establecido en los arts. 30 y 31 DBCFT, la información contenida en este registro deberá ser accesible sin restricciones para las autoridades competentes y las llamadas «Unidades de Inteligencia Financiera» (UIF) designadas en cada Estado miembro (art. 32.1 DBCFT) a estos efectos (en España, se trata del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias [SEPBLAC], dependiente de la Secretaría de Estado del Ministerio de Economía y adscrita al Banco de España, y cuya regulación básica se establece en los arts. 45 a 47 [en el Cap. VII, «De la organización

institucional», arts. 44 a 49] de la Ley 10/2010, de 28 de abril [BOE 103, de 29 de abril de 2010], de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo [DBCFT]), lo será también para las entidades obligadas, aunque con ciertas restricciones de acuerdo con el Cap. II de esta Directiva y en el marco del cumplimiento de las medidas de diligencia debida hacia sus clientes, y asimismo para toda persona u organización que acredite un interés legítimo, extremo este último sobre el que nada más se precisa en la DBCFT [arts. 30.5 a), b) y c)]. En cuanto a los listados, el mayor rigor en la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo ha llevado al Legislador comunitario a tomar una postura sumamente enérgica, ya que se faculta a la Comisión, en el marco de los referidos actos delegados del artículo 64 DBCFT, para elaborar una lista de los ya citados terceros países considerados como de alto riesgo en este punto, es decir, una lista negativa o «lista negra» de tales Estados (arts. 9.2 y 9.3 DBCFT).

- La *extraordinaria ampliación e intensidad que pasa a tener el nivel de diligencia debida* a las entidades obligadas, cuya extensión se ve especialmente acrecentada. Así se observa en la detallada y minuciosa enumeración de deberes hacia su cliente que se establece en el Cap. II de esta Directiva (siguiendo la línea de las Directivas previas), que va desde la prohibición de cuentas bancarias anónimas (art. 10. DBCFT) hasta la comprobación de la identidad del cliente y de la titularidad real de los bienes de que se trate (art. 14.1 DBCFT), pasando por la obtención de información sobre el propósito y la índole prevista de la relación de negocio con dicho cliente (art. 13.1 c) DBCFT), etc. Estas medidas pueden verse simplificadas (arts. 15 a 17 DBCFT, especialmente el artículo 16) o reforzadas (arts. 18 a 29 DBCFT, especialmente el artículo 18.3), en función del sistema de enfoque de evaluación de riesgos, lo que dependerá, sobre todo, de los factores de menor o mayor riesgo, determinados a estos efectos en los Anexos II y III, respectivamente. En particular, destacan los deberes de conservación de documentos por parte de las entidades obligadas durante un plazo de cinco años desde la extinción de las relaciones de negocios con sus clientes [arts. 40.1 a) y b) DBCFT], y los deberes de información impuestos a dichas entidades y a sus directivos y empleados, que deben comunicar de buena fe a las UIF en cada Estado miembro (arts. 33 y 34 DBCFT), y que, por supuesto, afectan a los datos de sus clientes cuando se sospeche o se tengan motivos razonables para pensar que los bienes o fondos de aquéllos proceden de actividades delictivas o están vinculados a la financiación del terrorismo. Es muy significativo que se declare en el artículo 37 DBCFT que este deber no supone infracción alguna de las restricciones a la difusión de esta información de origen legal o contractual, lo que supone, por ejemplo, que el secreto profesional de los abogados decae ante este deber (ap. 39 *in fine* del Preámbulo

DBCFT). Se ha incorporado, pues, a esta Directiva, la doctrina jurisprudencial sentada en su momento en la famosa S. TEDH (Secc. 5.º), *Patrick Michaud v. République Française*, de 6 de diciembre de 2012 (caso «Michaud», disponible en «<http://hudoc.echr.coe.int>»). Con todo, se ha mantenido la existencia de numerosas excepciones a los deberes de diligencia de las entidades obligadas, como vía para atemperar el rigor de dichos deberes. Así, por ejemplo, y entre otras excepciones, se ha previsto que los importes de las transacciones de los clientes de estas entidades deben superar unos umbrales mínimos para que se les apliquen los referidos deberes, por ejemplo, los 15.000 € en las transacciones ocasionales (es decir, en efectivo) y los 1.000 de dichas transacciones si son transferencias de fondos efectuadas por un prestador de servicios de pago [art. 11.1 b), aps. i) e ii), DBCFT], o los 2.000 € de las transacciones de los proveedores de servicios de juego (arts. 11.2 DBCFT). En otro orden de cosas, también se exime de estos deberes a notarios y otros profesionales independientes del derecho (una vez más sin que se señalen los criterios para delimitar esta difusa noción), auditores, contables externos y asesores fiscales, en la medida en que tales personas determinen la posición jurídica de su cliente o el ejercicio de sus labores de defensa, incluido el asesoramiento sobre la incoación de un procedimiento judicial o la forma de evitarlo (lo que mantiene en esencia el secreto profesional de los abogados, a pesar de la doctrina del caso Michaud y del artículo 37.1 DBCFT, *cit.*, como se desprende del ap. 9 del Preámbulo de esta Directiva). Como puede verse, constituye un elenco restringido de excepciones muy concretas, lo que restringe en cierta medida su ámbito de aplicación.

- Una consecuencia indirecta de la amplia configuración del nivel de diligencia debida de las entidades obligadas ha sido la *regulación del acceso y tratamiento de los datos personales* que deben recabar de sus clientes dichas entidades, es decir, de la protección de tales datos conforme a la normativa de la UE en dicha materia (arts. 41.1 y 41.2 DBCFT), a saber, el Reglamento 45/2001/CE, del PE y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 (*DOCE* L 8, de 12 de enero de 2001), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las Instituciones y los Organismos comunitarios y a la libre circulación de tales datos, y la Directiva 95/46/CE, del PE y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (*DOCE* L 281, de 23 de noviembre de 2011), sobre el mismo particular (ambas disponibles en «<http://europa.eu>»). Así, por ejemplo, las entidades obligadas deberán suministrar a sus clientes las informaciones que imperativamente se disponen en el artículo 10 de esta Directiva 95/46/CE en cuanto al posible tratamiento de los datos que faciliten a estas entidades (art. 41.3 DBCFT). No obstante, y para mantener la viabilidad de algunos de los deberes de diligencia antes expuestos, se especifica que las

entidades obligadas no revelarán a sus clientes afectados ni a terceros, en su caso, la transmisión de informaciones a las UIF nacionales, de cara a que se realice o pueda realizar un análisis sobre blanqueo de capitales o financiación del terrorismo (art. 39.1 DBCFT).

- La *tipificación de un amplio y muy riguroso elenco de sanciones* en caso de incumplimiento de las obligaciones que se imponen en esta Directiva, concretamente en la Secc. 4.<sup>a</sup> del Cap. VI DBCFT (arts. 58 a 62), sanciones que deben resultar efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 58.1 DBCFT) y que pueden revestir carácter administrativo o incluso penal (art. 58.2 DBCFT). Las conductas sancionables se remiten en esencia al incumplimiento de los deberes de diligencia antes expuestos (arts. 59.1 y 59.2 DBCFT), y podrán ser impuestas a las entidades obligadas incluso cuando la conducta sea imputable a sus directivos o representantes si ello se ha debido a la falta de vigilancia o control por parte de tales entidades (arts. 60.5 y 60.6 DBCFT). Por lo demás, las sanciones pueden llegar a consistir en multas de al menos 5.000.000 € o de un máximo del 10% del volumen de negocios anual de la entidad obligada sancionada [arts. 59.3 a) y b) DBCFT].
- La *ampliación a un mayor número de entidades obligadas de la posibilidad de creación de organismos autorreguladores* en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, puesto que la norma en la que se establece esta posibilidad (art. 34.1 DBCFT) remite a las letras a), b) y d) del artículo 2.1.3.º de esta misma Directiva, lo que incluye en esta opción a auditores, contables externos, asesores fiscales, notarios y otros profesionales del derecho independientes, y agentes inmobiliarios.
- El *refuerzo de la colaboración entre Instituciones* nacionales (instancias de decisión, UIF y demás autoridades competentes de los Estados miembros) y de la UE (tanto la propia Comisión como las AES) en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, según lo dispuesto en la Secc. 3.<sup>a</sup> del Cap. VI DBCFT (arts. 49 a 57), en particular a todo lo referente al intercambio de datos mediante redes telemáticas protegidas (art. 56.1 DBCFT).

Se trata, pues, de un elenco sumamente amplio y diverso de modificaciones en todas las diferentes vertientes que presenta la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

### 3. Perspectivas de futuro en relación con la nueva Directiva contra el blanqueo de capitales

Como es bien sabido, toda Directiva obliga a sus destinatarios, es decir, los Estados miembros, a incorporar sus mandatos a sus respectivos ordenamientos internos, lo que, sin duda, obligará en un futuro próximo a modificar nuestra legislación nacional en esta materia, en particular la DBCFT. Podría parecer a primera vista que dicha



modificación resultaría innecesaria, dado que nuestra Ley 10/2010 tipifica en general niveles con frecuencia más rigurosos que los establecidos en la DBCFT, y se determina en el artículo 5 de la misma que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más estrictas que las dispuestas en esta Directiva, lo que la configura como una de las llamadas Directivas «de mínimos». No obstante, la incidencia de dicha Directiva va a ser insoslayable a pesar de semejante previsión por varias razones, a saber, las ya reiteradas amplitud y complejidad de su régimen y las numerosas novedades que introduce, de un lado, y la diversidad de normas de desarrollo de la DBCFT, de otro, e incluso la existencia de textos complementarios a tener en cuenta por las entidades obligadas en su conducta profesional, por ejemplo, las Recomendaciones del SEPBLAC sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo dirigidas a dichas entidades (todavía denominadas sujetos obligados en dichas Recomendaciones), de 4 de abril de 2012 (disponibles en «<http://www.sepblac.es>»), que deberán verse convenientemente actualizadas a la luz de los parámetros de la DBCFT. Habrán de ser, pues, variadas e intensas las modificaciones normativas a este respecto, y habrá que estar a la espera de que se produzcan, en este estado de continua evolución que requiere siempre la lucha contra el lavado de dinero ilícito.

Luis Alberto MARCO ALCALÁ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Zaragoza*  
[lmarco@unizar.es](mailto:lmarco@unizar.es)

Reglamento (UE) 2015/847 del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 20 de mayo de 2015, relativo a la información que acompaña  
a las transferencias de fondos y por el que se deroga  
el Reglamento (CE) 1781/2006  
[DOUE L, 5-VI-2015]

**LUCHA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES EN LA UE (II)**

**1. Introducción: la complejidad de la normativa de la UE sobre blanqueo de capitales**

La lucha contra el lavado del dinero ilícito presenta facetas muy diferentes, y exige medidas diversas, globales y coordinadas, como se observó desde sus inicios en la UE. De ahí que las normas sobre blanqueo de capitales incluyan Directivas y Reglamentos. Esta orientación comenzó con la modificación de la ya derogada Directiva 91/308/CE, del Consejo, de 10 de junio de 1991 (DOCE L 166, de 28 junio 1991), sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, llevada a cabo mediante la Directiva 2001/97/CE, del PE y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001 (DOCE L 344, de 28 de diciembre de 2001), también derogada por la antigua Directiva 2005/60/CE, del PE y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 (DOUE L 309, de 25 de noviembre de 2005), sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (todas ellas disponibles en «<http://europa.eu>»). La referida modificación de 2001 fue de la mano del todavía vigente Reglamento 2580/2001/CE, del Consejo, de 27 de diciembre de 2001 (DOCE L 344, de 28 de diciembre de 2001), sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, entre otros Reglamentos más puntuales (contra el blanqueo de capitales relacionado con determinados países o con ciertas entidades), y modificado en sucesivas ocasiones, la más reciente de las cuales se llevó a cabo mediante el derogado Reglamento 1781/2006/CE, del PE y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006 (DOCE L 345, de 8 de diciembre de 2006), relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos (ambos disponibles en «<http://europa.eu>»).

Esta ligazón imponía la puesta al día de la regulación del antiguo Reglamento 1781/2006/CE, *cit.*, dada la adopción de la Directiva 2015/849/UE, del PE y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 (DOUE L 141, de 5 de junio de 2015) relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales (DBCFT) o la financiación del terrorismo (*vid.* la reseña en esta misma publicación). Así, el Plan de actualización preparado por la Comisión, de 7 de febrero de 2013, incluía la presentación de una Propuesta de Reglamento sobre la información en las transferencias de fondos, de 5 de febrero de 2013 (Doc. COM [2013] 44 final, disponible en «<http://ec.europa.eu>»), que se vio contemplada, junto con la Propuesta previa a la DBCFT, en el Acuerdo Político del Consejo de 30 de enero de 2015 (Doc. 5748/15, disponible en «<http://consilium.europa.eu>») y en las declaraciones anejas de varios Estados

miembros. Por ello, se promulgó a la vez que la DBCFT el Reglamento 2015/847/UE, del PE y del Consejo (RIOTF), relativo a la información sobre los ordenantes que acompaña a las transferencias de fondos (por el que se deroga el reiterado Reglamento 1781/2006/CE, *cit.*), también de 20 de mayo de 2015 (DOUE L 141, de 5 de junio de 2015, disponible en «<http://europa.eu>»), formalmente en vigor desde el pasado 25 de junio de 2015 (art. 27.1 RIOTF), si bien su aplicación efectiva se ha demorado hasta el 26 de junio de 2017 (art. 27.1 RIOTF) por las mismas razones, en particular la enjundia de esta reforma y la coordinación con la incorporación de la DBCFT a las legislaciones internas de los Estados miembros.

## 2. Estructura, contenidos y principales innovaciones introducidas con el Reglamento 847/2015/UE

El texto articulado del RIOTF (más breve que el de la DBCFT) consta de 27 preceptos, ordenados en siete Caps., a saber, I (Objeto, Ámbito de Aplicación y Funciones; arts. 1 a 3), II (Obligaciones de los Prestadores de Servicios de Pago; arts. 4 a 13), III (Información, Protección de Datos y Conservación de Registros; arts. 14 a 16), IV (Sanciones y Supervisión; arts. 17 a 22), V (Poderes de Ejecución; art. 23), VI (Excepciones; arts. 24 y 25) y VII (Disposiciones Finales; arts. 26 y 27), con un Anexo de correspondencias.

Como la DBCFT, el RIOTF mantiene la continuidad con los Reglamentos previos, pero las experiencias en la UE y en el ámbito internacional (*vid.* las Normas Internacionales sobre la Lucha contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo y la Proliferación, más conocidas como los Estándares o Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional [GAFI o FATF por sus siglas en lengua inglesa *Financial Action Task Force*], organismo intergubernamental con sede en París, creado por acuerdo del entonces llamado G 7 en 1989, cuya más reciente versión data de 15 de febrero de 2012 [disponibles en «<http://www.fatf-gafi.org>»] y con 40 Recomendaciones) han llevado a incluir en su regulación varias actualizaciones muy convenientes, de las que resultan ser las más relevantes las siguientes:

- La *delimitación más precisa del ámbito de aplicación positivo y negativo* de este Reglamento: desde una perspectiva positiva, el objeto del RIOTF (art. 2.1) son las transferencias de fondos en cualquier moneda enviadas o recibidas por un prestador de servicios de pago o un prestador de servicios de pago intermediario establecido en la UE [o que excluye en su totalidad las operaciones de pago realizadas exclusivamente en efectivo, como se desprende de la remisión del artículo 2.2 RIOTF a los servicios enumerados en las letras a) a m) y o) del artículo 3 de la Directiva 2007/64/CE, del PE y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007 (DOUE L 319, de 5 de diciembre de 2012), sobre servicios de pago en el mercado interior]. Sin embargo, en el plano negativo, son muchas las *excepciones* recogidas a lo largo de los arts. 2.2., 2.3 a) y b) y 2.4 a) a d) RIOTF, tales como los servicios de proveedores de retirada de dinero en

cajeros automáticos que actúen en nombre de uno o varios expedidores de tarjetas, que no sean parte del contrato marco con el consumidor que retire dinero de una cuenta de pago y si estos proveedores no realizan otros servicios de pago; las transferencias exclusivamente para pago de bienes o servicios efectuadas con tarjetas de pago, instrumentos de dinero electrónico, teléfonos móviles u otros dispositivos digitales o informáticos de pre- o postpago, siempre que consten los números de tales dispositivos; las transferencias en las que el ordenante retire dinero en efectivo de su propia cuenta; las de pago de impuestos; las que se den entre prestadores de servicios actuando por cuenta propia; y las realizadas mediante intercambio de imágenes de cheques, incluidos cheques truncados, entre otros supuestos. Destaca en particular la opción que se da a los Estados miembros en el artículo 2.5 a) a c) RIOTF de decidir unilateralmente la no aplicación de este Reglamento a las transferencias dentro de su territorio de menos de 1.000 € en las que el prestador de servicios de pago del beneficiario esté sujeto a la DBCFT y se pueda rastrear su origen desde la persona que tenga un acuerdo de suministro de bienes y servicios con dicho beneficiario, a través de este último y de un identificador único de operación.

- El *mayor rigor de las obligaciones de los prestadores de servicios de pago*, especialmente en lo que se refiere a la información complementaria de las transferencias. Así, al prestador de servicios de pago del ordenante se le exige hacer constar el nombre, dirección, número de documento oficial de identidad o de identificación (o la fecha y lugar de nacimiento) y número de cuenta de pago del ordenante [art. 4.1 a), b) y c) RIOTF], y el nombre y número de cuenta de pago del beneficiario [art. 4.2 a) y b) RIOTF], y además verificar la exactitud de tales informaciones mediante fuentes fiables e independientes (art. 4.4 RIOTF), tal y como se delimitan en el artículo 4.5 RIOTF, si bien bastará como mínimo con los números de cuenta de pago de ordenante y beneficiario si todos los prestadores participantes en la cadena de pago se hallan establecidos en la UE (art. 5.1 RIOTF). Mención especial merece el ya citado identificador único de operación, de cara al seguimiento de transferencias que no se hagan desde o hacia una cuenta de pago (art. 4.3 RIOTF). Al prestador de servicios de pago del beneficiario o al intermediario se le imponen deberes tales como proveerse de procedimientos eficaces para detectar carencias o irregularidades en la información incluida en la transferencia y, en consecuencia, adoptar medidas que pueden ir desde la petición de subsanación de estas disfunciones, hasta la comunicación de estos incumplimientos del RIOTF a las autoridades competentes en esta materia y a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) si resultan sospechosos de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, pasando desde luego

por la suspensión o el rechazo de la operación (arts. 7 a 9 y 11 a 13 RIOTF), y la conservación de la información por parte de los prestadores intermediarios (art. 10 RIOTF).

- *La regulación de la información, el acceso y tratamiento de los datos personales y de la conservación de los registros*, en la que se establece la aplicación en esta materia de la normativa de la UE sobre protección de dichos datos (art. 15.1 RIOTF), es decir, el Reglamento 45/2001/CE, del PE y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000 (DOCE L 8, de 12 de enero de 2001), relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las Instituciones y los Organismos comunitarios y a la libre circulación de tales datos, y la Directiva al respecto, 95/46/CE, del PE y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (DOCE L 281, de 23 de noviembre de 2011; ambos disponibles en «<http://europa.eu>»). De este modo, los prestadores de servicios de pago deberán informar a sus clientes de cuántos extremos se contemplan en el famoso artículo 10 de la Directiva 95/46/CE (art. 15.3 RIOTF). Por lo demás, se determinan otras obligaciones de estos prestadores, como proporcionar la información requerida por las autoridades competentes en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (art. 14 RIOTF), y la de conservación de la información sobre los ordenantes o beneficiarios de las transferencias de fondos durante un plazo de cinco años (art. 16.1 RIOTF).
- *El régimen de excepciones basadas en acuerdos bilaterales entre algún Estado miembro y Estados terceros*, en el que la Comisión debe autorizarlos para permitir transferencias de fondos entre ambos tipos de países aunque no se cumplan todas las condiciones del RIOTF, pero siempre que se cumplan los numerosos requisitos tipificados a tales efectos en el artículo 24 de este Reglamento.
- *La obligación impuesta a los Estados miembros para que tipifiquen en sus legislaciones internas sanciones en caso de incumplimiento* de este Reglamento, en principio de carácter administrativo, pero que también podrían revestir carácter penal (art. 17.1 RIOTF). Como mínimo, estas sanciones incluirán las enumeradas en los arts. 59.2 y 59.3 DBCFT, y se aplicarán a los incumplimientos del RIOTF tipificados en las letras a) a d) de su artículo 18. Conocerán de estas sanciones las autoridades competentes en cada Estado miembro, que dispondrán a tales efectos de todas las facultades de supervisión e investigación del artículo 58.4 DBCFT, y ponderando las circunstancias contempladas del art 60.4 de esta Directiva (arts. 17.4 y 20 RIOTF). Asimismo, los Estados miembros deberán crear los cauces necesarios para que los prestadores de servicios de pago y su propio personal interno comuniquen a estas autoridades las infracciones que conozcan (art. 21 RIOTF). Estas normas nacionales habrán de ser notificadas a la Comisión Europea y al Comité mixto de las AES

antes de la puesta en práctica efectiva de este Reglamento, es decir, el 26 de junio de 2017 (art. 17.3 RIOTF).

- La creación de un Comité sobre Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo, para asistir a la Comisión Europea en sus competencias en relación con el RIOTF (art. 23), de conformidad con el Reglamento 182/2011/UE, del PE y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 (DOUE L 55, de 28 de febrero de 2011, disponible en «<http://europa.eu>»), sobre las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

### 3. Valoración global del nuevo Reglamento 847/2015/UE

Al igual que el Reglamento de 2006, el RIOTF es una norma complementaria de la DBCFT respecto del instrumento más usual en el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, como son las transferencias de fondos. Por ello, y en la misma línea, se ha incrementado la amplitud y complejidad del régimen aplicable en cuanto a la información incluida en tales transferencias, sin que sea precisa incorporación alguna a los ordenamientos de los Estados miembros por ser un Reglamento de la UE. Sin embargo, sus repercusiones no pueden ser ignoradas, ya que, como la DBCFT, el RIOTF puede dar lugar a numerosas modificaciones en estas legislaciones en cuanto a la amplia normativa bancaria sobre transferencias, y también en otras normas sobre blanqueo de capitales, sin ir más lejos las Recomendaciones del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias [SEPBLAC], dependiente de la Secretaría de Estado del Ministerio de Economía y adscrita al Banco de España (regulado en los arts. 45 a 47 de la Ley 10/2010, de 28 de abril [BOE 103, de 29 de abril de 2010], de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo [LPBCFT]) sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, de 4 de abril de 2012 (disponibles en «<http://www.sepblac.es>»). Si, además, se tiene en cuenta que las Autoridades Europeas de Supervisión (AES) deben redactar unas Directrices destinadas a las autoridades competentes y a los prestadores de servicios de pago en cuanto a las medidas a adoptar de conformidad con el RIOTF, a más tardar el 26 de junio de 2017 (art. 25 de este Reglamento), no cabe duda de que este contexto jurídico ha de experimentar cambios sustanciales en un futuro próximo.

Luis Alberto MARCO ALCALÁ  
*Profesor Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad de Zaragoza  
[lmarco@unizar.es](mailto:lmarco@unizar.es)

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo,  
de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia  
[DOUE L 141, 5-VI-2015]

**PROCEDIMIENTOS EUROPEOS DE INSOLVENCIA**

**1. Preliminar**

1.1. El Reglamento objeto del presente breve comentario reforma y refunde el material normativo anterior contenido en el Reglamento (CE) 1346/2000 y sucesivas modificaciones. El panorama actual de aumento en la frecuencia de las relaciones jurídico-privadas transfronterizas en el ámbito del mercado interior único, de inherente transnacionalidad de efectos e intereses, se proyecta con especial intensidad en sede de crisis económica y financiera jurídicamente cualificada de empresarios, profesionales y particulares con activos y pasivos de ubicación dispersa en más de un Estado miembro. Ello ocasiona la eventual apertura de procedimientos nacionales de insolvencia paralelos (preconcursoales, concursoales y paraconcursoales) como consecuencia de la dispersión geográfica de bienes, derechos y obligaciones de toda índole integrados respectivamente en las masas activa y pasiva. La causa reside en que la UE no tiene atribuidas competencias en materia de derecho concursal material y procesal, lo que imposibilita la incorporación de un procedimiento de insolvencia comunitario único y universal.

1.2. El paralelismo procedimental precisa, en orden a la eficiencia y a la tutela de los intereses en presencia, de un reconocimiento mutuo automático de procedimientos con un deudor común y de las consecuentes resoluciones judiciales y extrajudiciales anudadas, en definitiva la coordinación de los efectos en aras de la seguridad jurídica y del tráfico, en prevención del riesgo creado por la integración en la masa activa de bienes y derechos ubicados en Estados distintos del EM de apertura del procedimiento y de esta manera desincentivar en lo posible la elección por el deudor de foros de conveniencia (*forum shopping*) mediante transferencia fraudulenta del centro principal de intereses.

1.3. En el plano de las fuentes el Reglamento se fundamenta ex art. 81.2 TFUE en el principio de atribución a la Unión Europea de competencia normativa en materia de cooperación judicial y de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales o extrajudiciales, en especial cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior (especie de cláusula de poder adicional), mediante el procedimiento legislativo ordinario de codecisión, respetándose los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (anteriores arts. 61 y 67.1 TCE TCE). En definitiva la norma tiene como objetivo la dotación de una cierta homogeneidad a la dispersión territorial de efectos que es inherente a una pluralidad de eventuales procedimientos de insolvencia como consecuencia de la aplicación de ordenamientos jurídicos nacionales heterogéneos. A partir de una tipología ordenada por prelación entre procedimiento principal

y procedimientos secundarios, la conjugación equilibrada de intereses contrapuestos implicados se pretende alcanzar mediante normas de conflicto uniformes y en consecuencia de aplicación directa.

## 2. Límites de la reforma

La reforma respeta en gran medida los aspectos nucleares del régimen jurídico previgente, entre los más relevantes:

2.1. La competencia internacional ex art. 3 para la apertura del procedimiento principal la detentan los órganos jurisdiccionales del EM en el que se encuentre situado el centro principal de intereses del deudor, presumiéndose *iuris tantum* que lo estará donde se encuentre el domicilio social efectivo si se trata de sociedades y otras personas jurídicas, el centro principal de la actividad si se trata de empresarios o profesionales individuales persona física y el lugar de residencia habitual si se trata de personas que no realicen actividad autónoma empresarial o profesional.

2.2. El reconocimiento mutuo de procedimientos, así como el reconocimiento y ejecutabilidad de toda clase de resoluciones, tanto incidentales y cautelares cuanto finales, adoptadas a lo largo de los procedimientos de insolvencia, ello sin perjuicio del orden público como excepción oponible por el Estado de ejecución.

2.3. Se mantienen igualmente el criterio general o principio de determinación de la ley aplicable en los aspectos materiales y procesales del procedimiento relativo al ordenamiento jurídico del EM de apertura ex art. 7 y los criterios excepcionales en favor de la ley nacional del EM de situación de determinados bienes, derechos e intereses, así como los supuestos de inmunidad procedimental, en orden a la necesaria protección de los eventuales intereses de acreedores y de terceros territorialmente exorbitantes ex arts. 8-18.

2.4. En cuanto a los procedimientos secundarios (arts. 34-53), podrán ser abiertos por los órganos jurisdiccionales de aquellos Estados miembros en los que sitúen intereses del deudor, en los que se aplicará la ley del EM de apertura. En principio, tendrá tal consideración todo procedimiento posterior a la apertura del procedimiento principal, cuyos efectos se circunscribirán a los bienes del deudor situados en el territorio del EM de apertura.

## 3. Alcance de la reforma

Las modificaciones de mayor calado se producen en las materias de competencia jurisdiccional y de delimitación del ámbito material de los procedimientos; y las novedades cristalizan en la incorporación de un régimen especial de los concursos conexos de grupos de sociedades y el tratamiento en materia registral, en especial de la publicidad de los procedimientos y de la protección de datos.

3.1. En materia de competencia jurisdiccional internacional, el nuevo reglamento se aproxima más que el anterior al derecho conflictual internacional contenido en la Ley



Modelo de la CNUDMI sobre insolvencia transfronteriza (1997) y en la Guía legislativa sobre procedimientos de insolvencia (2004), obstaculizando en mayor medida la huida por el deudor a foros de conveniencia. En efecto, en el art. 4 se introducen recursos de control de la atribución de competencia a las diferentes jurisdicciones de los Estados miembros. En este sentido el EM de apertura del procedimiento deberá comprobar de oficio si es realmente competente y motivar dicha competencia en particular dependiendo de la calificación del procedimiento como principal (art. 3.1) o como secundario (art. 3.2). Si se trata de un procedimiento sin resolución jurisdiccional conforme al Derecho nacional de aplicación, los Estados miembros podrán encomendar al administrador concursal nombrado para el procedimiento en cuestión el examen sobre si el EM de presentación de la solicitud de apertura es competente en función del art. 3. Además, el art. 5 incorpora el control jurisdiccional del auto de apertura mediante la eventual interposición de un recurso por motivos de falta de competencia internacional ex art.1 o en su caso por motivos distintos de la falta de competencia internacional siempre que el derecho nacional de aplicación lo permita, por parte de las personas legitimadas al efecto, en particular el deudor y cualquiera de los acreedores, especialmente los extranjeros. Se prevé asimismo que los órganos jurisdiccionales competentes del EM de apertura del procedimiento lo sean también además por atracción para conocer de cualquier acción derivada directamente del procedimiento de insolvencia o que guarde una estrecha vinculación con el mismo con la finalidad de evitar resoluciones contradictorias, con el alcance y límites contenidos en el art. 6.

3.2. La ampliación del ámbito material de aplicación de la norma representa el aspecto más relevante de la reforma (art. 1). No se circunscribe a los procedimientos judiciales colectivos públicos de insolvencia que impliquen el desapoderamiento del deudor, cualquiera que sea la solución (convenio o liquidación), sino que se comprenden además los procedimientos extrajudiciales, los procedimientos de rescate (refinanciación y reestructuración) o aquellos que permitan al deudor, en todo o en parte, la conservación del control sobre su patrimonio, los procedimientos de condonación o reestructuración de la deuda de consumidores en los que órgano jurisdiccional sólo actúe contingentemente a instancia de un acreedor o tercero interesado, los procedimientos de suspensión de acciones individuales e incluso los de carácter temporal o provisional hasta que se determine mediante auto la confirmación de la continuación definitiva del procedimiento y, por último, se encuentran incluidos también los procedimientos de tratamiento de dificultades de naturaleza no financiera que sean susceptibles de generar el riesgo de incumplimiento actual o futuro por parte del deudor en la medida en que signifique una amenaza real y seria a la capacidad de cumplimiento a corto plazo y a la liquidez a medio plazo, se pone como ejemplo un procedimiento de resolución de un contrato de transcendencia cualitativa, cuantitativa o funcional en orden a la explotación de la empresa.

Sobre la base de las referidas extensiones en el ordenamiento jurídico español se comprenderán el concurso, los procedimientos de homologación de acuerdos de

financiación, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago y el procedimiento de negociación pública en orden a la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, de acuerdos de refinanciación homologados y propuestas de convenio anticipado.

Como requisitos de subsunción los procedimientos deben estar dotados de publicidad, han de incluir a la totalidad o a una parte significativa de los deudores (criterio subjetivo) o a una parte de acreedores que sean titulares de la totalidad o de una parte significativa de la deuda (criterio objetivo), siendo suficiente con que concurren en el procedimiento los acreedores financieros del deudor. Aquellos procedimientos en los que no concurren todos los acreedores deberán limitarse al rescate del deudor, por el contrario, si se trata de procedimientos de cese de actividad y liquidación deberán concurrir todos ellos.

En una delimitación negativa se excluyen del ámbito de aplicación los procedimientos confidenciales; los que se fundamenten en el Derecho general de sociedades con finalidad no exclusiva de tratamiento de la insolvencia; y los procedimientos específicos de reestructuración en orden a la amortización de la deuda cuando el deudor sea una persona física de renta muy baja y de patrimonio de escaso valor, siempre que no prevean en ningún caso disposiciones de circunstancia alguna en orden al pago a los acreedores (procedimientos de bagatela).

Y, por último, se mantiene la exclusión del ámbito de la norma de aquellos procedimientos de insolvencia especiales previstos legalmente para las empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión y asimiladas, así como las entidades y fondos de inversión colectiva.

**3.3.** El ámbito de aplicación de los procedimientos secundarios se extiende a toda clase de procedimiento de insolvencia y se limita a los bienes del deudor situados en el EM de apertura, mejorándose la coordinación entre procedimiento principal y procedimientos secundarios. Se posibilita, además, el procedimiento único por fuerza atractiva del procedimiento principal. En efecto, la administración concursal del procedimiento principal podrá unilateralmente ofrecer el compromiso en especial de respeto y de aplicación del derecho nacional en materia de bienes situados en el EM en el cual sea susceptible de apertura un procedimiento secundario, siempre que medie aprobación por parte de los acreedores locales del deudor, todo ello en los términos de art. 36 (procedimiento de compromiso).

**3.4.** En orden a la coordinación de la pluralidad de procedimientos conexos en los que se encuentren sometidas sociedades miembro de un grupo de subordinación, se prevé y articula un procedimiento de coordinación de grupo, en los términos de los arts. 61-70, sobre la base de los principios de comunicación y cooperación entre los respectivos administradores concursales, entre éstos y los respectivos órganos jurisdiccionales, así como de estos últimos entre sí. A tales efectos se prevé el nombramiento de un administrador concursal coordinador de grupo con las funciones y obligaciones previstas en los arts. 78-83 y que deberá ser una persona distinta a los

administradores concursales de los respectivos procedimientos conectados. Ello no obsta a una posible reconducción unitaria en los supuestos de insolvencia de sociedades miembro de grupos dominicales con un elevado grado de integración. En apreciación de la existencia de un centro de interés de grupo, que condensa la pluralidad de centros de intereses de las sociedades miembro, podría caber la apertura de un único procedimiento en una sola jurisdicción nacional.

3.5. Se detalla la norma excepcional de conflicto sobre la ley del EM en que se encuentren situados determinados bienes, como las acciones nominativas, incorporadas o no a títulos valor documentales; los instrumentos financieros incorporados a anotaciones contables (derechos valor) en registros llevados por un intermediario (registros individualizados) o en su nombre y cuenta en registros globales; el efectivo en cuenta corriente abierta en entidades de crédito, según se indique o no el EM en el IBAN de la cuenta; los bienes y derechos registrales y registrados, así como las patentes europeas, entre otros (*cf.* art. 2.9).

3.6. En materia de publicidad se establece la obligación de publicación de una mínima información de interés para el tráfico sobre la apertura de los procedimientos, en particular los plazos de comunicación de créditos. A tales efectos se prevé la creación de registros nacionales de insolvencia como registros electrónicos de acceso público gratuito a través de Internet, previéndose un sistema de interconexión. El régimen jurídico relativo a las condiciones de acceso a la información, a la publicación, a la inscripción en otro EM, así como de los gastos, se encuentra contenido en los arts. 24-32. La publicación ha de trascender, a mi juicio, al ámbito de la publicidad legal material, al menos en las hipótesis de ejecuciones indebidas a favor del deudor basadas en acciones individuales mediando buena fe del tercero en cuestión (art. 31).

3.7. En cuanto a la protección de datos, se refuerzan las funciones y obligaciones de los Estados miembros en el tratamiento de datos personales en los registros nacionales de insolvencia, así como las propias de la Comisión en la condición de responsable del almacenamiento y tratamiento de datos personales, de las obligaciones de información y del acceso a los mismos mediante el Portal europeo de e-Justicia (arts. 78-83). A tales efectos, se dota de las correspondientes competencias de ejecución a la Comisión, asistida por un Comité en los términos de los arts. 88 y 89.

3.8. Finalmente, otros aspectos de la norma a tener en cuenta son la previsión de revisiones quinquenales ex art. 90 y el calendario de entrada en vigor ex art. 91.

Manuel A. DOMÍNGUEZ GARCÍA  
*Catedrático de Derecho Mercantil*  
*Universidad de Salamanca*  
[manuel.antonio@usal.es](mailto:manuel.antonio@usal.es)

Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión  
[BOE n.º 146, 19-VI-2015]

**RECUPERACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE SERVICIOS DE INVERSIÓN**

Recientemente se ha promulgado la Ley 11/2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito (BOE 19 de junio de 2015), que traspone al Derecho español dos Directivas comunitarias sobre la materia (así, Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, y la Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril). A grandes rasgos, puede decirse que con la trasposición de ambas Directivas el legislador español introduce previsiones que permiten la correcta articulación y coordinación del sistema español de resolución de entidades de crédito con el sistema de la UE, así como medidas relativas al sistema de garantía de depósitos.

La Ley 11/2015, que modifica varias normas (así, la LC –ningún Banco podrá solicitar la declaración de concurso voluntario de acreedores sin haberlo comunicado al FROB–, LMV y la LSC), sin perjuicio de que está ya en vigor, tiene una entrada en vigor «en cascada» en relación a algunas materias, puesto que, por ejemplo, las normas sobre recapitalización interna entrarán en vigor el 1 de enero de 2016, mientras que las relativas al FROB lo harán el 3 de julio de 2017 (Disposición Final Decimoséptima. 2).

La nueva Ley debe entenderse como una norma que tiene un marcado *carácter continuista* respecto de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de forma que la Ley 11/2015 completa el régimen previsto con las nuevas directrices procedentes del Derecho de la UE. El carácter continuista al que aludimos no ha impedido, sin embargo, que el legislador haya optado por promulgar una nueva ley, en lugar de reformar la anterior, en la idea de mejorar la sistematicidad y claridad de las normas financieras (Preámbulo II Ley 11/2015).

*Las razones* que subyacen en la promulgación de la Ley 11/2015 deben buscarse principalmente en *dos grandes circunstancias*: la primera de ellas, en el dato de la creciente complejidad del sistema financiero, debido al tamaño de las entidades que lo integran, y la compleja problemática que pueden plantear; la segunda, en la complejidad de los productos financieros, así como su elevada interconexión. Siendo ambas las razones que han justificado la promulgación de la Ley, es evidente que ha sido la crisis financiera de los últimos años que la mayoría de países desarrollados han experimentado el dato que ha convulsionado el sector financiero y ha promovido la promulgación de medidas legislativas como la que ahora se comenta; es por este motivo que se trataba de buscar las medidas y procedimientos que permitieran la resolución de una entidad de crédito de una manera ordenada y sin poner en juego dinero público. Junto a tal objetivo, la idea esencial que ha guiado la nueva normativa ha sido precisamente evitar todo impacto a los recursos de los contribuyentes (Preámbulo I, Ley 11/2015).

Para lograr tal objetivo y permitir la resolución de entidades financieras conformes a los parámetros mencionados, se ha considerado imprescindible incorporar en los ordenamientos jurídicos potestades específicas que permitan a las autoridades públicas gestionar el proceso de resolución de entidades, medidas que deben caracterizarse por su carácter ágil y enérgico, y respetando además simultáneamente los derechos de los accionistas y acreedores. No obstante, la Ley 11/2015 matiza –en la línea inspiradora de toda la Ley– que, pese al respeto de los derechos de acreedores y accionistas, son éstos, y no los ciudadanos con sus impuestos, quienes deben absorber las pérdidas de la resolución.

Es evidente que la experiencia acumulada en los últimos tiempos en materia de resolución de entidades y de la actividad coordinadora de los foros internacionales con competencia en política financiera ha permitido que cristalicen *unos principios* que sustentan el articulado de la Ley. Así, *en primer lugar*, y tomando como punto de partida que los tradicionales procedimientos concursales llevados a cabo por vía judicial no son en muchos casos útiles para llevar a cabo la reestructuración o cierre de una entidad financiera inviable, es por lo que la Ley ha articulado la distinción entre liquidación (proceso judicial ordinario previsto para entidades de menor tamaño y complejidad) y resolución (procedimiento administrativo para entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, que queda al margen del procedimiento concursal, al que no deben someterse por razones de interés público y estabilidad financiera) de entidades de crédito. *En segundo lugar*, la Ley establece la separación entre funciones supervisoras y resolutorias con el fin de eliminar el conflicto de intereses en que podría incurrir la entidad supervisora en caso de desempeñar simultáneamente funciones supervisoras y resolución. *En tercer lugar*, y siguiendo la experiencia de los países de nuestro entorno sobre la materia, la Ley articula de forma exhaustiva una fase preventiva –que es reforzada en la Ley–, como también de actuación temprana dentro del proceso resolutorio. *Finalmente*, la Ley se basa en la idea de que todo el planteamiento de resolución de entidades descansa en una asunción de costes que no sobrepase la propia entidad, de forma que los recursos de los ciudadanos y los recursos públicos no se vean afectados durante el proceso de resolución de una entidad, y sean los propios accionistas y acreedores (sistema de *bail in*) y la entidad en su caso, quienes deban asumir las pérdidas (sistema de internalización de costes de resolución). En esta línea, incluso la Ley crea un Fondo específico de resolución que estará financiado por medio de contribuciones del sector privado. De esta manera, mediante las medidas descritas, y constituyendo una novedad, la Ley 11/2015 trata de proteger al máximo a los depositantes.

Eva M.<sup>a</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ  
*Profesora Titular de Derecho Mercantil*  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)  
[emdominguez@der.uned.es](mailto:emdominguez@der.uned.es)

**Instrumento de Ratificación del Tercer Protocolo Adicional  
al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo  
el 10 de noviembre de 2010**  
[BOE n.º 26, de 30-I-2015]

**EXTRADICIÓN**

El 30 de enero de 2015 se publicó en el *BOE* el Instrumento por el que España ratifica el Tercer Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición, manifestando su consentimiento en obligarse por este protocolo, y sin perjuicio de la Declaración que formula en relación con el territorio de Gibraltar.

El Tercer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (a partir de ahora TPCEE<sub>x</sub>) tiene por objeto la creación, en el ámbito del Consejo de Europa, de un procedimiento simplificado que será aplicable cuando la persona reclamada acceda a ser extraditada y la Parte requerida esté de acuerdo en seguir este procedimiento. Se trata de un procedimiento similar al previsto para el ámbito de la Unión Europea en el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 10 de marzo de 1995.

Lo previsto en el TPCEE<sub>x</sub> resulta de aplicación tanto en los supuestos en los que la Parte requirente presenta la solicitud de extradición (art. 12 del CEE<sub>x</sub> y art. 2.3 TP), como en aquellos en los que, por concurrir razones de urgencia, se solicita la detención preventiva de una persona (art. 16 Convenio y 2.1 TP).

De acuerdo con el Convenio (art. 16), la solicitud de detención preventiva –con los requisitos que exige el artículo 16.2 del Convenio– y la eficacia de tal detención quedan condicionadas a la presentación de una solicitud de extradición, de manera que la detención preventiva por el Estado requerido podrá concluir si dentro de los dieciocho días siguientes a la misma ese Estado no ha recibido la solicitud de extradición con los documentos a los que se refiere el artículo 12 del Convenio. En todo caso, la detención preventiva no podrá prolongarse más de cuarenta días, contados desde la fecha de la misma.

La especialidad del procedimiento simplificado consiste en que la detención preventiva no queda condicionada a la presentación de una ulterior solicitud de extradición, sino que la Parte requerida podrá adoptar la decisión definitiva sobre la extradición, a partir de los datos que debe contener la solicitud de detención preventiva. Todo ello sin perjuicio de que la Parte requerida pueda reclamar información complementaria en caso de que la exigida no sea suficiente para la toma de decisión.

Los datos que deberá facilitar la Parte requirente en la solicitud de detención preventiva son los siguientes (art. 2.1 TP): a. identidad de la persona reclamada, incluida su nacionalidad o nacionalidades, si se conocen; b. autoridad que solicita la detención; c. existencia de un mandamiento de detención, o de otro documento que produzca los

mismos efectos jurídicos, o de una sentencia ejecutoria, así como la confirmación de que la persona es reclamada de conformidad con el artículo 1 del Convenio; d. naturaleza y tipificación legal del delito, incluida la pena máxima imponible o la pena impuesta en la sentencia firme, mencionándose si la sentencia ha sido ejecutada en alguna de sus partes; e. información sobre plazos de prescripción y su posible interrupción; f. descripción de las circunstancias en las que se cometió el delito, entre ellas el momento, lugar y grado de participación de la persona reclamada; g. en la medida de lo posible, consecuencias del delito; h. cuando se solicite la extradición para la ejecución de una sentencia firme, si dicha sentencia se dictó *in absentia*.

De este modo, con el procedimiento simplificado, no son necesarias dos solicitudes con sus respectivos requisitos, sino que la solicitud de detención preventiva con la información exigida por el artículo 2.1 TP será suficiente para practicar la detención y para decidir acerca de la extradición.

Las líneas generales de este procedimiento simplificado son las siguientes. Presentada la solicitud de detención preventiva por la Parte requirente y practicada la detención del sujeto reclamado, las autoridades de la Parte requerida deberán informar al detenido de la posibilidad de consentir su extradición y de seguir el procedimiento simplificado.

A partir de esa información, pueden plantearse distintas posibilidades:

- a) Si el sujeto reclamado (detenido) no consiente la extradición, la Parte requerida deberá notificarlo a la parte requirente tan pronto como sea posible y no después de transcurridos diez días desde la fecha de la detención provisional (art. 6.1 TP). En esta hipótesis, no se activará el procedimiento simplificado, y la Parte requirente deberá presentar la solicitud de extradición de acuerdo con el régimen general del Convenio (art. 12).
- b) Es posible que el sujeto reclamado consienta la extradición y que la Parte requerida, excepcionalmente, decida no aplicar el procedimiento simplificado. En tal caso, deberá notificarlo a la Parte requirente con la suficiente antelación para permitir a esta última presentar una solicitud de extradición antes de que transcurra el plazo de cuarenta días previsto en el artículo 16 del Convenio (art. 6.2 TP) –plazo máximo de duración de la detención–.
- c) Si, en tercer lugar, el sujeto reclamado (detenido) consiente la extradición, la Parte requerida notificará a la Parte requirente la decisión sobre la extradición conforme al procedimiento simplificado en el plazo de veinte días desde la fecha del consentimiento del interesado (art. 7 TP). Cabe entender pues que la Parte requerida estará obligada a conceder la extradición cuando se cumplan las condiciones exigidas por el Convenio (duración mínima de la pena, principio de doble incriminación, no concurrencia de ninguna excepción), y que podrá denegarla cuando esté obligada a hacerlo (arts. 9 y 10 CEEX) o tenga la facultad para ello.

Consecuentemente, a la Parte requerida le corresponde adoptar dos decisiones: de un lado, autorizar o no el procedimiento simplificado, debiendo

comunicarlo en todo caso a la Parte requirente (art. 6.2 TP para el supuesto en que no lo autorice y artículo 6.1 in fine TP para el caso contrario, porque si bien este precepto exige que la Parte requerida comunique a la requirente si la persona reclamada ha consentido la extradición, entendemos que también deberá comunicarle si la Parte requerida está de acuerdo en seguir este procedimiento); de otro lado, la Parte requerida deberá decidir si autoriza o no la extradición.

- d) Cabe apuntar, en fin, la hipótesis en la que la persona reclamada otorga su consentimiento tras la expiración del plazo de diez días desde la detención provisional (art. 6.1 TP). En tal caso, la Parte requerida podrá autorizar el procedimiento simplificado si aún no ha recibido la solicitud de extradición en el sentido del artículo 12 del Convenio (art. 10 TP).

En todos los supuestos, el consentimiento a la extradición por el sujeto reclamado y, en su caso, la renuncia al beneficio del principio de especialidad exigen el cumplimiento de ciertas garantías (arts. 4 y 5 TP).

En primer lugar, es preciso que las autoridades del Estado requerido informen a la persona requerida de las consecuencias jurídicas de esa decisión, de manera que el consentimiento se otorgue de forma voluntaria y con pleno conocimiento de la decisión. A tal fin, la persona reclamada tendrá derecho a la asistencia letrada y, si fuera necesario, podrá contar con la ayuda de un intérprete.

En segundo lugar, tanto el consentimiento a ser extraditado como la renuncia al beneficio del principio de especialidad –en virtud del cual la persona reclamada no podrá ser juzgada por hechos anteriores y distintos de aquellos que han motivado la solicitud de extradición (art. 14.1 CEEX)– deberán otorgarse ante la autoridad judicial competente de la Parte requerida, de conformidad con lo previsto en su legislación, y debiendo quedar registrado por escrito.

Por otra parte, el TP establece que el consentimiento de la parte reclamada y, si procede, la renuncia al beneficio del principio de especialidad no podrán revocarse. Ello salvo que cualquier Estado, en el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en cualquier momento posterior, declare que puede revocarse el consentimiento y, si procede, la renuncia al beneficio del principio de especialidad. En este Instrumento de ratificación, España no ha formulado ninguna declaración relativa a la revocación del consentimiento o de la renuncia al principio de especialidad.

En concreto, establece el TP que la revocación del consentimiento será admisible mientras la Parte requerida no haya adoptado su decisión definitiva sobre la extradición conforme al procedimiento simplificado. En tal caso, el período transcurrido entre la notificación del consentimiento y la de su revocación no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos previstos en el apartado 4 del artículo 16 del Convenio, a los efectos de que la parte requirente pueda presentar la solicitud formal de extradición.



En efecto, practicada la detención por la parte requerida, si el sujeto detenido consiente su extradición, la parte requerida deberá comunicar a la parte requirente que va a seguirse el procedimiento simplificado, y ello supone que esta parte no deberá presentar la solicitud de extradición. Sin embargo, si el sujeto reclamado revoca posteriormente el consentimiento –siempre que no se haya adoptado todavía la decisión sobre su extradición–, la parte requirente deberá presentar dicha solicitud. Pues bien, del plazo máximo de detención que prevé el artículo 16.4 CEEX, deberá descontarse el tiempo transcurrido desde que se notificó el consentimiento y se produjo la revocación del mismo.

De otro lado, la renuncia al beneficio del principio de especialidad podrá revocarse hasta el momento de la entrega del interesado. La revocación del consentimiento a la extradición o de la renuncia al beneficio del principio de especialidad se recogerá de conformidad con la legislación de la Parte requerida y se notificará de inmediato a la Parte requirente.

A efectos de este procedimiento simplificado las comunicaciones se podrán realizar por medios electrónicos o por cualquier otro medio que deje constancia por escrito, en condiciones que permitan a las Partes verificar su autenticidad, así como a través de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL). En todo caso, si así se le solicita en cualquier momento, la Parte correspondiente presentará los documentos originales o copia autenticada de los mismos (art. 8 TP).

En cuanto a la entrega del sujeto reclamado, deberá efectuarse a la mayor brevedad posible y, preferentemente, en el plazo de diez días desde la fecha de notificación de la decisión de extradición. El TP establece una disposición especial para los supuestos en que se sigue este procedimiento simplificado y la extradición de la persona reclamada exija el tránsito a través del territorio de una de las Partes contratantes (art. 21 CEEX). En tal caso, la Parte requirente deberá presentar la solicitud de tránsito con el contenido al que se refiere el artículo 2.1 del TP; esto es, con la misma información exigida para la solicitud de detención preventiva. Ello sin perjuicio de que la Parte requerida para conceder el tránsito pueda solicitar información complementaria si la que se le ha facilitado con esa solicitud no es suficiente para que pueda resolver sobre su concesión (art. 11 TP).

El Protocolo se completa con otras disposiciones como la relativa a la interpretación de las expresiones de este protocolo en el mismo sentido que las del Convenio; o la relativa a la solución amistosa que deberá procurar el Comité Europeo para los Problemas Penales del Consejo de Europa cuando se planteen problemas con la interpretación del mismo, entre otras.

Alicia ARMENGOT VILAPLANA  
*Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Universidad de Valencia  
[alicia.armengot@uv.es](mailto:alicia.armengot@uv.es)

[Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica, 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, y la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales](#)  
[BOE n.º 101, de 28-IV-2015]

**DERECHO DE DEFENSA PROCESO PENAL**

Con el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, y de acuerdo con el plan de trabajo del Consejo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales establece unas normas mínimas comunes en todo el territorio de la Unión sobre el derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales, así como en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea. Según el Considerando octavo, el establecimiento de estas normas mínimas debe conducir a una mayor confianza en los sistemas judiciales penales de los Estados miembros, lo que a su vez debe dar lugar a una cooperación más eficaz basada en un clima de confianza recíproca.

Como segundo paso en el necesario refuerzo de un estándar mínimo en toda la UE en materia de derechos procesales, y sobre la base de la mencionada Directiva de 2010, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, establece las normas mínimas en relación a la información de los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a toda persona sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal.

Ahondando en dos aspectos esenciales del derecho de defensa en el proceso penal, la transposición de ambas Directivas a nuestro Derecho interno se produce mediante la LO 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la LECrim y la LOPJ.

La modificación que la citada LO produce en la LECrim se plasma en los artículos primero y segundo, los cuales responden respectivamente a la transposición cronológica de cada una de las Directivas.

El derecho a la traducción e interpretación corresponde a aquellas personas que no hablan o no entienden la lengua del procedimiento y a las personas con discapacidad auditiva y sordociegas, y se extiende a todas las actuaciones en las que sea necesaria la presencia del imputado o acusado, desde el interrogatorio en sede policial o por el Ministerio Fiscal, a todas las vistas judiciales. También tendrá derecho a servirse de un intérprete en las comunicaciones con su Abogado que guardan relación directa con las actuaciones anteriores, o con la presentación de un recurso u otras solicitudes procesales, a fin de preparar su defensa.

El derecho a la traducción implica la necesidad de proporcionar al imputado o acusado la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, considerando la Ley como imprescindible, en todo caso, la traducción de las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia, si bien aquél tendrá derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento. Como excepción a la necesidad de traducción escrita, ésta puede ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, siempre que con ello quede garantizada suficientemente la defensa del imputado o acusado.

La Ley también hace mención expresa a las nuevas tecnologías (artículo 123.5 LECrim), recogiendo así lo dispuesto en el artículo 2.6 de la Directiva 2010/64. Se prevé la posibilidad de que la asistencia del intérprete se pueda prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación. Lo anterior supone ciertamente una novedad respecto a la práctica judicial hasta el momento, basada eminentemente en la presencia física del intérprete, en una clara apuesta por el uso de las nuevas tecnologías en la necesaria agilización de la justicia, sin merma por ello de garantías procesales.

La introducción del nuevo artículo 124 LECrim permite la designación del traductor o intérprete judicial de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente. Lo anterior debe ponerse en relación con lo recogido en la Disposición final primera, según la cual, el Gobierno presentará, en el plazo máximo de un año desde la publicación de esta Ley, un Proyecto de ley de creación de un Registro Oficial de Traductores e Intérpretes judiciales.

Hay que añadir que se reconoce, en el nuevo artículo 126 LECrim, el carácter disponible de los derechos reconocidos, estableciéndose expresamente la posibilidad de renunciar a los mismos mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: que la renuncia sea expresa y libre, y que se produzca después de que el imputado o acusado haya recibido un asesoramiento jurídico suficiente y accesible que le permita tener conocimiento de las consecuencias de la misma. En todo caso, no podrán ser renunciados el derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales, ni el derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.

El artículo 5.3 de la Directiva 2010/64 impone a los Estados la obligación de garantizar que los intérpretes y traductores respeten el carácter confidencial inherente a los servicios de interpretación y traducción, lo cual encuentra su reflejo en el artículo 124.2 LECrim, siendo consecuencia de esta confidencialidad la introducción de un nuevo apartado tercero en el artículo 416 LECrim, el cual dispensa de la obligación de declarar a los traductores e intérpretes respecto de las conversaciones y comunicaciones entre

el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación.

Como ya se ha señalado, el segundo paso que aborda la presente Ley Orgánica, y que también supone la modificación parcial de la LECrim, es la transposición de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. Según la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2015, estas modificaciones tienen como finalidad facilitar la aplicación del derecho a la información de las personas detenidas y de los imputados o acusados en el proceso penal, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, garantizando el derecho a la libertad y el derecho a un juicio equitativo.

En aplicación de lo dispuesto anteriormente se modifica el artículo 118 LECrim, que regula el derecho de defensa de toda persona a la que se le impute un acto punible, enumerando los derechos de los que debe ser instruido: derecho a ser informada de los hechos que se le imputan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y en los hechos imputados, con el grado de detalle suficiente para permitir un ejercicio efectivo del derecho a la defensa; del derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa; del derecho a designar libremente Abogado; del derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita, procedimiento para hacerlo y condiciones para obtenerla; del derecho a la traducción e interpretación gratuitas; del derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Se produce así mismo la modificación del artículo 302 LECrim relativo al secreto de sumario, cuya novedad respecto a la redacción anterior estriba en la concreción de las circunstancias que pueden motivar la declaración de secreto: evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

El artículo 505.3 LECrim incorpora como novedad que el Abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del mismo, con lo que cabría entender que así será incluso si se ha decretado el secreto de sumario.

Se modifica el artículo 520 LECrim que regula los derechos del detenido o preso, entendiéndose que si bien el precepto ya recogía la mayoría de los derechos contemplados en la Directiva 2012/13/UE, era necesario completar este catálogo para adaptarlo a los postulados de la normativa europea, haciendo mención expresa, entre otros, al derecho de acceso a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad, y al derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, así como a la información del plazo máximo legal de

duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

La reforma alcanza por último al artículo 775 LECrim relativo a la primera comparecencia del imputado en el ámbito de las Diligencias Previas del Procedimiento Abreviado, estableciendo que el Juez informará con prontitud al imputado cuando se produzca algún cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados; información que podrá ser facilitada mediante una exposición sucinta que resulte suficiente para permitir el ejercicio del derecho a la defensa, comunicada por escrito al Abogado defensor del imputado.

Por LO 5/2015 también se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, si bien solamente en lo que se refiere al apartado 5 del artículo 231, con una remisión a la ley procesal aplicable en lo relativo a la habilitación de intérpretes en las actuaciones orales o en lengua de signos.

Por último, hay que tener en cuenta que, según la Disposición Final cuarta, el artículo primero, que regula el derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, entrará en vigor al mes de su publicación, y el resto de los preceptos, que regulan lo relativo al derecho a la información en los procesos penales, a los seis meses de su publicación.

Alicia GONZÁLEZ MONJE  
*Profesora Asociada de Derecho Procesal*  
*Universidad de Salamanca*  
[alicia.g.monje@usal.es](mailto:alicia.g.monje@usal.es)

**Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito**  
**[BOE n.º 101, de 28-IV-2015]**

**ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA**

El pasado 28 de abril de 2015 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y cuya entrada en vigor, según la Disposición final sexta, se establece a los 6 meses de su publicación.

La finalidad de la elaboración de dicho Estatuto es doble. En primer lugar, llevar a cabo la trasposición de la normativa comunitaria, o sea, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, del Informe de la Comisión Europea de abril de 2009 y, finalmente, de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, en la que se establecen los derechos para la protección y el apoyo de las víctimas. En segundo lugar, la finalidad primordial de la Ley 4/2015 es la de ofrecer una protección jurídica, social y minimizadora de los efectos traumáticos morales de las víctimas, todo ello con independencia de su situación procesal.

El ámbito de aplicación de dicho Estatuto se extiende a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, sin tener en cuenta la nacionalidad, la edad o de si disfrutan o no de residencia legal (artículo 1), estableciéndose como excepción lo previsto en el artículo 17, o sea la posibilidad de poder presentar ante las autoridades españolas denuncias correspondientes a hechos delictivos que hubieran sido cometidos en el territorio de otros Estados de la Unión Europea.

En el caso de no tener jurisdicción el Estado español en el supuesto anterior, éste debe remitir la denuncia a las autoridades competentes del Estado donde los hechos se hayan cometido, suponiendo que se trata de la autoridad competente en materia de presentación de denuncias.

En cuanto al ámbito subjetivo (artículo 2), la Ley parte de un concepto amplio de víctima, incluyendo dentro de la definición tanto a las víctimas directas como a las indirectas. De este modo, no sólo es víctima (directa) la persona física que sufre un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, sino que, en los supuestos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito, también será víctima (indirecta):

el cónyuge no separado legalmente o de hecho, los hijos de la víctima o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraran bajo su guarda y a las personas sujetas a tutela o curatela o que se encontraran bajo su acogimiento familiar.

Además, podrá ser víctima indirecta, en caso de no existir los anteriores, los demás parientes en línea recta y hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima, estableciéndose expresamente que no serán aplicables las disposiciones de esta Ley a terceros que hayan sufrido perjuicios derivados del delito.

En cuanto al catálogo de derechos establecido, la Ley 4/2015 fija una clasificación de los mismos atendiendo a si la víctima participa o no de un proceso penal.

Los derechos básicos recogidos en el Título I establecen una serie de derechos de los que debe poder disfrutar la víctima fuera de un proceso penal, siendo, por tanto, derechos extraprocerales. Estos son: el derecho a entender y ser entendido; el de información desde el primer contacto con las autoridades competentes; el derecho a obtener una copia de la denuncia; a la traducción e interpretación, así como a recibir información sobre la causa penal.

En cuanto a la participación de la víctima en el proceso penal, el Título II se encarga de recoger el elenco de derechos de los que goza la misma en un proceso penal. Si bien debemos señalar que algunos de ellos no hacen más que reiterar lo que nuestra legislación vigente ya recoge. Un ejemplo de lo anterior es lo previsto en el artículo 11, que señala el derecho de la víctima a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En nuestro ordenamiento, la víctima de un delito puede ser parte de un proceso penal, pudiendo disfrutar y ejercitar los derechos que nuestra normativa le reconoce, siendo dicho reconocimiento, por tanto, reiterativo.

Pero quizá el apartado más controvertido de la Ley sea el derecho reconocido en el artículo 13 de dicho Estatuto, o sea, la posibilidad de la víctima de poder participar en la ejecución. Todo ello a través del derecho a recurrir la resolución en la que se clasifique al penado en tercer grado antes de que se extinga la mitad de la condena en determinados delitos (de homicidio, de aborto del artículo 144 CP, de lesiones, contra la libertad, de tortura y contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexual, de robos cometidos con violencia o intimidación, de terrorismo, de trata de seres humanos), los permisos de salida, clasificación del tercer grado, la libertad condicional de los delitos acabados de mencionar o bien cuando se cometa un delito en el seno de un grupo u organización criminal. También es posible que la víctima pueda recurrir el auto por el que se le concede al penado la libertad condicional, cuando se trate de alguno de los delitos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 36.2 CP o de los delitos mencionados, siempre que se hubiera impuesto una pena de más de cinco años de prisión.

Es de destacar del Estatuto, el establecimiento de lo que la Ley denomina como servicios de justicia reiterativa (artículo 15). A pesar de que el Preámbulo de la Ley señala que el Estatuto supera las referencias tradicionales a la mediación entre víctima e

infractor, el artículo 15.1 en su apartado d) se refiere expresamente al «procedimiento de mediación».

La finalidad de la justicia restaurativa es la reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito siempre que, entre otros, el infractor reconozca los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad y la víctima haya prestado su consentimiento.

El Título III sistematiza las medidas de protección de la víctima en el proceso, fijando el derecho a que se evite el contacto entre víctima e infractor, la protección de la intimidad, así como la posibilidad de poder evaluar a la víctima a fin de determinar si requiere de especial protección, determinando el órgano competente para ello.

Finalmente, el Título IV prevé la organización y funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas, pudiendo el Ministerio de Justicia o las Comunidades Autónomas celebrar convenios de colaboración con entidades públicas o privadas para prestar los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas. En concordancia con lo anterior, no podemos terminar sin hacer referencia a la Disposición adicional segunda que señala que las medidas previstas en el Estatuto de la Víctima no pueden suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal, debiendo añadir la dificultad e imposibilidad que puede conllevar desarrollar todo lo previsto en la Ley sin más medios.

La trasposición de la normativa comunitaria y su sistematización en una sola Ley por el legislador español es admirable. Si bien nuestro ordenamiento ya regula la mayoría de los derechos y medidas previstos ya que prevé la consideración de la víctima como parte de un proceso penal, no siendo tan relevante la aportación realizada por el Estatuto en esta materia como sí lo va a ser en otros ordenamientos extranjeros, ya que su consideración como parte en un proceso lleva inherente la mayoría de los derechos reconocidos.

Sonia CANO FERNÁNDEZ  
*Profesora de Derecho Procesal*  
*Universitat de Barcelona*



## Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria [BOE n.º 158, de 3-VII-2015]

### ASPECTOS PROCESALES

La Ley 15/ 2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria es una ley moderna largamente esperada y reclamada por la doctrina que trae importantes ventajas jurídicas y sociales para los ciudadanos.

Este camino de modernización del procedimiento de jurisdicción se inició con la previsión de la Disposición Final 18.<sup>a</sup> de la LEC de 2000, en la que se fija el plazo de un año para que el Gobierno remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria. El iter prelegislativo y legislativo fue muy largo, duró 15 años.

Con fecha 10 de diciembre de 2002 se constituye una Ponencia en la Comisión General de Codificación, de la que tuvimos el honor de formar parte con el maestro en la materia FERNÁNDEZ DE BUJÁN, para la elaboración de un Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que concluyó el 2 de junio de 2005, en el que se pretende encajar en el Estado constitucional de Derecho una de las piezas que todavía quedaban por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia. Consta de 306 artículos en los que se regula un procedimiento general y sendos procedimientos relativos a la conciliación, la mediación, así como los relativos a las materias de personas, familia, derechos reales, obligaciones, sucesiones, mercantil y marítimo. Tanto en el procedimiento general como en los especiales predominan los principios garantistas del proceso contencioso; se distribuye la competencia objetiva entre el Juez y el Secretario Judicial; la oposición no hace contencioso el procedimiento; se admite la desjudicialización a favor de los Notarios y Registradores, en régimen de alternatividad con los Secretarios Judiciales, tomando en consideración la Recomendación del Consejo de Europa de 16 de septiembre de 1986, remitiendo su regulación a la legislación específica.

Partiendo de este Anteproyecto, el Gobierno elaboró un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria el 27 de octubre de 2006 en el que se daba a la jurisdicción voluntaria un tratamiento administrativo y se establecía la competencia compartida con los Secretarios Judiciales en todos los expedientes atribuidos a los Notarios y Registradores, en régimen de alternatividad. Este proyecto fue retirado por el Gobierno en el trámite del Senado el 24 de octubre de 2007.

Por fin el Gobierno, con fecha de 1 de agosto de 2014, remite al Congreso de los Diputados un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, siguiendo de cerca el Anteproyecto de la Ponencia de la Comisión de Codificación de 2005, si bien con una innovación importante: se opta por la exclusividad en un gran número de expedientes a favor de los Notarios y Registradores, devaluando al Secretario Judicial, con grave perjuicio para los ciudadanos, desoyendo la opinión mayoritaria de los Grupos Parlamentarios en la discusión parlamentaria del PLJV de 27 de octubre de 2006 y los Informes del CGPJ y del CF. Este cambio de criterio viene influido por una propuesta

de una Comisión constituida en el seno de la Comisión General de Codificación, de la que formaban parte tres miembros (su Presidente y dos vocales) que habían firmado la «Declaración de Profesores Universitarios de Derecho Procesal» de 29 de enero de 2009, oponiéndose a la ampliación de las funciones del Secretario Judicial en el Proyecto de Ley, que luego fue la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Después de una dura oposición por los Grupos Parlamentarios, tanto en el Congreso como en el Senado, se han introducido importantes modificaciones, especialmente en cuanto a la alternatividad, que han mejorado el texto definitivo de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015, que consta de 148 artículos distribuidos en nueve Títulos con sendos Capítulos, seis Disposiciones adicionales, cinco Disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veintiuna Disposiciones finales, con entrada en vigor el 23 de julio de 2015.

Se regula un procedimiento general y sendos procedimientos especiales en materia de personas (10), familia (3), sucesiones (3), obligaciones (2), derechos reales (2), subastas voluntarias (1), mercantil (8) y conciliación.

El procedimiento goza de las garantías del proceso contencioso general y por ello se aplica como norma supletoria la LEC.

Tiene por objeto la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales.

Considera actos de jurisdicción voluntaria a todos aquellos que requieran la intervención del órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.

La competencia corresponderá, como norma general, a los Juzgados de Primera Instancia y, excepcionalmente, a los Juzgados de lo Mercantil y Paz.

Regula la legitimación, la postulación y la representación procesal reduciendo la obligatoriedad de la intervención de Abogado y Procurador con relación a la legislación anterior.

Limita la intervención del Ministerio Fiscal a los supuestos que afecten al estado civil de la persona o persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos casos en que la ley expresamente así lo declare.

La admisión y la práctica de la prueba corresponderán al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia, teniendo en cuenta la competencia para el conocimiento del expediente.

Regula los efectos de la tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos.

Con relación a los gastos establece como norma general que serán a cargo del solicitante.

Establece normas de Derecho Internacional Privado que se refieren a la competencia internacional, la legislación aplicable en los casos internacionales a la inscripción

en registros públicos y efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción acordados por autoridades extranjeras.

La acumulación de expedientes será de competencia del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia según quien sea competente para conocer el expediente.

Se puede apreciar de oficio la competencia objetiva o territorial y los defectos u omisiones que se observen por el Letrado de la Administración de Justicia.

Para admisión de la solicitud y la citación a los interesados será competente el Letrado de la Administración de Justicia.

En el caso de que se formule oposición esta no hará contencioso el expediente ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Según FERNÁNDEZ DE BUJÁN, es una oposición de relevancia menor frente a la de relevancia mayor en un proceso contencioso posterior.

La comparecencia se celebrará ante el Juez o Letrado de la Administración de Justicia, según quien sea competente para conocer del expediente y se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las especialidades que se establecen en esta Ley.

El expediente se resolverá por auto del Juez o decreto del Letrado de la Administración de Justicia, según quien sea competente.

Contra las resoluciones interlocutorias del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia cabrá recurso de reposición en los términos previstos en la LEC.

Las resoluciones definitivas del Juez podrán ser apelables conforme a lo previsto en la LEC, sin que el recurso de apelación tenga efectos suspensivos, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario. Contra las resoluciones definitivas del Letrado de la Administración de Justicia podrá interponerse recurso de revisión ante el Juez competente en los términos previstos en la LEC.

La declaración de la caducidad de la instancia corresponde al Letrado de la Administración de Justicia por decreto contra el que solo cabe recurso de revisión ante el Juez competente.

El cumplimiento y ejecución de la resolución que ponga fin al expediente se registrará por lo establecido en la LEC y en particular por los artículos 521 y 522.

En las Disposiciones Finales se modifican sendas normas jurídicas, algunas que tienen una especial trascendencia procesal, entre las que destacamos las siguientes:

- a) En la Ley del Notariado se atribuye al Notario un proceso monitorio paralelo al monitorio judicial y la competencia, compartida con el Letrado de la Administración de Justicia, para conocer de la separación y el divorcio de mutuo acuerdo.
- b) En la LEC destaca la ampliación de la competencia del Letrado de la Administración de Justicia en las separaciones y divorcio de mutuo acuerdo y la nueva regulación de las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional, como un proceso declarativo especial.

- c) En la LH se introduce la conciliación registral de competencia de los Registradores de la Propiedad, en régimen de alternatividad con los Letrados de la Administración de Justicia y los Notarios.

Salen fuera de la LJV siete expedientes que en la legislación anterior eran de competencia judicial (Declaración de herederos abintestato, presentación, adveración, apertura y lectura de testamentos cerrados, ológrafos, los otorgados de forma oral, formación de inventario de los bienes del causante a los efectos de aceptar o repudiar la herencia, depósitos y venta de los bienes depositados así como los expedientes de dominio para la inscripción y reanudación del tracto sucesivo de bienes inmuebles), que se atribuyen en exclusiva a los Notarios, y el expediente de cancelación de cargas que se atribuye a los Registradores de la Propiedad.

En régimen de alternatividad, con los Letrados de la Administración de Justicia, se atribuyen a los Notarios nueve expedientes (entre ellos la conciliación), a los Registradores Mercantiles cuatro expedientes y a los Registradores de la Propiedad la conciliación registral, en régimen de alternatividad con los Letrados de la Administración de Justicia y los Notarios.

La invasión del ámbito judicial en la jurisdicción voluntaria por parte de los Notarios y Registradores es preocupante. Se incrementan sus competencias, en régimen de exclusividad, en la modificación de la Ley Hipotecaria por Ley 3/2015 de 24 de junio y en la Ley 14/2014 de 24 de julio, de Navegación Marítima.

En una futura reforma de la LJV han de regularse todos los asuntos de jurisdicción voluntaria estableciendo la competencia, en régimen de alternatividad, de los Notarios y los Registradores con los Letrados de la Administración de Justicia en todos los expedientes que actualmente se les atribuyen con carácter exclusivo, para garantizar los derechos de los ciudadanos ante los Tribunales de Justicia conforme al artículo 117.4 de la CE.

Jesús SEOANE CACHARRÓN

*Doctor en Derecho. Letrado de la Administración de Justicia.  
Expresidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales.  
Vocal de la Ponencia de la Comisión General de Codificación*  
[jscacharron@hotmail.es](mailto:jscacharron@hotmail.es)

**— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —**  
(ENERO-JUNIO 2015)

**COORDINADORA:**

**Antonia DURÁN AYAGO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Salamanca*

**COLABORAN en la coordinación en este número:**

**María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS**

*Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL*

**María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Financiero y Tributario. USAL*

**Mercedes IGLESIAS BÁREZ**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL*

**Juan Manuel BAUTISTA JIMÉNEZ**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Público. USAL*

**Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ**

*Profesora Titular de Derecho Penal. USAL*

**Cristina POLO SÁNCHEZ**

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

**José Luis SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesor Titular EU de Derecho Mercantil. USAL*

**Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS**

*Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL*

**Estrella TORAL LARA**

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. USAL*

## ADMINISTRATIVO

---

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia 258/2014, de 16 de abril [ROJ: STSJ GAL 5461/2014] - CAPACIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA ANULAR PREGUNTAS EN LOS EXÁMENES DE OPOSICIÓN, por Juan José RASTROLLO SUÁREZ
2. Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) 5483/2015, de 29 de junio de 2015 [ROJ: ATS 5483/2015], Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 4884/2015, de 11 de junio de 2015 [ROJ: ATS 4884/2015] y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sede de La Coruña) 536/2015, de 5 de febrero de 2015 [ROJ: STSJ GAL 536/2015] - TRES EJEMPLOS DE UNA FORMA JURÍDICAMENTE MÁS ADECUADA DE ENTENDER LA «MEMORIA HISTÓRICA», PERO... POLÍTICAMENTE MENOS CORRECTA, por Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ

## CIVIL

---

3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 17 de febrero de 2015 [ROJ: STS 544/2015] - EL ORDEN DE LOS APELLIDOS, por ALMUDENA GALLARDO RODRÍGUEZ
4. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 25 de marzo [ROJ: STS 1280/2015] - CLÁUSULA SUELO ABUSIVA, por Eva M.ª MARTÍNEZ GALLEGO

## CONSTITUCIONAL

---

5. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2015, de 25 de junio [BOE n.º 182, de 31-VII-2015] - LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS FARMACÉUTICOS ANTE LA OBLIGACIÓN DE DISPENSAR MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS ANTICONCEPTIVOS, por Marta LEÓN ALONSO

## FINANCIERO Y TRIBUTARIO

---

6. Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015, de 18 de marzo [BOE n.º 98, de 24-IV-2015] - DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE RESIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. RELACIÓN DEL ASUNTO CON LA JURISPRUDENCIA EUROPEA, por Marcos IGLESIAS CARIDAD
7. Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2015, de 25 de junio [BOE n.º 182, de 31-VII-2015] - FACTURACIÓN FALSA DE UN FALSO EMPRESARIO: ¿INFRACCIÓN TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 201 LGT O DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO MERCANTIL?, por Marcos IGLESIAS CARIDAD

## MERCANTIL

---

8. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 30 de junio de 2015 [ROJ: STS 3002/2015] - HIPOTECA MULTIDIVISA. APLICACIÓN DE NORMATIVA MIFID. DEFECTOS DE INFORMACIÓN Y ERROR DE VICIO. PERFIL DE EXPERTO DEL PRESTATARIO, por Eva M.ª MARTÍNEZ GALLEGO

## PROCESAL

---

9. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2015 [ROJ: STS 2047/2015] - ACERCA DE LA VALIDEZ DE LOS PANTALLAZOS COMO PRUEBA ELECTRÓNICA EN JUICIO, por Federico BUENO DE MATA

## TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

---

10. Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero [BOE n.º 47, de 24-II-2015] - LA CONVALIDACIÓN DEFINITIVA DE LA REFORMA LABORAL DE 2012, por Wilfredo SANGUINETI RAYMOND
11. Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2015, de 5 de marzo [BOE n.º 85, de 9-IV-2015] - REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL, por Purificación MORGADO PANADERO



### Sentencia del Tribunal de Justicia de Galicia 258/2014, de 16 de abril [ROJ: STSJ GAL 5461/2014]

#### CAPACIDAD DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES PARA ANULAR PREGUNTAS EN LOS EXÁMENES DE OPOSICIÓN

La STS de 3 de noviembre de 1986 advirtió que «los exámenes de oposición, en cuanto que evaluables por un Tribunal calificador, configuran apreciación subjetiva que encuentra factores de objetividad en el nombramiento predeterminado del Tribunal y su publicidad, y fundamento en la necesidad de verificar la actualización y concreción para la índole de la plaza de los conocimientos resultantes de los méritos mediante sujeción al conocimiento de un programa también prefijado como importante factor de objetividad». La existencia de un temario prefijado, referente del esfuerzo a realizar, y de un órgano de selección predeterminado –dotado de discrecionalidad técnica como reconoce expresamente el artículo 55.2 del Estatuto Básico del Empleado Público– han de entenderse como un condicionante necesario para garantizar que, a lo largo del proceso selectivo, se preserva el derecho a la igualdad en el acceso al empleo público.

En el contexto de los procesos de selección de empleados públicos, podemos entender «discrecionalidad técnica» (STC 353/1993 y 34/1995, entre otras) como la decisión del órgano de selección a la hora de valorar y calificar las pruebas llevadas a cabo por los aspirantes «en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo». Debe existir, en relación a dicha decisión por parte de los órganos jurisdiccionales, «una presunción *iuris tantum* de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación».

La denominada discrecionalidad técnica ampara la capacidad del tribunal de oposición para dirigir el desarrollo del procedimiento dictando normas o tomando acuerdos que pudieran dar lugar a la anulación de determinadas preguntas por incompatibilidad con el temario, no puede dejar de estar suficientemente motivada (cuestión tratada en profundidad a lo largo del contenido de la STSJ País Vasco 668/2005, de 7 de octubre, entre otras). En caso contrario, podría conducir a una lesión a los principios constitucionales tan grave como la que se daría si no existiera la suficiente relación entre preguntas y temario. Ahora bien, ¿hasta qué punto puede entenderse dicha discrecionalidad técnica como un límite a la capacidad de los tribunales para controlar el ajuste a la legalidad del proceso selectivo? En numerosas ocasiones, los tribunales se han escudado en la existencia de la misma para no entrar en el fondo del asunto.

Sin embargo, en la medida que se trata de una presunción *iuris tantum*, «puede ser revocada por el órgano jurisdiccional “si se acredita la infracción o el desconocimiento

del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado”, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega» (STC 34/1995)

En este sentido, resulta de una especial relevancia la STSJ Galicia 258/2014 de 16 de abril de 2014, que sustanció el recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de A Coruña por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora contra la Resolución de 9 de diciembre de 2010 del Alcalde de Cedeira en orden a la selección de un funcionario en prácticas de la escala de Administración especial, Subescala Técnica, Categoría Superior.

Al valorar el fondo de la cuestión (la función reservada a los órganos jurisdiccionales a la hora de controlar el ajuste a la legalidad de las pruebas selectivas con respeto a la discrecionalidad técnica reservada al tribunal calificador), el TSJ Galicia lleva a cabo interesantes pronunciamientos. Como afirma el órgano jurisdiccional «Diferente de la función de valoración de los ejercicios es el control del cotejo de las pruebas o ejercicios con el contenido del temario».

Pese a que, en la mayor parte de las ocasiones, las bases establecen la «relación» entre preguntas y temario, afirma el TSJ Galicia que

los confines o muros del temario no deben ser sobrepasados de manera que si de forma manifiesta y natural, resulta ostensible el apartamiento, podrá declararse la invalidez de las cuestiones así viciadas de ajenidad. Subrayamos que nuestro estándar de control para poder declarar la invalidez de una cuestión por ajenidad del temario predeterminado en las Bases, radica en el apartamiento a todas luces evidente o manifiestamente erróneo, ya que ha de dejarse un amplio margen al Tribunal calificador para interpretar con flexibilidad el temario aunque eso sí, sin quebrarlo o burlarlo con preguntas extravagantes o alejadas patentemente del contenido expreso.

Es por ello que la sentencia concluye en su fundamento jurídico séptimo que «En esas condiciones, en que existen tres cuestiones que de forma clara y sin especiales construcciones jurídicas se revelan ajenas al Temario General, se impone declarar su invalidez».

Juan José RASTROLLO SUÁREZ  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Salamanca*  
[rastrullo@usal.es](mailto:rastrullo@usal.es)

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) 5483/2015, de 29 de junio de 2015 [ROJ: ATS 5483/2015], Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 4884/2015, de 11 de junio de 2015 [ROJ: ATS 4884/2015] y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sede de La Coruña) 536/2015, de 5 de febrero de 2015 [ROJ: STSJ GAL 536/2015]**

**TRES EJEMPLOS DE UNA FORMA JURÍDICAMENTE MÁS ADECUADA DE ENTENDER LA «MEMORIA HISTÓRICA», PERO...  
POLÍTICAMENTE MENOS CORRECTA**

La llamada «memoria histórica», cualquiera y en cualquier país, incluye en sus propios términos una contradicción por tener un carácter claramente parcial y muy poco que ver con la verdadera Historia, al proceder de memorias personales y subjetivas, y no como esta última de la investigación objetiva e impersonal de datos y documentos.

El complicado proceso llevado a cabo en España lo ha sido aún más (y de ahí las críticas) debido a que no se ha tenido en cuenta el espíritu de la Transición y la propia aprobación de la Constitución española de 1978, ni el tiempo transcurrido desde los hechos acaecidos (de los cuales, por cierto, las jóvenes generaciones, salvo honrosas excepciones, no saben casi nada, y cuando es así lo saben de manera muy sesgada, dado el sistema educativo imperante durante décadas), y porque la interpretación políticamente correcta de la «memoria histórica» se ha plasmado en una ley, fuera de la cual no cabe nada, ni siquiera una crítica histórica o técnica, o mínimamente seria; siendo claros los procesos de cercenar la libertad de expresión de cualquiera que proñera tales críticas a la ley y a tales procesos sesgados de «recuperación de la memoria histórica» (como se ha visto claramente en los episodios de los restos de Andrés Nin, la tumba de García Lorca o de la documentación de quien fuera presidente de la II República, D. Niceto Alcalá Zamora).

La revisión intencionada de la mal llamada «memoria histórica» respecto a la II República, la Guerra Civil y los años posteriores, poniendo efectivamente en duda el importante espíritu de la Transición y de la propia Constitución, es visible claramente en la [Ley 24/2006, de 7 de julio, sobre declaración del año 2006 como Año de la Memoria Histórica](#), dictada en conmemoración del 75.º aniversario de la II República, y especialmente en la [Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura](#), modificada posteriormente, denominada coloquialmente «ley de la memoria histórica» (ver DURÁN, I. y DÁVILA, C. 2006: *La gran revancha. La deformada memoria histórica de Zapatero*. Prólogo de Stanley G. Payne. Madrid: Ed. Temas de Hoy y ABAD LICERAS, J. M.<sup>a</sup>. 2009: *Ley de Memoria Histórica. La problemática jurídica de la retirada o mantenimiento de símbolos y monumentos públicos*. Madrid: Ed. Dykinson, que plantean claramente los problemas jurídicos de la Ley, en relación con las libertades ideológica y de expresión de la Ley, p. ej.; con

otros puntos de vista, más políticamente correctos, ver AGUILAR FERNÁNDEZ, P. 2008: *Políticas de la memoria y memorias de la política*. Madrid: Alianza Ed. y MARTÍN PALLÍN, J. A. y ESCUDERO ALDAY, R. [eds.] y otros. 2008: *Derecho y memoria histórica*. Madrid: Ed. Trotta).

Además, debe tenerse en cuenta que, aunque algunas de las medidas planteadas en la propia Ley ya tenían en su origen problemas jurídicos, su aplicación práctica, ciertamente sesgada, en algunos casos (particularmente, después del acceso a cargos públicos de componentes de los nuevos partidos políticos, cuyo espíritu democrático está por ver) ha demostrado, p. ej., el escaso nivel cultural de ciertos responsables políticos, al pretender retirar símbolos o nombres de calles y plazas a ilustres personajes o a hechos muy anteriores a esa época histórica o que nada tienen que ver con tal época, y el poco respeto al Estado de Derecho, y Democrático, al realizar acciones administrativas y jurídicas imposibles de llevar a cabo (como la jurídicamente indefendible retirada de honores a personas ya fallecidas).

Frente a la bastante amplia interpretación (y políticamente más correcta) de algunos preceptos de la Ley citada, e incluso de cuestiones no reguladas en la misma, algunos recientes pronunciamientos judiciales están aplicando e interpretando dicho texto legal jurídicamente de una manera más ajustada y adecuada... aunque nada conforme con lo políticamente correcto en esta materia.

En primer lugar, en relación con la retirada de honores y símbolos de la época ya la Sentencia del Tribunal Supremo 2732/1996, de 8 de mayo, apuntó en la línea de interpretación correcta, pues no avaló la retirada de la Cruz de los Caídos por un Ayuntamiento, al ser el mismo un bien de dominio público, y no haberse producido la desafección del mismo, conforme al Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986; aunque, naturalmente, esta Sentencia es anterior a la Ley de la memoria histórica. No obstante, con la Ley citada en vigor, la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 8960/2012, de 31 de mayo](#), señaló, de forma impecable, que

una vez fallecida la persona destinataria de dichos reconocimientos honoríficos, concedidos en atención a los méritos y circunstancias concurrentes que motivaron su reconocimiento, los honores y distinciones otorgados quedaron extinguidos, dado el carácter vitalicio de los mismos. Por tanto, la revocación o retirada de dichos honores y distinciones por el acto impugnado, aun en cumplimiento formal de un mandato legal, carece de eficacia práctica alguna, o dicho en otros términos, no produce efectos jurídicos vinculantes ni para su destinatario ni para terceros, al quedar extinguidos con su fallecimiento dado su carácter vitalicio y personalísimo.

Por otra parte, el desconocimiento (u otra razón menos clara) del propio contenido de la Ley citada es bien visible en la [STS 8191/2012, de 10 de diciembre](#), que, frente a las pretensiones de los recurrentes, entiende atinadamente que el acuerdo de agregación del Municipio de San Lorenzo al de Las Palmas de Gran Canaria, adoptado el

9 de noviembre de 1939, no entra en el contenido ni en las previsiones de la Ley de la memoria histórica.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (sede de La Coruña) 536/2015, de 5 de febrero, resuelve el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, de 4 de septiembre de 2014, que anuló el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vigo, de 1 de marzo de 2013, que no accedió a la retirada de la Cruz de los Caídos existente en el Monte del Castro, requerida por la Asociación Viguesa por la Memoria Histórica del 36; estimando el recurso, y revocando la Sentencia apelada.

Debe resaltarse que tanto el Ayuntamiento de Vigo como los fundamentos de la Sentencia comentada señalan que la simbología de exaltación de la Guerra Civil y de la Dictadura ya no existe, al haber sido eliminados tales símbolos mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Vigo de 30 de junio de 1981 (adoptado por unanimidad).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sentencia es bien clara, al señalar que

aun admitiendo que originariamente tuviera un significado de exaltación de la guerra civil y de la dictadura, no puede compartirse que hoy, una vez desaparecida toda la simbología fascista a que más arriba se hizo referencia –puesto que no se puede considerar que la tengan las figuras y símbolos representativos de los ejércitos–, siga teniendo ese componente de exaltación inicial, habiendo desaparecido su carga política, y puede ser contemplada como un elemento religioso, aunque no fuera su significado originario, puesto que es evidente que se trata de una cruz latina.

Pero, inmediatamente, el Tribunal añade un importante argumento que interpreta adecuadamente el fondo de la cuestión litigiosa (y la propia Ley), al afirmar que

no se puede obviar que la cruz también refleja la persecución por razones políticas en un contexto histórico que no ha de ser olvidado para que no se repita, de forma que ha de conservarse esa memoria, pero no en el sentido de exaltación de los valores franquistas sino en el de que permita reflexionar sobre el pasado, una vez desaparecido el componente político inicial y dado el contexto político actual. Como ese aspecto de exaltación ha desaparecido, no se da la exigencia del artículo 15 [de la Ley de la memoria histórica, citada]. Y contemplada a día de hoy, al margen de las creencias superadas que motivaron su construcción, como muchos otros monumentos a lo largo de la historia de la humanidad, ha de llevar al conocimiento y reflexión por las generaciones presentes y futuras sobre un pasado ya superado pero que no ha de olvidarse, habiendo de considerarse representativo de los caídos de ambos bandos.

Asimismo, en segundo lugar, no deja lugar a dudas el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 4884/2015, de 11 de junio, que archiva la denuncia interpuesta contra el alcalde de Almería, relativa a la comisión de un delito de desobediencia por mantener «escudos anticonstitucionales y en el callejero plazas y calles con nombres de la

dictadura y la Guerra Civil», incumpliendo así la Ley de la memoria histórica. El Tribunal Supremo, sin embargo, archiva la denuncia al no haberse cumplido los requisitos de dicho tipo penal: existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad competente legalmente; que tal orden, con todas sus formalidades legales, haya sido notificada al obligado a cumplirla, y la resistencia del requerido a cumplir todo lo que se le ordena, es decir, ha de existir dolo de desobedecer, y de manera tenaz, contumaz y rebelde. La Sentencia entiende que tales requisitos no pueden derivarse de la Ley de la memoria histórica, al no existir una orden expresa dirigida al denunciado.

Por último, en relación con la anulación de sentencias de Tribunales y Consejos de Guerra en esa época histórica, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) 5483/2015, de 29 de junio, en relación con la sentencia dictada el 17 de junio de 1939, en el Procedimiento Sumarísimo de Urgencia 19.551 de la jurisdicción del Ejército de Ocupación, aprobada por el Auditor de Guerra el 29 de junio de 1939, reafirma su doctrina anterior (principalmente, por su trascendencia, en el caso Miguel Hernández, el [Auto del Tribunal Supremo 2595/2011, de 21 de febrero](#), y teniendo en cuenta que, en septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo 5310-2011E, sobre Autos de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo en Recurso 54/2010, dictó resolución de no admitirlo a trámite «dada la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo, violación que, de acuerdo con el artículo 44-1.º-LOTG, es condición para que este Tribunal pueda ejercer dicha tutela») y deniega la interposición del recurso de revisión, al entender correctamente que

la Ley de memoria Histórica [...] no prevé una declaración individualizada de nulidad de las resoluciones a las que se refiere, sin que corresponda a esta Sala enjuiciar esta decisión del Legislador, sino que efectúa un pronunciamiento general del carácter injusto de todas las condenas producidas por motivos políticos e ideológicos durante la Guerra Civil y la posterior Dictadura y de ilegitimidad de los Tribunales que las dictaron «por ser contrarios a derecho y por vulnerar las más elementales exigencias del derecho a un juicio justo», subrayando así, como señala la Exposición de Motivos, la carencia actual de vigencia jurídica de dichas resoluciones.

Esta declaración o pronunciamiento general se complementa con la previsión de un pronunciamiento especial para obtener una Declaración personal de contenido rehabilitador y reparador, que se abre como un derecho a todos los perjudicados y que podrán obtener ellos mismos o sus familiares. Declaración individualizada de reparación que se ha encauzado, conforme a la voluntad del Legislador, a través de una vía administrativa (art. 4 de la Ley).

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 17 de febrero de 2015 [ROJ: STS 544/2015]

#### EL ORDEN DE LOS APELLIDOS

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) n.º 76/2015 de 17 de febrero (ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baeza Ruíz) versa sobre el desacuerdo entre progenitores en el orden de los apellidos del hijo menor de edad habido de su relación sentimental.

Los hechos enjuiciados son los siguientes: un padre llamado Claudio presenta una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Guadalajara para la determinación de la filiación, la guarda y custodia, alimentos y el orden de los apellidos respecto del hijo menor que había tenido en una relación extramatrimonial con la demandada D.ª Amparo, y solicita que se le imponga al menor primero el apellido paterno y después el materno, ya que hasta el inicio del procedimiento el hijo ha utilizado los apellidos de la madre al estar reconocida una sola filiación. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima la demanda presentada por el demandante y admite un cambio en el orden de los apellidos en el que figure como primero el del padre. Contra dicha sentencia, la defensa de la demandada interpone un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Guadalajara, entre otros motivos por lo relativo al orden de los apellidos, al solicitar que se mantenga como primer apellido el materno, recurso que es desestimado.

Ambos órganos jurisdiccionales estimaron la pretensión de D. Claudio al aplicar literalmente la norma, que en ese momento estaba vigente, la cual determinaba que en caso de desacuerdo entre los progenitores prevalecería el apellido paterno (art. 194 RRC). Esta desigualdad y discriminación por razón de sexo ha sido corregida por la nueva [Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil \[BOE n.º 175, de 22-VII-2011\]](#) en el artículo 49.2. Esta Ley, en un principio, iba a entrar en vigor el 22 de julio del 2014, pero prorrogó el plazo hasta el 15 de julio de 2015 ([Real Decreto-Ley 8/2014 de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia \[BOE n.º 163, de 5-VII-2014\] Disposición adicional nueve](#)), salvo determinadas excepciones, la Ley en su totalidad entrará en vigor el 30 de junio de 2017 (conforme establece la disposición final décima, en la redacción dada a la misma por el apartado diez del artículo segundo de la [Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil \[BOE n.º 167, de 14-VII-2015\]](#); anteriormente modificada por el apartado doce de la disposición final cuarta de la [Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria \[BOE n.º 158, de 3-VII-2015\]](#)). El nuevo precepto del artículo 49.2 determina que: «En caso de desacuerdo o cuando

no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor». Esta reforma que se ha introducido es sumamente positiva puesto que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil, la finalidad ha consistido en avanzar «en la igualdad de género» al prescindir de la «histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». Por tanto, el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial aplicaron únicamente la legislación vigente sin tener en cuenta si ese cambio podía afectar el interés superior del menor.

Ante dicha negativa de los órganos jurisdiccionales, D.<sup>a</sup> Amparo interpone un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual estima el recurso y determina que, en el orden de los apellidos del menor, el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la línea paterna. El Tribunal Supremo para fundamentar este fallo señala que es cierto que si se aplica la literalidad de la norma primero debe figurar el apellido paterno, pero en este caso no puede darse esa solución cuando está en cuestión el interés superior del menor. Este principio («el interés superior del menor») está presente en toda normativa, internacional, estatal y autonómica, y es determinante para la adopción de cualquier medida que afecte a los menores. Dicho interés se ha configurado como un concepto jurídico indeterminado en el que ha sido la doctrina la que le ha ofrecido un concepto que se identifica, tal y como indica la sentencia: «con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural –bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material– bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales». No obstante, hay que señalar que a día de hoy como consecuencia de la modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia mediante la [Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio \[BOE n.º 175, de 23-VII-2015\]](#), el legislador ha regulado el concepto del «interés superior del menor» (art. 2), en el que fija una serie de criterios generales que guían en la decisión de este interés. Como hemos indicado anteriormente, este criterio es el que ha fijado la nueva Ley del Registro Civil cuando los progenitores no se ponen de acuerdo en cuál va a ser el orden de los apellidos de sus hijos.

El Tribunal Supremo no aplica la nueva Ley del Registro Civil porque no estaba todavía en vigor, pero hace «una interpretación correctora de la vigente porque en los aspectos sustantivos de la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí están en vigor». Así lo ha venido interpretando el Tribunal Constitucional en una sentencia que ha dictado sobre un supuesto similar con la sentencia que estamos



comentando (Sentencia del Tribunal Constitucional [Sala Segunda] 167/2013, de 7 de octubre), sentencia en la cual se apoya el Tribunal Supremo. La sentencia del Tribunal Constitucional para justificar la relevancia de mantener el primer apellido de la madre fundamenta las siguientes circunstancias:

- a. En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse antes de la inscripción y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (arts. 53 y 55 Ley del Registro Civil y 194 del Reglamento del Registro Civil).
- b. En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.
- c. El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

En este sentido, el Tribunal considera que desde la perspectiva constitucional se ha vulnerado el derecho fundamental del artículo 18.1 de la Constitución española referente al derecho de la imagen, pues infringió el derecho al nombre como integrante de su personalidad en la decisión del orden de los apellidos, por lo que no se estaba teniendo en cuenta el interés superior del menor. La argumentación que ofrece el Tribunal Supremo para mantener como primer apellido el de la madre es correcta, pues de lo contrario no se habría respetado dicho principio.

Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ  
*Doctoranda en Derecho Civil*  
*Universidad de Salamanca*  
[algaro@usal.es](mailto:algaro@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 25 de marzo [ROJ: STS 1280/2015]

### CLÁUSULA SUELO ABUSIVA

En el caso enjuiciado se ejercita acción declarativa de nulidad de condiciones generales de la contratación y, accesoriamente, acción de devolución de cantidad indebidamente cobrada en virtud de la denominada cláusula suelo o límite mínimo de referencia inserta en un contrato de préstamo a interés variable y ello desde la fecha de la celebración del contrato.

De este modo se pretende que caso de ser declarada dicha cláusula como abusiva al amparo de los criterios establecidos por la STS de fecha 9 de mayo de 2013, se mantenga la vigencia del contrato con la eliminación de dicha cláusula y se condene a reintegrar todas aquellas cantidades cobradas en virtud de la misma y ello con el interés legal devengado desde cada cobro.

La sentencia se plantea la posibilidad de moderar el criterio fijado por el Tribunal Supremo, en sentencia de Pleno de fecha 9 de mayo de 2013, relativo a la irretroactividad de los efectos caso de una eventual declaración de nulidad por abusiva de la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo a interés variable. En definitiva, analiza los efectos restitutorios en dicho caso.

Debemos señalar que el recurso de casación se articula en un único motivo, infracción del artículo 9.3 CE que establece el principio de seguridad jurídica, así como en los arts. 8.1, 9.2 y 10 LCGC así como en el artículo 1303 Código Civil, relativos a los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales de la contratación y la posibilidad de limitarlos los tribunales en relación con la doctrina sentada por la STS de fecha 9 de mayo de 2013.

Es importante tener en cuenta que la entidad bancaria frente a la que se instó el procedimiento ordinario era BBVA, entidad ya condenada por la STS a eliminar de sus contratos la referida cláusula suelo. De este modo, en el caso que nos ocupa no fue necesario hacer pronunciamiento alguno sobre este aspecto al existir un pronunciamiento firme por el que se declaraba la nulidad de la cláusula litigiosa. Ahora bien, en el caso enjuiciado se solicitó a mayores la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad bancaria en virtud de la referida cláusula suelo, debiendo el Alto Tribunal en este caso pronunciarse sobre la eficacia retroactiva o no de dicho pronunciamiento.

A este respecto, debemos señalar que el interés de casación alegado por la representación de la entidad bancaria se funda en la existencia de jurisprudencia contradictoria de varias Audiencias Provinciales en relación a los efectos restitutorios consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. De este modo y partiendo de lo allí señalado (STS de 9 de mayo de 2013), en la presente sentencia se afirma que, no obstante la regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus

efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica. Es así que haciendo suyas distintas resoluciones tanto del TS como del TJUE que se invoca el trastorno grave del orden público económico que implicaría un efecto retroactivo pleno a la declaración de nulidad de la cláusula objeto de litis. Pero a ello se añade por la STS de 25 de marzo de 2015 que los argumentos señalados sirvieron a la fecha de la sentencia, de forma que ahora se matiza la irretroactividad de los efectos, pues se entiende que «a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 no es posible la alegación de buena fe por los círculos interesados». De esta forma, se fija como doctrina que si estamos ante cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable (lícitas en principio), si estas se declaran abusivas por adolecer de falta de transparencia por falta de información, las sentencias que así lo acuerden tendrán efecto retroactivo a fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, no antes.

En este punto y al margen del criterio personal mantenido en diversas resoluciones por quien comenta esta sentencia que, tal como se desprende del artículo 1.6 del Código Civil, 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 artículo 117. 1 de nuestra Carta Magna como en el artículo 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 CC establece en su artículo 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–). 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.

Pues tan cierto es lo anterior, que la STS de 25 de marzo de 2015 cuenta con voto particular que compartimos, emitido por D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Xavier O’Callaghan Muñoz, que en relación a ello señalan con acierto en el Fundamento de Derecho Octavo del mismo tras los argumentos que señalan que «... el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente». Y ello, tras efectuar unas clarísimas consideraciones previas en relación a las directrices de interpretación del fenómeno de la ineficacia contractual.

Sentado lo anterior, y discrepando de la doctrina fijada, la STS de 25 de marzo de 2015 matiza la eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo a interés variable, al estimar que procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en virtud de dicha cláusula a partir de la fecha de la publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013 y no antes.

Eva M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ GALLEGO  
*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4  
de Ourense con competencia mercantil*

### Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 145/2015, de 25 de junio [BOE n.º 182, de 31-VII-2015]

#### LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS FARMACÉUTICOS ANTE LA OBLIGACIÓN DE DISPENSAR MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS ANTICONCEPTIVOS

El Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado por primera vez desde su creación sobre la objeción de conciencia de los farmacéuticos. El asunto trae causa de la sanción impuesta en 2008 a un farmacéutico de Sevilla al pago de una multa de 3.300 euros por no tener a disposición preservativos ni tampoco la conocida como «píldora del día después». El 2 de noviembre de 2011 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 13 de Sevilla entendió, también, que la multa era ajustada a Derecho. Contra la sentencia formula el demandante recurso de amparo al considerar que se había vulnerado su derecho a la objeción de conciencia, como manifestación de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 CE. El farmacéutico alega que sus convicciones éticas son contrarias a la dispensación de estos productos y medicamentos. En concreto señala que en la píldora postcoital el principio activo Levonorgestrel 0,750 mg tiene efectos abortivos. Para fundamentar su demanda de amparo, invoca la doctrina constitucional recogida en las SSTC 15/1982, de 23 de abril, y 53/1985, de 11 de abril, donde se establece que el contenido de la objeción de conciencia forma parte de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), y que su ejercicio es posible sin necesidad de regulación legal específica. El demandante añade que el derecho a la objeción de conciencia está expresamente reconocido en el artículo 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los arts. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la Profesión Farmacéutica. En consecuencia, lo que se solicita es la exención del deber jurídico de disponer y expedir el anticonceptivo de urgencia al que el farmacéutico atribuye efectos abortivos, lo que colisiona con sus convicciones sobre la protección del derecho a la vida.

La demanda de amparo es admitida a trámite por la Sala Primera del TC al considerar la especial trascendencia del recurso, pues no hay un pronunciamiento previo sobre si procede que un farmacéutico pueda invocar el derecho a la objeción de conciencia para negarse a disponer de la píldora postcoital. Añade el TC que este caso le va a permitir perfilar y aclarar algunos aspectos de su doctrina en relación con la naturaleza del derecho en liza.

El TC aborda la resolución del recurso ponderando el derecho a la objeción de conciencia y la obligación de disponer del mínimo de existencias del citado medicamento que impone la normativa española para su venta. Para ello se invoca la doctrina establecida en la Sentencia 53/1985, que, según el TC, es aplicable a este caso, ya que al

existir una duda razonable sobre los posibles efectos abortivos de la píldora postcoital, el conflicto de conciencia planteado por el recurrente tiene consistencia constitucional. Aunque hay diferencias cualitativas y cuantitativas entre la participación de los médicos en la interrupción voluntaria del embarazo (Sentencia 53/1985) y la dispensación de la píldora del día después, para el TC «[...] la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda a una misma finalidad, toda vez que en este caso se plantea asimismo una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida. Además, la actuación de este último, en su condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada». En definitiva, el Pleno considera que «[...] los aspectos determinantes del singular reconocimiento de la objeción de conciencia que fijamos en la STC 53/1985, FJ 14.º, también concurren, en los términos indicados, cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada “píldora del día después” por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas» (STC 145/2015, FJ 4.º).

En segundo lugar, el TC trata de ponderar –en mi opinión sin mucho éxito– la forma como afecta el derecho a la objeción de conciencia al derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados en España. El TC señala que no se sancionó al farmacéutico por negarse a dispensar el medicamento, sino por incumplir el deber de contar con un mínimo de existencias. A esto se añade que este incumplimiento no puso en peligro el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento, ya que «[...] la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas» (STC 145/2015, FJ 5.º).

La sentencia también valora que el demandante estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, cuyos Estatutos reconocen la objeción de conciencia como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» (art. 8.5). Por ello, el TC concluye que «[...] el demandante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar un derecho, cuyo reconocimiento estatutario no fue objetado por la Administración». En suma, el Pleno considera que «[...] a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto y de las restantes consideraciones expuestas [...] que la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como “píldora del día después” vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica garantizado por el artículo 16.1 CE, en atención a las especiales circunstancias de este caso concreto».

La sentencia va todavía más lejos. En su FJ 6.º se recuerda que se sancionó al farmacéutico no sólo por no disponer del principio activo Levonorgestrel, sino también por la falta de existencias de preservativos. En este punto, el TC da un giro y no le concede el amparo porque «[...] es patente que el incumplimiento de la obligación relativa

a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el artículo 16.1 CE. No hay ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional que puede darse en este supuesto». Por esta razón, el TC ordena retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución sancionadora, con el fin de que la Junta decida «[...] sobre la concreta sanción que corresponda imponer al demandante en lo que se refiere a la infracción grave que se le imputa por negarse a disponer de (y por ello a dispensar) preservativos en la oficina de farmacia de la que es cotitular».

Este caso ha dado lugar a un disenso en el seno del TC que se ha materializado en un voto concurrente del ponente de la sentencia, el magistrado Ollero Tassar, y en los votos particulares de Asúa Batarrita, por un lado, y de Valdés Dal-Ré y Xiol Ríos, por otro. La crítica más aguda y, a mi juicio, más acertada, la realiza la vicepresidenta del Tribunal Asúa Batarrita. En primer lugar, considera que no hay un derecho general a la objeción de conciencia que se pueda aplicar directamente desde la Constitución, y sin que intervenga el legislador. Aunque haya relación con la libertad ideológica, esto no es razón suficiente para que se pueda liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o «subconstitucionales» por motivos de conciencia, con el riesgo anejo de relativizar los mandatos jurídicos. Tal entendimiento, dice textualmente, implicaría «[...] santificar cualquier tipo de objeción de conciencia, como si la conciencia de cada uno pudiera imperar legítimamente frente a la colectividad y frente al Estado Constitucional de Derecho, del que la Ley es precisamente su expresión más acendrada». Recuerda que la doctrina del TC es clara al respecto, al establecer que «[...] la objeción de conciencia exige para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador con las debidas garantías». En segundo lugar, rechaza equiparar la intervención del personal médico en la interrupción voluntaria del embarazo con la dispensación de un farmacéutico de los anticonceptivos de urgencia. Para la magistrada no está probado científicamente, sino que es una apreciación libre y subjetiva afirmar, como hace el Pleno, que hay una «duda razonable» sobre los efectos abortivos del medicamento. En tercer lugar, tacha de irrelevante el argumento de que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados no se ha visto en peligro, porque, según la mayoría del Tribunal, hay otras farmacias cercanas que podrían dispensarlos. Estima la magistrada que el hecho de no contar con existencias del medicamento ya supone una negativa «incondicional y absoluta» a dispensarlo, con lo cual se impide la conciliación con los intereses protegidos de terceras personas. Además, el argumento de la disponibilidad del medicamento en otras farmacias no puede invocarse para suspender «territorialmente» derechos constitucionales como la integridad personal o el derecho a la salud. Esta singular ponderación del Pleno «[...] minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión [...]». Por último, Asúa

Batarrita rebate la tesis según la cual la inscripción del farmacéutico como objetor en el Colegio de Farmacéuticos de Sevilla y el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en sus Estatutos y en el Código de Ética Farmacéutica permita ejercer legalmente ese derecho. Recuerda la magistrada que los Estatutos colegiales no pueden crear *ex novo* derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la ley. Es más, ni siquiera la Constitución reconoce ese derecho ni existe una ley estatal o autonómica en Andalucía que regule su ejercicio. Insiste en que en este caso se está incumpliendo una normativa que obliga a las farmacias a tener en sus existencias productos y medicamentos anticonceptivos. Incumplir este deber no se puede justificar alegando razones de conciencia. El voto concluye afirmando que en esta sentencia

[...] se lleva a cabo de forma encubierta, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia. Hoy es la dispensación de la píldora anticonceptiva, mañana podrán ser la vacunación obligatoria, o la obligación tributaria, o un largo etcétera, los supuestos afectados por la negativa a cumplir el correspondiente deber jurídico apelando al derecho a la objeción de conciencia, conformado a voluntad de quien esgrime la objeción, sin necesidad de una previsión legal al respecto.

El segundo voto particular, firmado por Valdés Dal-Ré y al que se adhiere Xiol Ríos, señala que se debió desestimar el amparo «por no existir conflicto constitucional alguno que pueda vincular el derecho fundamental invocado con la sanción impuesta al recurrente». La sanción se impuso al farmacéutico no por un rechazo a expender medicamentos de esa naturaleza, sino por la falta de disposición de existencias de aquellos productos que la normativa aplicable exige a las farmacias. Por lo tanto, afirman, que

[...] si no hubo negativa a la dispensación de la conocida como «píldora del día después», ni sanción por esa causa, no pudo haber lugar al conflicto personal que trata de ampararse en la objeción de conciencia. El conflicto que está en la base de la objeción de conciencia sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo «abortivo» que el objetor aprecia y quiere evitar.

Finalmente, en su voto concurrente Ollero se lamenta de haber perdido la ocasión de aclarar algunos aspectos confusos sobre la naturaleza del derecho a la objeción de conciencia. Explica que

[...] el objetor de conciencia no pretende cuestionar la norma sino que plantea una excepción (que confirma la regla), al entrar en conflicto la conducta impuesta por ella con sus convicciones personales. Surge, sin embargo, una figura bien distinta: el insu-miso, al que ya se había satisfecho su derecho a la objeción, pero optaba por una inconstitucional desobediencia civil negándose a cumplir la prestación sustitutoria. Como



consecuencia, pronunciamientos de este Tribunal referidos a esta nueva situación han llegado a malinterpretarse, como si afectaran al derecho constitucional a la objeción de conciencia.

Asimismo opina que es erróneo identificar conciencia con moral. Esta confusión hace que la objeción se entienda como un conflicto entre moral y derecho que se pretende resolver en beneficio de la primera. Aclara que

[...] En realidad el conflicto se da entre la delimitación legal del mínimo ético característico del derecho, fruto de un respaldo mayoritario, y la discrepante concepción de ese mínimo ético jurídico suscrita por un ciudadano en minoría. No nos encontramos pues ante un conflicto entre el mínimo ético que da sentido a lo jurídico y maximalismos morales que puedan repercutir sobre la conciencia individual. Pretender que la obediencia al derecho pueda depender del código moral de cada cual es una torpe caricatura del derecho a la objeción de conciencia. Este refleja en realidad un conflicto jurídico y no el imaginado entre derecho y moral.

A su juicio la objeción es «[...] el derecho de la minoría a poder acogerse excepcionalmente a su visión del mínimo ético que el derecho ha de avalar, en relación al impuesto mayoritariamente por cauces democráticos». El magistrado insiste en que estamos ante un derecho fundamental que no precisa de una específica *interpositio legislatoris* para ser ejercido. En su opinión el fallo es paradójico: por un lado, defiende la objeción de conciencia del farmacéutico frente a la píldora postcoital, mientras que por otro deja abierto el camino a una posible sanción grave por negarse a vender preservativos. Pero lo que más le preocupa es que el Pleno haya decidido que el conflicto de conciencia que se le plantea al farmacéutico frente a los preservativos no entra dentro de la protección del artículo 16.1 CE. Este precepto exige la neutralidad de los poderes públicos y su no injerencia en la conciencia del ciudadano. Finaliza su voto afirmando que «[...] El problema es que la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción de conciencia es la del objeto; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros».

Marta LEÓN ALONSO  
*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Salamanca*  
[martala@usal.es](mailto:martala@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015, de 18 de marzo [BOE n.º 98, de 24-IV-2015]

#### **DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE RESIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. RELACIÓN DEL ASUNTO CON LA JURISPRUDENCIA EUROPEA**

El estudio del Banco de España «Estructura impositiva y capacidad recaudatoria en España: un análisis comparado con la U.E.», publicado en *Documentos Ocasionales* núm. 1406, 2014, y elaborado por Pablo HERNÁNDEZ DE COS y David LÓPEZ RODRÍGUEZ, concluía que, en relación con la distribución de competencias, España es uno de los países más descentralizados de Europa, donde el 40 por ciento de los impuestos se asignan o son recibidos por las Administraciones subestatales, como las CC. AA. y CC. LL., siendo la media del 10 por ciento. Otros estudios hablan incluso del 50 por ciento.

La autonomía financiera de tales entes implica que deben tener para sí una serie de recursos con los cuales afrontar sus retos competenciales. Así, las CC. AA. cuentan, entre otros, con los impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, como señala el artículo 157.1 a de la Constitución española (CE); y que es debidamente desarrollado en la LOFCA. En materia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISyD), aun siendo un impuesto estatal, ésta cede el 100 por cien de los recursos a las mismas, atribuyéndole competencias normativas sobre algunos aspectos, regulados en el artículo 48 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, que regula el Sistema de Financiación de las CC. AA. de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía. Atribución de competencias, con límites tan amplios, que se ha tornado en despropósitos varios; de una parte, por algunas CC. AA. de dejar sin recaudación efectiva a este impuesto, sobrerreduccionando y sobrebonificando las transmisiones lucrativas más frecuentes, las de los padres a los hijos; y, de otra, por premiar especialmente y de forma muy considerable a los residentes en las mismas, con quebranto manifiesto del principio de igualdad.

Ya vaticinaba esta práctica un tanto desleal por las CC. AA. el profesor LAGO MONTERO en su obra *El Poder Tributario de las Comunidades Autónomas*. Aranzadi, Elcano, 2000, 182 a 186, quien, referente al alcance de las competencias normativas de tales entes regionales en el ISyD, especialmente en el Impuesto sobre Sucesiones, advertía que el derecho foral era buena muestra de dejar sin bastante eficacia recaudatoria este Impuesto; por lo que decía con tino: «Están por inventar, ya sea en la Ciencia de la Hacienda o en el Derecho Tributario, reducciones en la base imponible que no reduzcan la carga tributaria global del tributo en cuestión...». Y es que en todo esto hay algo que no casa. No comulgan fácilmente en el plano de la lógica el demandar más

y más a la Administración Central, hasta el punto de salvar financieramente a algunas CC. AA. poco rigurosas con el principio de prudencia financiera, para luego hacer uso de un ejercicio irresponsable de las competencias normativas, con el fin de dejar sin recaudación efectiva determinados impuestos, como el que tenemos entre manos.

Lo cierto es que la normativa del ISyD está en el disparadero. No en el de las Cortes Generales, que batallan como pueden entre los deseos de armonización e igualdad de los españoles con los feroces planteamientos de las CC. AA., especialmente de algunas, que ante un hipotético marco de reordenación de la Hacienda autonómica y local se negarían radicalmente a devolver competencias normativas al Estado. El Impuesto está en la mira de la Unión Europea, de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante una regulación que puede provocar soluciones no sólo diferentes, sino desproporcionadamente diferentes. Bendita Unión Europea que es la que acostumbra a salir al frente tanto de las posiciones temerarias y acomplejadas de unos como de los despropósitos y ambiciones de otros.

La Comisión llevó a nuestro país ante el Tribunal de Luxemburgo por considerar la normativa española (la estatal, pues en realidad no va en contra de la autonómica aunque ésta le sirve para visualizar la restricción a la libre circulación de capitales) como contraria al Derecho de la Unión en el año 2011, e interponer recurso en el 2012. La Sentencia ya ha tenido lugar, es la de 3 de noviembre de 2014 (TJCE 2014/222). El objeto del litigio era claro. La legislación de las Comunidades Autónomas se aplica cuando se trata de los residentes en esas Comunidades o a los propietarios de bienes sitos en las mismas. La legislación nacional pura y dura, regulada en la Ley 29/1987, se aplica en los supuestos de sujeción al impuesto por obligación real, cuando las Comunidades Autónomas no son competentes o no han ejercido sus competencias. Así, se declara que

el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 63 T.F.U.E. y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, al permitir que se establezcan diferencias en el trato fiscal de las donaciones y las sucesiones entre los causahabientes y los donatarios residentes y no residentes en España, entre los causantes residentes y no residentes en España y entre las donaciones y las disposiciones similares de bienes inmuebles situados en territorio español y fuera de éste.

A los que les es aplicable la normativa estatal (mayormente los no residentes) sufren una onerosidad mucho más acusada que a los que les es aplicable la autonómica. No se ataca –indica el Tribunal– la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA., aunque para nosotros indirectamente sí afecta a esta distribución. Se pone en tela de juicio la normativa estatal, que, de aplicarse puramente, es infinitamente más onerosa que cualquier normativa autonómica, que rebaja sustancialmente la carga por este impuesto; situación que hay que solucionar.

Pero a nivel interno la regulación desigual también ha sido importante hasta el punto de determinar la discriminación (= a desigualdad injusta). La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 60/2015, de 18 de marzo (RTC/2015/60), estima la inconstitucionalidad de una bonificación de la CA de la Comunidad Valenciana del 99 por ciento en la cuota tributaria en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que sólo era aplicable para los residentes en esa comunidad. Se trataba de una regulación que infringía manifiestamente los arts. 14, 31.1 y 139.1 de la Constitución. Como se sabe, según la normativa aplicable en el Impuesto sobre Sucesiones, contribuyentes son los causahabientes, aunque la normativa a aplicar es la del lugar en la que el causante era residente, que según los arts. 32.2 a y 28 .1.1.º b de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, se debe entender la del período de los cinco años inmediatos anteriores contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al del devengo en el ISyD; siendo tal Comunidad la que reciba el producto recaudado.

La bonificación del 99 por ciento sólo para los causahabientes residentes en la Comunidad Valenciana constituía a todas luces un auténtico privilegio, al ser un beneficio injustificado que causaba como resultado una desproporción absoluta entre diferentes contribuyentes de una misma sucesión. Tal era así que, en el caso que se enjuiciaba, dos de los herederos residentes en la Comunidad tenían una cuota tributaria a pagar de 1.985,96 y 2.184,55, y para el no residente en la misma de 202.210,86 euros, habiendo recibido el mismo monto. Dice el Alto Tribunal en su Fundamento jurídico 5.º algo que es desde luego relevante: «Es importante tener presente que ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional para la utilización de la residencia como elemento diferenciador entre contribuyentes, siempre y cuando, claro está, la diferencia de trato responda a un fin constitucionalmente legítimo y, por tanto, no se convierta la residencia, por sí sola, en la razón del trato diferente». Así, como más adelante concluye, para el caso el territorio ha dejado de ser un elemento de diferenciación de situaciones objetivamente comparables para favorecer a los residentes de una Comunidad Autónoma por el simple hecho de residir en ella, lo que le convierte en un elemento de discriminación entendido como injusta diferenciación entre situaciones comparables.

Marcos IGLESIAS CARIDAD  
*Investigador del Programa de Formación del Profesorado Universitario,  
del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,  
adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario  
de la Universidad de Salamanca*  
[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2015, de 25 de junio [BOE n.º 182, de 31-VII-2015]

### **FACTURACIÓN FALSA DE UN FALSO EMPRESARIO: ¿INFRACCIÓN TRIBUTARIA DEL ARTÍCULO 201 LGT O DELITO DE FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTO MERCANTIL?**

La Sentencia que comentamos resuelve la cuestión de si la facturación falsa de un falso empresario da lugar a alguna de las infracciones tributarias contempladas en la LGT, especialmente en el artículo 201, sin quebranto de los principios de legalidad y tipicidad, como principios constitucionales que son estimables en amparo, pues de no cumplirse se estaría procediendo a una infracción del artículo 25.1 de la Constitución española.

La sentencia referida, a la que le sigue otra inmediata (la núm. 150/2015, de 6 de julio, RTC/2015/150), es favorable a la práctica administrativa y, por lo tanto, considera que la conducta descrita es subsumible en el precepto. Sin embargo, nuestra opinión es coincidente con el voto particular que elabora la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, al que se adhiere don Andrés Ollero Tassara, contrario por consiguiente al fallo, por lo que se debió otorgar el amparo al ir en contra del principio de legalidad y tipicidad sancionadora que predica el artículo 25 CE.

El principio de legalidad en materia sancionadora implica, de una parte, que no puede haber sanción si no hay preceptiva ley que así la recoja. De otra, conlleva que cualquier hecho que consideramos como ilícito para ser sancionado tiene que estar recogido de forma cierta en una norma legal. Para nosotros la expedición de facturas falsas por falsos empresarios no es un supuesto típico en el artículo 201.1 y 3 de la LGT, como sí lo cree la Administración Tributaria y el Tribunal Constitucional, en una interpretación demasiado extensiva.

Dice el artículo 201.1 LGT que «constituye infracción el incumplimiento de las obligaciones de facturación, entre otras la de expedición, remisión, rectificación y conservación de facturas, justificantes o documentos sustitutivos». La acción de expedir facturas falsas no se subsume, para nosotros, en el tipo básico que regula este apartado. Pensamos que falla la primera premisa, la obligación de facturar, pues quien actúa con fingimiento de la realidad no está obligado a ello, pues precisamente el sistema le prohíbe que lo haga. Sólo una interpretación excesivamente laxa incardina el hecho en el mismo, por lo que consideramos desacertada su inclusión, que desborda al principio de legalidad sancionadora.

Sin embargo, el Pleno del Tribunal Constitucional ha considerado, de una forma un tanto forzada, que si «el recurrente no ha realizado actividad económica alguna siendo todas las operaciones que se decían realizadas irreales, éste no tenía autorización normativa para expedir facturas y, en consecuencia, su conducta puede razonablemente subsumirse en el tipo infractor relativo al incumplimiento de las obligaciones de facturación (art. 201.1 LGT). Y parece razonable porque, si no habido una efectiva

prestación de servicios, no podía facturar, ni desde un punto de vista objetivo ni desde una óptica objetiva».

Lo cierto es que el tipo aludido no siempre puede tener como fin la defraudación. Lo dice con rigor el voto particular. Se habla simplemente del incumplimiento del deber de facturación. El libramiento de facturas falsas desde luego siempre tiene tal ánimo.

También la práctica administrativa lo sujeta al tipo agravado del apartado 3 del artículo 201 LGT. Evidentemente, para nosotros, igual que para el voto particular, si no consideramos subsumible la conducta en el tipo básico, menos en el agravado, pues parte de aquél. El tipo agravado del apartado 3 considera como muy grave la infracción, «cuando el incumplimiento consista en la expedición de facturas o documentos sustitutivos con datos falsos o falseados». Para la Administración, avalada por el Tribunal Constitucional, la expedición de facturas falsas por un falso empresario se subsume en este tipo agravado, dado que la «conducta imputada al recurrente es la de emitir facturas sin contraprestación real». No estamos de acuerdo con ello.

Acierta además el voto particular en el sentido de que piensa que el tipo agravado se sanciona con multa pecuniaria proporcional del 75 por ciento del importe del conjunto de las operaciones que hayan originado la infracción. La expedición de facturas falsas parte de la ausencia de operaciones reales. Se fingen situaciones sobre las que se acciona fraudulentamente la normativa tributaria. No tiene sentido cuantificar la sanción sobre operaciones que no han existido, como hace la Administración Tributaria, bendecida por el Tribunal Constitucional.

La interpretación que sostiene el Tribunal Constitucional enerva en realidad la posibilidad de aplicar el tipo que verdaderamente debiera haber sido aplicado. El tipo penal del artículo 392 al tratarse de una falsificación de un documento mercantil, para el caso facturas, que el legislador ha querido reprobar en tal grado y no como simple o mera falta administrativa.

Marcos IGLESIAS CARIDAD  
*Investigador del Programa de Formación del Profesorado Universitario,  
del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte,  
adscrito al Área de Derecho Financiero y Tributario  
de la Universidad de Salamanca*  
[iglesiascaridad@usal.es](mailto:iglesiascaridad@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno), de 30 de junio de 2015 [ROJ: STS 3002/2015]

#### **HIPOTECA MULTIDIVISA. APLICACIÓN DE NORMATIVA MIFID. DEFECTOS DE INFORMACIÓN Y ERROR DE VICIO. PERFIL DE EXPERTO DEL PRESTATARIO**

En el caso enjuiciado se ejercita acción declarativa de nulidad de la cláusula multidivisa inserta en préstamo hipotecario y subsidiariamente, de anulación de ésta, con ejercicio de acción de restitución de las cantidades indebidamente cobradas. El Juzgado de Primera Instancia declara la nulidad de ésta por error en el consentimiento al estimar que la información que facilitó la entidad financiera fue defectuosa y ello con mantenimiento del resto del contrato. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la entidad bancaria y revocó la sentencia con fundamento en el perfil experto de los contratantes y ello dado que uno de los contratantes era alta ejecutiva y el otro administrador de sociedades y abogado experto en derecho bancario. Los clientes presentan recurso de casación por infracción procesal y recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Es así que el Alto Tribunal analiza en la sentencia tanto la hipoteca multidivisa como producto financiero, la aplicación o no del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para este tipo de profesionales como las consecuencias del incumplimiento de la información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria.

La sentencia resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en un procedimiento que inicialmente pretendía la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa, o de forma subsidiaria su anulación, inserta en un préstamo hipotecario.

Para ello define claramente el ámbito objeto de la resolución, señalando que las hipotecas multidivisas son «un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)» (Fundamento de Derecho Séptimo).

En relación a ello, la Sala afirma que este instrumento financiero conlleva unos riesgos que exceden a los de los propios préstamos hipotecarios a interés variable que se solicitan en euros, y ello porque al riesgo del tipo de interés se añade el riesgo de

fluctuación de la moneda. De este modo, esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, por las razones ya señaladas de riesgo añadido.

Sentado lo anterior, y estando ante un tipo de préstamo que es un instrumento financiero derivado incluido en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores, sobre la entidad bancaria pesa la obligación de cumplir con los deberes de información. En este punto debemos destacar la consecuencia de la infracción del deber de información, cuestión respecto de la que el Tribunal Supremo declara que lo relevante para determinar si ha existido o no error de vicio no es, en sí mismo, si las obligaciones de información que pesan sobre la entidad bancaria se cumplieron o no, sino que lo relevante es si en el momento de contratar el cliente tenía o no conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

Es así que la Sala es clara, cuando la entidad ha incumplido los deberes de información que le impone la normativa general y sectorial, se presume que en el cliente que contrata se produce una falta de conocimiento que afecta tanto al contrato como a los riesgos, viciando así su consentimiento. Ahora bien, como novedad se añade que dicha presunción puede ser desvirtuada si se acredita que el cliente tiene conocimientos adecuados para entender contrato y riesgos.

De este modo, y ya en relación al concreto recurso de casación, el TS desestima éste al entender que el cliente que contrata la hipoteca multidivisa, por su perfil, disponía de conocimientos suficientes y adecuados para entender tanto la naturaleza del instrumento financiero contratado como los riesgos asociados al mismo. La razón de ello se debe a que el cliente era abogado y especialista en derecho bancario. Además de ello, se añade que éste actuaba no como consumidor sino como profesional, pues la solicitud de préstamo hipotecario multidivisa obedecía a actividades de promoción inmobiliaria en las que estaba involucrado. Debemos destacar que, para llegar a esta conclusión, el Tribunal tiene en cuenta que los clientes realizaron el cambio de divisa en diversas ocasiones.

Sentado lo anterior, la Sala concluye que el Texto Refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios no es de aplicación a los profesionales y empresarios como los clientes del caso concreto, dejando así la puerta abierta para que cuando estemos ante clientes «no expertos» pueda serle de aplicación y en virtud de ella ser declarada nula la hipoteca multidivisa como producto complejo.

Igualmente, estima que el incumplimiento de la normativa MIFID no determina la nulidad del contrato por vulneración de normas imperativas, pero sí es posible determinar su nulidad por error de vicio del consentimiento y ello de conformidad con la doctrina del TJUE y lo ya mantenido por el TS en sentencia de fecha 20 de enero de 2014.



En conclusión, y en relación al caso concreto, debemos extraer lo siguiente: las hipotecas multidivisas son un producto complejo, y las entidades bancarias para su comercialización deben estudiar el perfil financiero del cliente (consumidor), debiendo informarle de todos los elementos esenciales y riesgos que implica. En ellas, deben tenerse en cuenta dos elementos decisivos a los efectos de declarar su eventual nulidad: a) el perfil de los contratantes y b) si éstos actuaban o no como consumidores.

Con base a esta, ya se ha dictado la primera sentencia sobre una hipoteca multi-divisa por un Juzgado de Barcelona, en concreto por el Juzgado de Primera Instancia número 34 de fecha 6 de julio de 2015, estimando la demanda y declarando la nulidad parcial de las cláusulas referidas a las divisas y condenando en costas a la entidad bancaria.

Eva M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ GALLEGO  
*Magistrada Juzgado de Primera Instancia n.º 4  
de Ourense con competencia mercantil*

### Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 19 de mayo de 2015 [ROJ: STS 2047/2015]

#### ACERCA DE LA VALIDEZ DE LOS PANTALLAZOS COMO PRUEBA ELECTRÓNICA EN JUICIO

A continuación, vamos a comentar una sentencia que ha tenido gran relevancia mediática, al pronunciarse acerca de los requisitos de validez que deben cumplir como prueba los conocidos de manera coloquial como «pantallazos». En este sentido muchos han sido los titulares que, a nuestro juicio, han magnificado el contenido de la sentencia.

La STS n.º 300/2015, de 19/05/2015, resuelve el recurso de casación por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional planteado por el condenado por la Audiencia Provincial de Valladolid por un delito de abusos sexuales el 19 de noviembre de 2014.

En este caso nos encontramos con un matrimonio con dos hijas que decidió poner fin a su relación. Con el paso del tiempo una de las hijas, Ana Belén, se quedó residiendo con la madre mientras que la otra hija, Micaela, fue a convivir con su padre. Posteriormente la madre de las niñas rehace su vida con otro hombre, Luis Francisco, quien empieza a convivir en la casa en la que habitan la madre y su hija Ana Belén.

En el transcurso de dos años, según Ana Belén, existen distintos episodios de abuso sexual por parte de Luis Francisco, quien, en determinadas ocasiones mientras la niña estudia en su cuarto, se acerca a ella y le toca al pecho, así como en otras ocasiones coloca su mano sobre los genitales de la menor por encima de la ropa.

Todos estos sucesos fueron confesados por parte de la afectada a distintos amigos antes de ponerlo en conocimiento de una profesora, quien fue la que finalmente puso el tema en manos de la Guardia Civil. Entre esas confesiones una es la que centra el interés y el punto central de este comentario: una conversación a través de la red social Tuenti entre Ana Belén y su amigo Constancio. Concretamente, la prueba de estas conversaciones a través de una red social y que se incorporan al proceso a través de la técnica del «pantallazo» son admitidas por el juzgador al tiempo que son objeto de crítica por el mismo tribunal.

A nuestro parecer, al tratar el tema el TS toma una posición bastante contradictoria entre las valoraciones globales e iniciales que realiza sobre este tipo de pruebas electrónicas y la admisión posterior que realiza de estas conversaciones motivada en una serie de actuaciones basadas, a nuestro parecer, en la buena fe de la parte proponente de la prueba, pero que pueden denotar debilidades procedimentales a nivel técnico.

De esta manera, la Sala deja claro que las comunicaciones bidireccionales que se dan en redes sociales deben ser abordadas «con todas las cautelas». Así, el TS es

consciente de que la volatilidad de estas conversaciones es muy alta, con una fácil manipulación, a lo que si le sumamos tal y como expresa «el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo».

Es decir, aquí el TS dice que cualquier persona podría crear pruebas electrónicas falsas *ad hoc* para guiar un fallo a su favor, más aún cuando la misma se puede capturar mediante un pantallazo e incorporarlo como una imagen digital fija y que se puede incorporar a la causa como documento digitalizado o incluso en papel impreso. Así, el tribunal insta a que si alguna de las partes aporta conversaciones electrónicas en estas vías, la contraparte proceda a su impugnación ya que gracias a ello desplazarán la carga de la prueba hacia la parte proponente de dicho material probatorio. Cuestión esta poco utilizada en los juzgados debido al desconocimiento aún existente por parte de muchos abogados pero también de muchos juzgadores sobre ese material probatorio.

Pues bien, si esto ocurriera la parte a la que se le impugna la prueba deberá probar que el material probatorio es veraz a través de un peritaje electrónico, que, según el TS, «identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido».

Curiosamente, después de que el TS exponga lo fácil que es manipular una prueba de este tipo, criticar los pantallazos y defender que sería conveniente aportar un dictamen pericial para verificar la autenticidad de este tipo de pruebas... admite la conversación de las redes sociales a través de un pantallazo y sin dictamen pericial que avale la autoría y su integridad. Todo ello basado en dos razones que, según los magistrados, hacen excluir cualquier duda sobre su veracidad.

El primer motivo se basa en que la víctima ponga «a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial». La segunda es que el amigo con el que conversó por Tuenti fue llamado como testigo y acudiera al juicio reconociendo haber mantenido esa conversación y «sin que ninguno de los dos hiciera referencia a que se hubiera producido ninguna manipulación en la impresión de dicha conversación». Dos puntos a nuestro parecer discutibles pero que suponemos solventa el juez basándose en la buena fe de las partes y descartando de forma absoluta la posibilidad remota de que los menores hayan podido acordar estas cuestiones. Entendemos que es un caso puntual, avalado por el equipo psicosocial del juzgado, y no cuestionamos el fondo de la decisión; pero no pensamos que estas pautas deban ser extrapolables a otros casos a la hora de dar veracidad a pruebas electrónicas a las que anteriormente se pide que se valoren «con la mayor de las cautelas».

Cuestión que aún se enrarece más sabiendo que por problemas de conservación del historial, los pantallazos no provienen siquiera de un ordenador... pero ni del propio

móvil de la menor. Al solo poder ver el historial en la aplicación para el teléfono móvil y no saber cómo realizar un pantallazo, los propios agentes de la Guardia Civil optan por fotografiar la pantalla del teléfono móvil..., es decir, la aportación se hace a través de una digitalización de una prueba electrónica que no es ni a todas luces directa y que posteriormente se aporta como meras impresiones.

De nuevo, cuestiones muy controvertidas que vuelven a ser «parcheadas» a través de la acusación particular, quien a través de una defensa técnica muy acertada, con el fin de crear un halo de veracidad solicita que si existiera «alguna duda técnica o probatoria, que se oficiara a “*Tuenti España*”, indicando su dirección, para que se certificara el contenido de esa conversación, sin que la Defensa haya hecho petición alguna al respecto». Pero a nuestro parecer la pregunta debería ser formulada al revés... ¿acaso el abogado que lleva el caso puede asegurar ante el tribunal que las conversaciones aportadas no han sido previamente manipuladas? ¿Acaso ha aportado algún examen pericial al respecto? Desde nuestro punto de vista, estamos ante una estrategia hábil y acertada por parte de los acusadores y una actuación deficitaria por la defensa al no intentar desvirtuar de alguna forma la autenticidad de esas conversaciones.

Al margen de lo que se decidió en este caso, y sin querer cuestionar la veracidad de los hechos acaecidos, sí pensamos que es necesario que las instancias superiores protocolicen de forma más exhaustiva la presentación de pruebas electrónicas y se regulen unos criterios de autenticación e incorporación de pruebas electrónicas al proceso con especial hincapié en la aportación de al menos un peritaje electrónico o de un *software* que garantice la autoría de esas conversaciones y de que las pruebas no han sido manipuladas.

Pensamos que el TS ha dejado pasar con esta sentencia una oportunidad importante para dar recomendaciones más amplias a la hora de aportar pruebas electrónicas, que fueran más acordes con las cautelas que piden en la misma sentencia. Tal vez hubiera sido un buen momento para dar un mayor protagonismo a las aplicaciones basadas en el *time stamping* o sellado de tiempo, así como en protocolizar la cooperación necesaria de los servidores y la obligatoriedad de las periciales cuando estas pruebas llegan ante las instancias judiciales más altas.

Federico BUENO DE MATA  
*Ayudante Doctor Derecho Procesal*  
Universidad de Salamanca  
[febuma@usal.es](mailto:febuma@usal.es)

### Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero [BOE n.º 47, de 24-II-2015]

#### LA CONVALIDACIÓN DEFINITIVA DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

La constitucional es una jurisdicción polémica, cuyos pronunciamientos pueden ser con frecuencia objeto de severos cuestionamientos y airadas críticas. Durante mucho tiempo la principal preocupación que suscitó el ejercicio de tan trascendental cometido fue su potencial interferencia en las competencias del legislador, al que la norma fundamental confiere la facultad de regular las condiciones de ejercicio de los derechos por ella reconocidos. En su base se encontraba la existencia de situaciones en las que los tribunales constitucionales, guiados por el afán de hacer prevalecer los derechos y principios sancionados por la norma fundamental, terminaron por incidir positivamente en la tarea del legislador, introduciendo en ella controles de mérito u oportunidad o llegando a actuar como colegisladores. La actual crisis económica parece estar dando lugar, sin embargo, a un cambio de tendencia dentro de la jurisprudencia constitucional. Este se expresaría a través de su cada vez más acusada propensión a admitir la posibilidad de que esos mismos derechos y principios puedan ser puestos en suspenso o incluso restringidos de forma permanente por las medidas puestas en marcha por los Gobiernos y los Parlamentos para hacerle frente.

Los indicios de que el activismo *pro libertate* se está viendo sustituido por otro de signo opuesto son diversos. Entre ellos ocupa un lugar no menor el ciclo de tres pronunciamientos –el ATC 43/ 2014, de 12 de febrero; la STC 119/2014, de 16 de julio, y la STC 8/2015, de 22 de enero– a través de los cuales el Tribunal Constitucional ha sancionado la constitucionalidad de las medidas de reforma del mercado de trabajo puestas en marcha a través del Real-Decreto Ley 3/2012, en su formulación urgente, y la Ley 3/2012, en su versión definitiva.

Que estos pronunciamientos forman parte de esta tendencia se aprecia desde su punto de partida. Este no está representado ya por la necesidad de garantizar el respeto de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución. Frente a ello, el acento viene puesto ahora en la «libertad de configuración de las relaciones laborales» que la misma reconoce al legislador. Poco importa aquí que la presencia de la cláusula del Estado Social haya conducido al constituyente a dotar a los preceptos constitucionales de carácter laboral de un grado mayor de precisión que la que caracteriza a los que regulan las relaciones entre privados, precisamente con el propósito de prefigurar más intensamente las opciones del legislador al llevar a cabo su desarrollo. La imagen que se transmite es la de unos derechos constitucionales sujetos la voluntad del

legislador, con el exclusivo límite de que esta no se exprese de manera «irrazonable o carente de toda justificación», como se afirma en el tercero de los pronunciamientos.

En este contexto no puede ser atribuido a la casualidad el hecho de que ninguna de las resoluciones aludidas contenga referencia alguna al principal límite que la Constitución impone al legislador a la hora de regular el ejercicio de los derechos por ella reconocidos, es decir, a la garantía de respeto de su contenido esencial. El motivo de esta omisión podría ser eludir la rigidez de la concepción absoluta de esta garantía, que termina por concebir los derechos fundamentales como entes corpóreos dotados de substancia, al interior de los cuales es posible distinguir un anillo exterior, limitable a voluntad por el legislador, de un núcleo de imposible afectación, no importa lo necesaria que pueda resultar la intervención sobre él o los valores o derechos que puedan servirle de fundamento. Frente a ello, el supremo intérprete de la Constitución habría preferido inclinarse por la versión relativa de la misma, de acuerdo con la cual dicho límite se expresa más bien a través de la especial resistencia de los derechos fundamentales a su limitación por el legislador. Una resistencia que se incrementa cuanto más intensa sea esa limitación, exigiendo la presencia de argumentos de cada vez mayor peso para justificarla. Expresión de esta opción hermenéutica sería la utilización del juicio de proporcionalidad como canon de valoración de la constitucionalidad de las medidas impugnadas.

No parece que este uso del canon de proporcionalidad resulte cuestionable, al menos por la levedad del control que a través de él se impone. El principio de proporcionalidad no tiene por cometido facilitar la voracidad restrictiva del legislador. Su papel es más bien garantista, de aseguramiento del mayor grado posible de aplicación de esos derechos dentro del marco constitucional. Para ello opera como criterio de determinación del contenido de los mismos que resulta vinculante para el legislador, teniendo en cuenta sus interacciones y conexiones recíprocas. De él se extraen, por lo demás, exigencias estrictas, tanto más estrictas cuanto más relevante sea la restricción que se introduce en el derecho fundamental, que la medida legislativa ha de satisfacer para poder ser considerada válida.

El de proporcionalidad no es, de tal modo, un mero juicio de razonabilidad o no arbitrariedad, que pueda ser satisfecho mediante la pura alusión al carácter legítimo de los objetivos que el legislador ha pretendido alcanzar a través de la medida restrictiva y el repaso de los límites a los que ha decidido someterla. Antes bien, su realización exige indagar, no sólo si el acto persigue un propósito constitucionalmente legítimo, sino también si este resulta adecuado para contribuir a su realización, no impone a los derechos que afecta más restricciones que las necesarias y su realización puede ser considerada, a la luz de la relevancia de los bienes y derechos implicados y el grado de satisfacción y afectación que cada uno experimenta, prioritaria sobre el respeto del contenido del derecho fundamental, por suponer una aplicación más completa de los valores que informan el sistema constitucional.

Lo primero –y no esto lo último– es, no obstante, lo que termina por hacer el Tribunal Constitucional en las decisiones examinadas. Al extremo de haber llegado a transmitir a ojos de muchos la sensación de que el recurso al canon de proporcionalidad no es aquí más que el expediente técnico utilizado para dar forma a una decisión tomada de antemano.

Es cierto que para determinar la idoneidad de la intervención legislativa que impacta sobre un derecho fundamental, primer escalón del juicio de proporcionalidad, basta con establecer que puede ser considerada apta para facilitar el alcance de un objetivo legítimo amparado por la Constitución. Esto no supone que cualquier medida que el legislador declare que persigue un fin constitucionalmente válido deba ser considerada idónea sin realizar examen alguno sobre su capacidad para atender el cometido que se le asigna. Esto es, sin embargo, lo que ocurre tratándose de los pronunciamientos comentados. En todos la idoneidad de las medidas es dada por buena a partir del recuento de los fines que el legislador afirma perseguir. Sin comprobar si su configuración guarda correspondencia con ellos. Y, sobre todo, sin el menor análisis de su aptitud para contribuir a hacerlos realidad. Basta así la mera alusión, «dentro de un escenario de grave crisis económica», a un objetivo de esta naturaleza, sea este la «creación de empleo estable», «favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo» u otros, para entender que las decisiones del legislador son adecuadas para promover su alcance, como si ello estuviera dotado de la cualidad de la evidencia.

Lo más inquietante de esta abdicación del control es, con todo, la premisa subyacente. No otra que la de considerar evidente que todo lo que favorezca o incremente ejercicio unilateral de los poderes empresariales contribuye a crear empleo o a evitar su destrucción. Y es idóneo, por tanto, para servir de fundamento para la restricción de los derechos laborales reconocidos por la Constitución. Es legítimo preguntarse si detrás de esta convicción se sitúan elementos de juicio suficientes o meras convicciones ideológicas. Piénsese en la aceptación de que la decisión del legislador de facilitar «la rescisión unilateral “ad nutum” del contrato durante un período más amplio del previsto con carácter general» es idónea para «incentivar la contratación indefinida, sobre todo de los colectivos de desempleados más vulnerables». ¿Acaso es esta una afirmación que pueda ser avalada por el análisis empírico, tanto de la experiencia española como comparada? Las evidencias de que facilitar el despido favorece el empleo están pendientes de ser aportadas. O, si se quiere ser más benigno, no tienen la solidez que se requeriría para considerar como obvia tan categórica afirmación.

Algo similar puede decirse en relación con el juicio de necesidad. El propósito de este es excluir la validez de aquellas intervenciones que impongan un sacrificio innecesario a los derechos fundamentales, por existir medios alternativos capaces de favorecer la consecución del objetivo perseguido con un nivel equivalente de eficacia pero un daño inferior. Como tal, exige realizar comparación entre las medidas adoptadas y aquellas

que hubieran podido servir para promoverlo con similar aptitud. Este es un análisis que tampoco se aprecia en las decisiones comentadas, que se conforman con señalar que, a la vista de «los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial» examinada, «no se advierte que se haya producido un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la Constitución garantiza», como se lee por ejemplo en el fundamento 4.º de la última. La valoración de los límites a los que se sujetan las medidas examinadas sirve, como es obvio, solo para medir la intensidad del sacrificio que imponen a los derechos afectados, sin que para nada prejuzgue la posibilidad de recurrir a medidas alternativas menos gravosas e igualmente eficaces en su sustitución.

¿Cuál puede ser la razón de una desviación tan clara del método de razonamiento elegido? Quizá la de tratar de eludir mediante un argumento oblicuo una constatación evidente, como es la de la dificultad de considerar que una parte importante de las decisiones impuestas podían ser consideradas las más benignas capaces de promover el logro de los objetivos perseguidos por el legislador. ¿O es acaso posible sostener con rigor que no existe otra medida menos lesiva del derecho al trabajo capaz de incentivar la creación de empleo estable que la de admitir la validez del despido sin causa? ¿O que autorizar la modificación unilateral por el empresario de acuerdos colectivos representa la fórmula más benigna posible para facilitar el ajuste de las condiciones laborales a las circunstancias de las empresas? Estas son algunas de las preguntas a las que el Tribunal Constitucional debió responder, aportando elementos de juicio que permitan despejar las fundadas dudas de que así es.

Con todo, posiblemente el aspecto menos cuidado de toda la línea argumental de las resoluciones examinadas sea el que debió merecer una más primorosa atención. Frente al carácter negativo de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es aquel que expresa con carácter propio el control de constitucionalidad. Su objetivo es determinar si la importancia de las medidas adoptadas y los beneficios que de ellas se obtienen justifican los sacrificios que imponen a los derechos afectados. Teniendo en cuenta su relevancia dentro del sistema constitucional y el grado de afectación que experimentan en la situación examinada. Y también que, cuanto más relevante sea el derecho afectado y más intensa su afectación, más relevantes han de ser los motivos que la avalen. A pesar de su carácter nuclear, no parece que esta exigencia haya sido atendida por el Tribunal Constitucional. Basta para dar cuenta de ello con advertir cómo en todos los casos en que se recurre al canon de proporcionalidad el Tribunal se limita a pasar revista a los objetivos perseguidos por el legislador y los límites a los que ha decidido someter su aplicación, para afirmar a continuación que resultan proporcionadas, puesto que de su aplicación se derivan más ventajas para los bienes que las sustentan que perjuicios para los derechos afectados. Sin proporcionar explicación alguna que permita conocer las razones por las cuales, a la luz de la importancia de los derechos concernidos y su grado de afectación, es posible concluir que esas ventajas superan a los perjuicios.



Debe tenerse presente que todas las medidas legislativas afectan a derechos de gran relevancia material dentro de la Constitución, se trate del derecho al trabajo, del derecho a la negociación colectiva o de la libertad sindical. Y que las restricciones que imponen a estos son por lo general intensas, ya que afectan a aspectos nucleares de los mismos, como la garantía de causalidad del despido o la fuerza vinculante de los frutos de la autonomía colectiva, y suponen en la mayor parte su total puesta en suspenso. Mientras que del otro lado se sitúan beneficios futuros de difícil o imposible comprobación sobre derechos o principios que no revisten necesariamente ese carácter nuclear. La aportación de una argumentación de cómo y por qué estos últimos deben prevalecer, dando como resultado la constitucionalidad de todas las medidas de reforma impulsadas en 2012, era por ello ineludible.

De lo anterior emerge la inquietante duda de si el Tribunal Constitucional no estaría declinando con ello del ejercicio de su función de garantía de la supremacía de la Constitución, convirtiendo los derechos laborales asegurados por esta en materia a disposición de la política económica. De ser esta percepción correcta, la necesidad de compatibilizar la constitución social y la constitución económica se estaría viendo reemplazada, como se ha argumentado desde ciertos foros, por una comprensión de la norma fundamental dentro de que los derechos consagrados por ella solo son practicables si no entran en conflicto con la política económica.

Frente a ello conviene concluir este breve comentario recordando que la adaptación a las crisis ha sido una constante del Derecho del Trabajo, buena parte de cuyas instituciones no sólo surgieron como respuesta a situaciones de dificultad, sino que llevan inscrita en su código genético la necesidad de preservar una posición de equilibrio entre la tutela de los intereses de los trabajadores y el ejercicio de los poderes empresariales, encontrándose por ello siempre abiertas a la valoración de las demandas de adaptación. Pero, sobre todo, reivindicando la importancia del pluralismo inmanente a nuestra norma fundamental y el rol mediador de los derechos laborales, indispensables para afrontar los desafíos que la actual situación implica.

Wilfredo SANGUINETI RAYMOND  
*Catedrático de Derecho del Trabajo*  
*Universidad de Salamanca*  
[wsr@usal.es](mailto:wsr@usal.es)

## Sentencia del Tribunal Constitucional 49/2015, de 5 de marzo [BOE n.º 85, de 9-IV-2015]

### REVALORIZACIÓN DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia que es objeto de comentario resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el artículo 2.1 del Real Decreto-Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de Seguridad Social. En dicho precepto se establecía la suspensión de la revalorización o actualización de las pensiones prevista para el año 2012, argumentando el Ejecutivo como razones que justificaban dicha decisión, «el elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público». Esta sentencia cuenta asimismo con un voto particular seguido por 4 de los 12 magistrados del Tribunal Constitucional.

Como es sabido, la revalorización de las pensiones del sistema público de Seguridad Social aparece prevista en el artículo 48 LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en el artículo 27 del Texto refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Esta medida tiene su razón de ser en el artículo 50 CE cuando se establece el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de garantizar «mediante pensiones adecuadas y periódicas actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad». Téngase en cuenta además que desde la Ley 24/1997, de 15 de julio, de *consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*, esta revalorización es más efectiva en la medida en la que se implementará, además de con el habitual incremento previsto en la Ley de Presupuestos para cada año, con una paga única adicional, que ha de ser abonada en el primer trimestre del año siguiente, cuando se observe que la inflación real es superior a la inflación prevista, que es la que se utiliza para cuantificar la revalorización que se realiza anualmente en la LPGE, y que se realiza al principio del año. Es lo que podríamos denominar la actualización de la revalorización.

Se presenta el recurso de inconstitucionalidad al considerar que la suspensión de la actualización de las pensiones en su modalidad contributiva para 2012 es contraria a la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales garantizada constitucionalmente en el artículo 9.3 CE, así como también se manifiesta que se conculca el mandato constitucional de actualización periódica de las pensiones previsto en el artículo 50 CE, al entender igualmente que los pensionistas tenían ya un derecho consolidado a dicha actualización, pues la revalorización que queda en suspenso afecta a las pensiones que habían venido percibiendo durante el año en curso, máxime si se tiene en cuenta que la citada norma objeto de controversia entra en vigor en el mes de diciembre de ese año. En este sentido argumentan que «puede demostrarse y constatarse que nos encontramos ante derechos subjetivos incorporados ya a/

patrimonio jurídico del pensionista, plenamente consagrados y agotados...». De igual manera, también se plantea la violación del artículo 33.3 CE, al entender que el Real Decreto-Ley 28/2012 expropia a los titulares de pensiones contributivas cuando prohíbe la actualización de aquéllas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional argumenta en contra de las pretensiones de los recurrentes para finalmente denegar el recurso de inconstitucionalidad. Así, por lo que se refiere a la retroactividad de esta medida que podría considerarse restrictiva de derechos, entiende el Alto Tribunal, y así lo justifica basándose en su abundante doctrina sobre la materia recogida en sentencias previas, que la prohibición del artículo 9.3 CE sólo debe apelarse respecto de normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, por lo que no se trata de un principio general. Asimismo, entiende el Tribunal que esta restricción de derechos individuales está referida a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. En este sentido, se afirma que dado que aquí no se cuestiona un derecho de esa índole, se podría aplicar la retroactividad de la citada norma, aun cuando ésta sea restrictiva de derechos.

En relación con lo anterior, otra de las cuestiones litigiosas tiene que ver con determinar si los pensionistas tienen un verdadero derecho ya consolidado a la revalorización, o es una expectativa de derecho, condicionada a lo que prevea cada año la LPGE. Para el alto tribunal la remisión que hace tanto al LGSS como en la ley de clases pasivas a la Ley de Presupuestos no es algo instrumental, sino que es la norma que en definitiva establece la cuantía en función de las disponibilidades económicas del sistema, de tal forma que el derecho se va generando a lo largo del año natural, pero se consolida el 31 de diciembre, por lo que el eventual devengo de la diferencia entre el IPC real y el IPC previsto tendría lugar el 31 de diciembre, siendo la Ley de Presupuestos Generales del Estado el instrumento para determinar el *quantum* de esa actualización. En definitiva, en el mes de diciembre cuando entra en vigor el RDL hay una expectativa de derecho, y no un auténtico derecho incorporado al patrimonio del pensionista.

Por lo que respecta a la violación del artículo 33.3 CE, el TC considera que no ha habido violación del mismo, y por lo tanto no se ha producido expropiación alguna, ya que el derecho a la revalorización es una expectativa de derecho, por lo que «sólo son expropiables y, por tanto, indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario); pero en ningún caso lo son las expectativas».

Como ya se mencionó, en la sentencia se produce igualmente un voto particular. En el mismo se plantea que la existencia de ciertos derechos reconocidos en la Constitución debe tener no sólo un reconocimiento formal, sino también una garantía material para que sea efectivo su cumplimiento. En este sentido entienden que eso es predicable del artículo 50 CE, por lo que exigen la revalorización como mecanismo de garantía de lo allí expuesto. Por ello defienden que todas las personas que eran pensionistas a

fecha 31 de diciembre de 2011 tenían reconocido el derecho a la actualización de sus pensiones durante al año 2012, tratándose por lo tanto de un derecho consolidado que se desprende de las leyes que regulan el sistema de Seguridad social, siendo exclusivamente la mención a la Ley de Presupuestos Generales del Estado algo de carácter instrumental, y no por supuesto la norma que consolida el derecho.

Purificación MORGADO PANADERO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Salamanca*  
[morgado@usal.es](mailto:morgado@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.