

AI S

ARSIURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

eISSN: 2340-5155

DOI: <https://doi.org/10.14201/AIS2023111>



Ediciones Universidad
Salamanca



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023111>

EDICIONES UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

Director

Fernando CARBAJO CASCÓN (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria

M.^a Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Universidad de Salamanca, España)

Secretaria técnica

Noemí MATEOS GONZÁLEZ (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)
Rafael LARA GONZÁLEZ (Universidad Pública de Navarra, España)
Nicolás RODRÍGUEZ GARCÍA (Universidad de Salamanca, España)
Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS (Universidad de Salamanca, España)
Coordinación Secciones de Crónica de Legislación y Reseñas de Jurisprudencia
Estrella TORAL LARA (Universidad de Salamanca, España)

Consejo Científico

Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA (Universidad de La Laguna, España)
Carmela CAMARDI (Università «Ca' Foscari» di Venezia, Italia)
Jordi FERRER BELTRÁN (Universidad de Gerona, España)
José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (Universidad de Zaragoza, España)
Carlos GARRIGA ACOSTA (Universidad del País Vasco, España)
Alejandro M. GARRO (Columbia University, Estados Unidos)
Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid, España)
Carlos Ignacio JARAMILLO JARAMILLO (Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia)
Javier LASARTE ÁLVAREZ (Universidad Pablo de Olavide, España)
Pilar MARTÍN ARESTI (Universidad de Salamanca, España)
Augusto MARTÍN DE LA VEGA (Universidad de Salamanca, España)
Alejandro RAMELLI (Universidad de Los Andes, Colombia. Fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia)
Luis MARTÍN REBOLLO (Universidad de Cantabria, España)
Lourdes RUANO ESPINA (Universidad de Salamanca, España)
Miguel Ángel RODILLA GONZÁLEZ (Universidad de Salamanca, España)
Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (Universidad de Salamanca, España)
César SAN JUAN GUILLÉN (Universidad del País Vasco, España)
Subdirector de Investigación del Instituto Vasco de Criminología)
Fabien TERPAN (Institut d'Études Politiques de Grenoble, Francia)



Ediciones Universidad
Salamanca

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L); Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000); Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023111>

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

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

Contacto

Dr. Fernando CARBAJO CASCÓN (dir.)

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS (Secretaría) 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

<https://derecho.usal.es/>

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

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 Salmanticaensis* (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).

Prende 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 e interior: Fernando Benito e Intergraf - Maquetación: Gráficas Lope - Corrección de pruebas: María Eloísa Revilla

NI la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse con fines comerciales sin permiso escrito de Ediciones Universidad de Salamanca.

A tenor de lo dispuesto en las calificaciones *Creative Commons* CC BY-NC-SA y CC BY, se puede compartir (copiar, distribuir) el contenido de esta revista, según lo que se haya establecido para cada una de sus partes, siempre y cuando se reconozca y cite correctamente la autoría (BY), siempre con fines no comerciales (NC) y compartiendo la obra resultante bajo el mismo tipo de licencia (SA).



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32IBIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);
Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);
Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023111>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. La era de la primacía de la realidad en el Derecho Administrativo brasileño: el papel del consecuencialismo y del contextualismo, por *Fabio Lins de Lessa Carvalho*..... 11-19
2. Un año lleno de decisiones para la Unión Europea: los tres retos que debe asumir en 2023, por *Andrés López López*..... 21-36
3. Ordenanza que protege a las abejas como agentes polinizadores y fortalecimiento de las actividades apícolas en el cantón Tulcán, Provincia del Carchi, Ecuador, por *Marilyn Gabriela Herrera Jiménez*..... 37-41
4. Análisis judicial del delito de prevaricación administrativa, por *Ibiza Melián* 43-59

ESTUDIOS

1. Regionalización y territorios: un análisis de la formación de consorcios municipales en Brasil para la gobernanza ambiental de recursos hídricos, por *Leonardo Simões Agapito* 63-78
2. Memoria democrática: la represión en la enseñanza, por *Eduardo Barreto Martín, Laura Bote Díaz, Ramón Brais Freire Braña, Paula Hernández Elena, María Louro Pérez, Elena Narrillos Torres, Begoña Olaizola Zárraga, Alejandra Inés Vicario Calleja* 79-100
3. Investigando el papel de la cultura en las prácticas jurídicas en España, por *Majedeh Bozorgi*..... 101-116

Índice

Ars Iuris Salmanticensis,
vol. 11, Junio 2023, 5-6
eISSN: 2340-5155
Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

(JULIO-DICIEMBRE 2022)

Derecho Administrativo	123-145
Derecho Civil.....	146-153
Derecho Constitucional.....	154-171
Derecho del Trabajo y Seguridad Social.....	172-179
Derecho Financiero y Tributario	180-212
Derecho Mercantil	213-246
Derecho Penal.....	247-254
Derecho Procesal	255-266

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA

(JULIO-DICIEMBRE 2022)

Derecho Administrativo	273-286
Derecho Civil.....	287-300
Derecho Constitucional.....	301-316
Derecho Financiero y Tributario	317-320
Derecho Mercantil	321-341
Derecho Penal.....	342-350
Derecho Procesal	351-354



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);

Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) - BISAC: Law / General (LAW000000);

Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023111>

TABLE OF CONTENTS

CURRENT DEVELOPMENTS TRIBUNE

1. The Age of the Primacy of Reality in Brazilian Administrative Law: The Role of Consequentialism and Contextualism, by *Fabio Lins de Lessa Carvalho* 11-19
2. A Year Full of Decisions for the European Union: The Three Main Challenges to Solve in 2023, by *Andrés López López* 21-36
3. Ordinance Protecting Bees as Pollinating Agents and Strengthening Beekeeping Activities in the Canton of Tulcán, Carchi Province, Ecuador, by *Marilyn Gabriela Herrera Jiménez* 37-41
4. Judicial Analysis of the Offence of Administrative Malfeasance, by *Ibiza Melián* 43-59

ARTICLES

1. Regionalization and Territories: An Analysis of Intercounty Consortiums' Formation in Brazil and Environmental Governance of Water Resources, by *Leonardo Simões Agapito* 63-78
2. Democratic Memory: Repression in Education, by *Eduardo Barreto Martín, Laura Bote Díaz, Ramón Brais Freire Braña, Paula Hernández Elena, María Louro Pérez, Elena Narrillos Torres, Begoña Olaizola Zárraga, Alejandra Inés Vicario Calleja* 79-100
3. Investigating the Role of Culture in Legal Practices in Spain, by *Majedeh Bozorgi* 101-116

Table of contents

Ars Iuris Salmanticensis,

vol. 11, Junio 2023, 7-8

eISSN: 2340-5155

Ediciones Universidad de Salamanca - CC BY-NC-SA

LAW REVIEW

(JULY-DECEMBER 2022)

Administrative Law.....	123-145
Civil Law.....	146-153
Constitutional Law.....	154-171
Labour Law and Social Security	172-179
Financial And Tax Law.....	180-212
Commercial Law	213-246
Criminal Law.....	247-254
Procedural Law.....	255-266

CASE LAW

(JULY-DECEMBER 2022)

Administrative Law.....	273-286
Civil Law.....	287-300
Constitutional Law.....	301-316
Financial and Tax Law	317-320
Commercial Law	321-341
Criminal Law.....	342-350
Procedural Law.....	351-354

— TRIBUNA DE ACTUALIDAD —

The Age of the Primacy of Reality in Brazilian Administrative Law: The Role of Consequentialism and Contextualism

*La era de la primacía de la realidad en el
Derecho Administrativo brasileño: el papel del
consecuencialismo y del contextualismo*

Fabio Lins DE LESSA CARVALHO

PhD in Law at Universidad de Salamanca

Professor at the Undergraduate and Master's Degree courses in Law at Federal University of Alagoas (UFAL - Universidade Federal de Alagoas) and CESMAC University Center

Alagoas State's Attorney

President of the Administrative Law Institute of Alagoas (IDAA - Instituto de Direito Administrativo de Alagoas)

Attorney

u111139@usal.es

1. INITIAL CONSIDERATIONS

Although public managers act with diligence, zealotry and dedication, even if they are concerned with planning and prevention, they should be aware that all

administrative actions: a) must be preceded by the analysis of their practical consequences; and b) may be compromised by adverse circumstances, be them internal or external.

After virtually ignoring — for decades — the need of assessing the circumstances (previous and concomitant influential elements) and consequences (subsequent effects) involving Public Administration performance, Brazilian Administrative Law started valuing the primacy of reality, i.e., it became more attentive to facts and to the context it applies to.

By the way, the increased Administration detachment from the context the administered ones are inserted in has led Brazilian Law scholar Floriano de Azevedo Marques Neto to create the expression «autistic administrative act»:

This administrative act, taken by the internal angle of the administrative legal system and analyzed through the structural vector of public administration, will be herein called autistic administrative act. It will be done to highlight its main features, namely: the brutal deficit of communication with the cultural, social and economic environments; its absolute indifference towards the administered ones and the society that, ultimately, are both the recipients and the reason for the practice of these acts. The exacerbated autonomy of the administrative act, which presupposes that all elements necessary for its existence, validity and effectiveness lie inside the administrative legal system, generates absolute indifference towards the environment. It is what, at first, seeks to immunize the act of interferences from politics, economy and culture, but, in order to do so, it treats the administered ones as mere spectators and recipients of the act¹.

It is worth emphasizing that the aforementioned Law scholar and Professor Carlos Ari Sundfeld have formed the commission accounting for preparing the text of Bill n. 349/2015, which turned into Law n. 13.655/2018, and for including articles 20 to 30 in the Act of Introduction to Brazilian Law Norms (LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) in order to standardize Public Law application. These norms gave significant emphasis to consequentialism and contextualism, which are two of the three pragmatism features².

1. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. 2012: «A superação do ato administrativo autista». In Odete Medauar and Vitor Rhein Schirato (coords.): Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 96.

2. It highlights the idea that LINDB was «strongly influenced by North American pragmatism and that its core (anti-foundationalism, consequentialism and contextualism) permeates all new provisions». (GODOI, Marcela Gonçalves. 2019: Do caráter pragmatista das disposições da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o impacto na gestão pública e na atuação dos órgãos de controle. Text published on 11/25th/2019 on Âmbito Jurídico website. Available at: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/do-carater-pragmatista-das-disposicoes-da-nova-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-e-o-impacto-na-gestao-publica-e-na-atuacao-dos-orgaos-de-controle/>. Access on: July 04th, 2022).

2. CONSEQUENTIALISM IN BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

With respect to consequentialism, at first, it is worth emphasizing that Law is an argumentative practice, whose application demands coherence, consistency and analysis of consequences, according to Basile Christopoulos³.

Accordingly, it is worth highlighting the norms inserted in LINDB articles 20 and 21, which address consequentialism in Brazilian Administrative Law:

Art. 20. Decisions in the administrative, controlling and legal spheres shall not be made based on abstract legal values without taking into consideration their practical consequences.

Art. 21. Decisions invalidating a given act, contract, adjustment, process or administrative rule, in the administrative, controlling or legal spheres, must expressly indicate their legal and administrative consequences.

Single paragraph. Decisions referred to in the caput of this article shall, whenever applicable, indicate the conditions for the regularization process yet to take place, in a proportional and equitable manner, and without prejudice to the general interests. They cannot impose on the affected subjects any abnormal or excessive burden or loss due to the specificity of each case.

Thus, art. 21 started to expressively demand something that was previously neglected, although it should be mandatory in this case, namely: at the time to make decisions, the Public Administration (as well as the control body) should take into account all the outcomes that could result from them. It started highlighting that administrative (and judicial) decisions cannot be detached from reality, and that they should not be only based on abstract legal values, without analyzing potential impacts resulting from them.

According to Marçal Justen Filho, «the purpose is to reduce decisions' subjectivism and superficiality, by imposing the duty of effectively analyzing the circumstances of concrete cases, such as analyzing different alternatives under a proportionality perspective»⁴.

According to the aforementioned professor, it is necessary differentiating the mechanistic perspective about the application of Law from the realistic one. The mechanistic perspective advocates that all solutions to be effectively adopted are already foreseen (although implicitly) in the general norms, so that the law enforcement activity would not involve any innovation by agents with decision-making power. On the other hand, the realistic perspective acknowledges that the norm is insufficient to cover all solutions to

3. CHRISTOPOULOS, Basile Georges. 2015: «Argumento consequentialista no Direito». Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL, 2015, 6(3): 4-27, 9-11.

4. JUSTEN FILHO, Marçal. 2018: «Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas». Revista de Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018: 13-41, 15.

concrete cases; thus, administrative (or legal) authorities are the ones accounting for making the best choices. Therefore, this perspective would be «the most adequate to describe the Law application activity»⁵.

Before Law n. 13.655/2018 was published in a chapter of a book titled *Princípio é preguiça?* [Does principle mean laziness?], Carlos Ari Sundfeld stated that, «nowadays, we experience the so-called 'geleia geral' environment in Brazilian public law, wherein vague principles can justify any decision»⁶.

LINDB aims at correcting the proliferation of administrative and legal decisions that do not take into consideration their practical consequences in the lives of individuals and institutions. The aim is not to reduce the relevance of legal principles, but to stop them from being invoked in an abstract, rhetorical or empty way, without the proper and necessary contextualization with reality.

This requirement in Art. 20 is reinforced in Art. 21, according to which, any decision declaring the invalidity of a given act, contract, agreement, process or administrative rule «shall expressly indicate its legal and administrative consequences».

The aim is to avoid making irresponsible decisions that fail to carefully assess their effects, which are often devastating. It is worth emphasizing that the current Law on Administrative Tenders and Contracts (Law n. 14.133/2022), inspired by the spirit of LINDB, provides that the annulment of bids and contracts should only take place after assessing certain aspects (consequences) and effectively proving that their invalidation is a measure of public interest:

Art. 147. Once an irregularity is found in the bidding procedure, or in the contractual execution, whenever its remediation is not possible, the decision to suspend the contract execution, or to declare its nullity, will only be made upon prove that it is a measure of public interest, based on the evaluation of the following aspects, among others:

- I. economic and financial impacts deriving from delay in enjoying the benefits from the object of the contract;
- II. social, environmental and safety risks to the local population due to delay in enjoying benefits from the object of the contract;
- III. social and environmental motivation of the contract;
- IV. cost of deterioration or loss of executed installments;
- V. expenditure necessary for the preservation of facilities and previously performed services;
- VI. expenditure inherent to the demobilization and subsequent return to activities;
- VII. measures effectively adopted by the head of the agency or entity to remedy the indicated irregularities;
- VIII. total cost and stage of physical and financial execution of contracts, agreements, works or installments;

5. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 16.

6. SUNDFELD, Carlos Ari. 2014: *Direito Administrativo para céticos*. 2.^a São Paulo: ed. Malheiros, 205.

- IX. shutting down direct and indirect job positions due to downtime;
- X. cost of carrying out a new bid or signing a new contract;
- XI. opportunity cost of capital during the downtime period.

Single paragraph. If the downtime or annulment does not prove to be a measure of public interest, the public authority shall keep the contract and solve the irregularity through compensation for losses and damages, without prejudice to the determination of accountability and applicable penalties.

Art. 148. The declaration of administrative contract nullity shall require prior analysis of the public interest involved in it, pursuant to art. 147 of this Law, and it shall operate retroactively to stop the legal effects that should be ordinarily produced by the contract and to deconstitute the ones already produced.

§ 1 If it is not possible returning to the previous factual situation, contract nullity shall be resolved through compensation for losses and damages, without prejudice to the determination of accountability and applicable penalties.

§ 2 By declaring contract nullity, the authority, in order to guarantee the continuity of the administrative activity, may decide that it will only be effective in the future, in order to sign a new contract, for a period-of-time up to 6 (six) months, which can be extended only once.

If, before, the application of the norm was mostly linked to the idea of subsumption, i.e., when the concrete case fits the legal norm in the abstract (if there is legality defect, the administrative act must be annulled); however, everything will depend on the in-depth analysis of practical consequences from the eventual invalidation or maintenance of the act.

It is clear that the introduced changes were not immune to criticism. Thus, «the purpose of Article 20 is noble, but, curiously, it intends to curb the rhetorical use of more abstract norms and it does so by using terms that are also quite abstract, such as ‘abstract legal values’, ‘practical consequences’, ‘need and adequacy of the measure’ and ‘possible alternatives’».

As it turns out, Art. 20, under the pretext of fighting the legal uncertainty generated by decisions made based on abstract values (valuing strong legal pragmatism), runs the risk of generating decisions that also lead to legal uncertainty, such as not to annul an administrative contract for a public work whose bidding was proved to be fraudulent, on the grounds that many jobs will be closed; or not to invalidate a public tender for doctors, whose tests’ application presented serious issues (such as template leaking), under the justification that society needs such positions to be filled soon.

Irene Patrícia Nohara addressed innovations made by LINDB and, after diagnosing issues in Public Law application in Brazil, she acknowledged the need of stopping excesses, disproportions and imbalances in controls; she accurately stated that:

However, based on the technical analysis of LINDB’s provisions, which assumingly equate «legal security and efficiency issues in the development and application of public

law», it is possible noticing that, despite an accurate diagnosis, the THERAPY, i.e., the SOLUTION presented in terms of legislative innovations mainly comprises «SOLUBLEMS», i.e., solutions that are far from solving the diagnosed problems. On the contrary, they are «SOLUBLEMS» because they do not fail to produce new problems, given the same imprecision, decisionism and insecurity, among other quite problematic and speculative points deriving from the analysis of the new LINDB normative text...⁷.

The doctrine suggests adopting weak consequentialism to help solving this issue. Thus, according to Luís Fernando Schuartz, based on the strong consequentialism theory, decision-making justification is primarily and fundamentally based on consequences. On the other hand, based on the weak consequentialism theory, consequences have a residual reasoning nature and they are analyzed when conventional techniques do not define a given response, or equivalent, to the other techniques that give normative meaning to the legal text⁸.

3. CONTEXTUALISM IN BRAZILIAN ADMINISTRATIVE LAW

The primacy of reality in LINDB is not only highlighted by valuing consequentialism. The aforementioned legal institute, in its Art. 22, also emphasizes contextualism (circumstantialism):

Art. 22. The interpretation of norms on public management shall take into consideration the real obstacles and difficulties faced by managers, as well as requirements of public policies under their responsibility, without prejudice to the rights of the administered ones.

§ 1 Decisions about the regularity of conduct or the validity of a given act, contract, adjustment, administrative process or rule shall take into consideration the practical circumstances that have imposed, limited or conditioned the agent's action.

§ 2 The application of sanctions shall take into consideration the nature and seriousness of the committed offense, the damages to the public administration, the aggravating or mitigating circumstances and the agent's background.

§ 3 Sanctions applied to the agent shall be based on the dosimetry of other sanctions of similar nature and on those related to the same fact.

Thus, according to the legislation, the interpretation and application of Administrative Law must take into consideration the real obstacles and difficulties faced by

7. NOHARA, Irene Patrícia. 2023: «'Solublemas' da LINDB ao Direito Público», text published at Irene Nohara's website. Available at <https://direitoadm.com.br/tag/lindb/>. Access on: July 03rd, 2022.

8. SCHUARTZ, Luís Fernando. 2008: «Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem». Revista de Direito Administrativo, 2008, 248: 130-158, 131.

managers, requirements of public policies under their responsibility, and the practical circumstances that have imposed, limited or conditioned the agent's action.

According to Fabrício Motta and Irene Patrícia Nohara, changes implemented in LINDB enabled a new vocabulary that started to guide debates about the interpretation of Public Law. LINDB terms, such as Administrative Law of Fear, «blackout of pens», consequentialism, principle of «deference», «finished-work engineers» and «solublems», were incorporated to the administrative doctrine.

According to the aforementioned authors, primacy of reality represents the «need of interpreting the normative text, as well as public management requirements, from the perspective of real difficulties faced by managers and of requirements of public policies under their responsibility, which shall be investigated at the time to regulate the situation, i.e., the practical circumstances that have imposed, limited or conditioned the agent's action»⁹.

Emerson Gabardo and Pablo Ademir de Souza, in an article about LINDB, have stated — based on the book *A Samba for Sherlock*, by Jô Soares — that «Sherlock Holmes acting in England is one person, whereas Sherlock Holmes acting in Brazil is someone else. The same individual, who follows the same methods in different cultural environments, can get to different outcomes — he can be a hero or an idiot»¹⁰.

Thus, it is undeniable that no matter how well-prepared or well-intentioned the public administrator is, the circumstances surrounding its performance are a decisive factor. Context, in its complexity and dynamism, plays fundamental role in administrative action, whether in its success or failure.

The complexity of the administrative action context involves legal, political, cultural, financial, structural, motivational, historical, geographic, geopolitical circumstances, among others, whereas its dynamism can change each one of these factors.

External factors, such as global economic crises, pandemics, climate issues or wars, as well as internal factors, such as public service strikes, inadequate salary policies, contests that are never held or insufficient tax collection, can also influence this context.

All these circumstances have considerable impact on public management. In some cases, prevention must be adopted when the risks involved in this process can be predicted, whereas in others, the precautionary principle must be adopted when a given issue is likely to take place.

9. MOTTA, Fabrício and NOHARA, Irene Patrícia. 2019: LINDB no Direito Público. Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 24.

10. GABARDO, Emerson and SOUZA, Pablo Ademir de. 2020: «O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões». Revista de Direito Administrativo & Constitucional, 2020: 115, nota de rodapé n.º 81.

4. THE LACK-OF-PERSONNEL ISSUE IN PUBLIC ADMINISTRATION

Among several contexts capable of influencing and affecting administrative action, it is worth emphasizing the personnel issue. Oftentimes, public administrators feel alone and abandoned to fate. At the time Graciliano Ramos was mayor of Palmeira dos Índios County, he stated that «few employees remain among those I met in January, last year: those who did politics and those who did nothing have left»¹¹.

The number of employees is not the problem in other contexts: quality is the lacking element. Public Administration's performance efficiency depends on several factors, which range from adequate administrative organization to the adoption of planning culture, from sufficient material resources to the qualification of human resources. However, it is worth emphasizing that, oftentimes, the organizational and functional mapping of public administrations only reflects the most abstract features and conceals material attributes essential to the administrative life, whose spectral image is that of a living world whose essence lies on human beings¹².

It should be noticed that, overall, Brazilian society's idea about professionals who work in the public sector does not correspond to reality. Thus, for example, although it is often said that civil servants earn good money, this factor actually depends on their federative level and power. In this case, municipal public servants who work in the Executive Branch are the ones with the lowest wage, which are often lower than the ones paid in the private initiative — almost 60 % of municipal servants earn less than R\$2,500.00 (two thousand and five hundred reais)¹³.

What is the level of quality of these municipal servants? According to IPEA, the least qualified public servants are observed in municipalities¹⁴. However, it is worth emphasizing that municipal public servants are the ones who provide several of the most necessary public services provided to society, such as health and education services.

Thus, there is direct association between the efficient provision of public services (mainly of social ones) and the conditions provided by the Public Power to its servants. Therefore, it is worth highlighting, in this context, the need of focusing on motivating and training professionals who work in the public sector, since this factor has been neglected in Brazil.

11. RAMOS, Graciliano. 1929: Relatório I, published in Diário Oficial de Alagoas.

12. GUERRERO, Omar. 1998: El funcionario, el diplomático y el juez. Las experiencias en la formación profesional del servicio público en el mundo. Mexico: Instituto Nacional de Administración Pública, 47.

13. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Distribuição de remuneração nos níveis federativos. Available at: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/consulta/119>. Access on: May 21st, 2022.

14. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Total de vínculos por nível de escolaridade, Poder e nível federativo. Available at: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/consulta/93>. Access on: May 21st, 2022.

In fact, this issue is not exclusive to our country. Catalan Law scholar Carles Ramió addressed the Spanish reality and highlighted that one of the biggest issues observed in that Iberian country lies on lack of motivation by public servants. Thus, «la cuestión es que la mayoría de los empleados públicos acceden, bastante jóvenes, con entusiasmo profesional y vocación de servicio público. Pero este entusiasmo y vocación debe mantenerse durante muchísimos años (entre 35 y 40) hasta el momento de la jubilación. Y eso es complicado»¹⁵ [«the issue lies on the fact that most public employees start working, at a quite young age, with professional enthusiasm and call for public service. However, such enthusiasm and call must be nourished for several years (from 35 to 40 years) until retirement time; and that is complicated»].

Motivation and training are two significantly interconnected realities: one leads to the other, and vice versa. Therefore, one of the keys to maintain public servants' motivation lies on the need of effectively training them to help improving their skills and abilities, to enable them to efficiently perform their functions, to ascend in their career and, consequently, to earn higher wages.

There is no doubt that the national legal system imposes a duty on every public manager, namely: promoting public servants' training, which is an essential administrative measure to implement the principle of efficiency (Federal Constitution, art. 37, caput), since it enables increasing state agents' professionalization level. Thus, it should be noticed that, in this context, the Brazilian Federal Constitution — in its Art. 39, paragraph 2 (provision inserted from EC 19/98, onwards) — expressively determines that public entities shall implement public policies focused on training and qualifying public servants, based on the maintenance of government schools.

Public Administrations have neglected this constitutional duty for a long period-of-time. Overall, several administrations simply turned a blind eye to the need of qualifying those who mostly account for the success or failure of state actions, namely: public servants.

Nowadays, the new law on administrative bidding and contracts (Law n. 14.133/2021), in its Art. 173, provides on the legal duty, according to which, «Courts of Accounts shall, through their schools of accounts, promote training events for permanent servants and for public employees assigned to carry out essential functions for the execution of this Law, such as face-to-face and distance courses, learning networks, as well as seminars and conferences on public procurement».

Better-qualified public servants favor the context surrounding administrative action, due to their technique, planning skills and professionalism. Furthermore, they exponentially increase the likelihood of having positive outcomes arising from their administrative performance.

15. RAMIÓ, Carles. 2016: La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España. Barcelona: Editorial Catarata, 73.

Un año lleno de decisiones para la Unión Europea: los tres retos que debe asumir en 2023

A Year Full of Decisions for the European Union: The Three Main Challenges to Solve in 2023

Andrés LÓPEZ LÓPEZ

Doctor por la Universidad de Zaragoza, Programa en Derecho

Máster Oficial Universitario en Unión Europea por la Universidad de Zaragoza

Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza

<https://orcid.org/0000-0002-9411-4871>

andreslpezlpez@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Empezado el año 2023 y seguimos con las mismas incógnitas con las que clausuró (y casi se inició) el año anterior. En este nuevo período que comienza, la Unión Europea va a tener que dilucidar cuestiones que esta temporada caduca no ha sido capaz de solventar: 1.º, la posible ampliación de la UE hacia los Balcanes occidentales, haciendo frente a los retos que supone la «fatiga balcánica» y la «fatiga de ampliación» donde se van terminando las posibilidades negociadoras (a golpe de ayudas económicas, principalmente) y donde los países solicitantes piden un compromiso, por fin palpable, sobre su futuro más inmediato como parte de la familia comunitaria. Y, por otro lado, dentro de esta misma problemática, el desafío que suponen países como Rusia, China

y algunos Estados del Golfo Pérsico (Milosevich-Juaristi, 2021) que ven su oportunidad de expandirse en esta zona, sin exigencias democratizadoras, aprovechando este hartazgo (social y político) de los países balcánicos implicados (principalmente, de Serbia); 2.º, las exigencias (no peticiones) de Ucrania, Moldavia y Georgia de pasar a integrar la familia comunitaria por la vía rápida (inexistente) bajo la presión que ejercen los socios del Tratado Atlántico Norte sobre la UE (y por la demagogia en la que, en ocasiones, inciden los políticos movidos por la opinión pública, pues no olvidemos que esta suele tener más fuerza que la ejercida por las propias instituciones); 3.º, a todos estos desafíos, se suman los ya preexistentes de apaciguar los ánimos entre los 27 tras la salida del Reino Unido (Brexit) y las continuas desavenencias de varios Estados miembro con las políticas de Bruselas. Véanse los desencuentros que mantienen países del Este y Centro de la UE (Hungría, Polonia, Rumanía, Bulgaria, Eslovaquia, Italia...) y del Norte (Dinamarca, Países Bajos...) con las políticas comunitarias, principalmente en materia de asilo (protección internacional) e inmigración. Los países levantiscos de la UE no se limitaban solo al caso británico, sino que son cada vez más los líderes nacionales críticos con las políticas marcadas por el Gobierno de la Unión Europea.

2. LA RELACIÓN ENTRE LA UE Y LOS BALCANES OCCIDENTALES. OBJETIVO: MITIGAR EL HARTAZGO POLÍTICO Y SOCIAL POR UNA AMPLIACIÓN QUE NUNCA LLEGA

El año 2022 ha terminado sin dar solución a la grave crisis provocada por la invasión de Rusia sobre Ucrania. A punto de cumplirse un año del inicio de esta (24 de febrero de 2022), los países de la UE no saben cómo dar soluciones a los problemas que Ucrania carga a sus espaldas y que a ellos también salpica de manera más o menos profusa. Animados por el fulgor del momento y por las preocupaciones de una expansión militar rusa que pudiese sobrepasar las fronteras del país vecino y llegar a suelo interior (Unión Europea-Espacio Schengen), se aventuraron, quizás demasiado rápido, a querer conceder a Ucrania la condición de país candidato, con posibilidad de pasar a integrar la UE ipso facto.

Esta última posibilidad, inexistente en el derecho de la UE, parecía hacerse necesaria para paliar la ofensiva rusa, acelerando a la par la inclusión en la OTAN de países de la UE como Finlandia o Suecia. Sobre la pertenencia o no de Estados miembro al Tratado del Atlántico Norte, cabe preguntarnos, ¿por qué no se ha preocupado la Unión Europea de otros Estados miembro que también han tomado la decisión de ser parte neutral, como Austria, Chipre o Malta? Resulta obvio que, en estos casos, la no cercanía (de ningún tipo) con Rusia hace innecesaria la urgencia de anexionarlos al resto de los países que sí forman parte de esta coalición occidental.

Era una necesidad surgida de la propia guerra no provocada por Kiev, pero siendo ellos los perjudicados, pedían ayuda a sus vecinos de la UE (los más inmediatos), de los

EE. UU. y al resto de Estados occidentales. Pero entrar en la Unión no es tarea sencilla, limitada únicamente a la decisión de los líderes políticos de cada Gobierno: Consejo Europeo (sin olvidar el papel decisivo del Parlamento Europeo y su voto positivo de anexión, art. 49 del TUE), mucho menos rápida y ágil como podría ser ingresar en la OTAN¹.

Hay países candidatos desde hace diecisiete años, véase Macedonia del Norte, que hasta que no adoptó oficialmente este nombre en el año 2019 veía bloqueada su candidatura por parte de Grecia, además de la negativa de Bulgaria (por considerar a estos como fascistas invasores) o de la propia Francia (por ir este país de la mano de Albania en el proceso de adhesión). Precisamente este país, Albania (2014) y Montenegro (2010), junto con Macedonia del Norte, los tres son miembros de la OTAN; y otro que lleva varios años esperando, Serbia (2012), pero que es el más proclive al acercamiento a Rusia, incluso a expandirse más allá de sus fronteras e influir en el resto de Estados balcánicos gracias a las poblaciones serbias que mantiene en ellos (Mundo Serbio)².

El caso de Kosovo y Bosnia y Herzegovina es aún más complicado. Kosovo, por no ser siquiera reconocido como país independiente, ya no solo por Serbia debido a su escisión unilateral³ o por las tensiones que mantiene también con Bosnia y Herzegovina⁴. Lo que realmente le preocupa es la falta del reconocimiento de su autonomía por parte de algunos países de la UE, lo que imposibilita su adhesión⁵.

Bosnia y Herzegovina es país candidato potencial (que no candidato) desde el año 2008 (aunque fue en 2016 cuando presentó la candidatura de manera oficial). La Comisión consideró imperativas catorce prioridades que debían cumplir en el marco de la AEA (Acuerdos de Estabilización y Asociación)⁶, todas enfocadas a la gobernanza

1. El país debe recibir una invitación por acuerdo unánime; debe estar comprometido con la resolución pacífica de conflictos y debe contribuir militarmente a las operaciones que la OTAN lleve a cabo. Este último punto, el más conflictivo de todos y el que marca la acción soviética sobre Ucrania y sobre el resto de sus países vecinos. Disponible en: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_37356.htm [2 enero 2023].

2. CASTRO TORRES, José Ignacio. 2022: «Los Balcanes como frontera exterior de la Unión Europea». *Revista Tiempo de Paz*, 2022, 144: 36.

3. AVILÉS GRANDE, Rodrigo Enrique. 2022: «Nacimiento de la República de Kosovo en el sistema internacional: el territorio autoproclamado independiente». *Revista Relaciones Internacionales*, 2022: 43-66.

4. MASIC, Alma. 2020: «La sociedad civil como territorio de resistencia y defensa, 'Bosnia-Herzegovina y la exYugoslavia'. Testimonio Personal». *Historia y Memoria*, 2020, 21: 337-361.

5. España, Rumanía, Chipre, Grecia y Eslovaquia.

6. Los AEA constituyen el marco contractual de las relaciones entre la UE y los países signatarios y cubren las siguientes áreas: diálogo político, cooperación regional, creación de un área de libre comercio, aproximación al acervo comunitario y cooperación en todas las áreas de la política de la UE. Disponible en: <https://es-ue.org/wp-content/uploads/2014/09/CAE-07-FI-CHA-BALCANES-Italia-2014.pdf>

económica del país (que llevan implícitas las reformas estructurales necesarias para combatir la corrupción y el blanqueo de capitales, entre otros delitos); por otro lado, la problemática que mantiene en una parte de su país, en la República Srpska. Los Acuerdos de Dayton⁷ quedan lejos de logros mayores entre las comunidades serbia, croata y bosnia. En esta región, liderada por los serbios, estos avivan cada vez más las disputas contra Sarajevo para lograr una escisión total y conseguir la independencia de su república⁸; por último, el país bosnio no puede obviar el recelo que siente hacia la vecina Croacia, último en entrar en la UE en el año 2013 (miembro de pleno derecho que puede vetar la adhesión de otros Estados) y con el que sigue manteniendo relaciones tensas⁹.

Sea como fuere, hay seis países de los Balcanes occidentales que llevan años esperando una promesa de la Unión Europea que nunca llega. Y tantos años de desavenencias, de idas y venidas, y de llegadas de inversores de otros países como Rusia¹⁰ o China¹¹ que no les exigen contraprestación democratizadora o económica para dejar su flujo de capitales en la región, hacen que los balcánicos se dejen mimar por ellos mientras que la UE parece mirar para otro lado (hacia Ucrania).

Para demostrar que esto no era así (o no del todo), los líderes de los 27, acompañados por la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen (política de un grupo parlamentario conservador, no lo olvidemos), junto con Charles Michel (presidente del Consejo Europeo) y del máximo representante de la UE para la Acción Exterior (Josep Borrell), celebraron el 6 de diciembre de 2022 una cumbre en Tirana, donde se reunieron con los jefes de los Gobiernos de estos seis países balcánicos.

En la reunión de la capital albanesa, los dirigentes de la UE animaron a los mandatarios balcánicos a que no cediesen ante el «chantaje» de Rusia y les recordaron (de boca del Alto Representante de la UE, Josep Borrell) que precisamente es la UE quien

7. JARA GÓMEZ, Ana M. 2022: «El precio de una paz sin derechos. Los desplazados/ retornados en Kosovo y Bosnia Herzegovina». *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos* [en línea], 2022, 47: 209-239. [doi:10.20318/dyl.2022.6881](https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6881) [11 enero 2023].

8. PÉREZ GIL, Luis V. 2022: «El estatuto de los países candidatos a la adhesión a la Unión Europea: análisis de los casos de Georgia, Moldavia y Ucrania». *Cuaderno de Trabajo*, 2022, 2: 1-13.

9. CUETO LÓPEZ, José Carlos. 2020: «Cómo están los Balcanes 25 años después de la firma de los acuerdos que sellaron la última gran guerra de Europa». *BBC News Mundo* [en línea], 19 de diciembre de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55330702> [5 enero 2023].

10. TOUSSAINT, Eric. 2022: «Rusia: Origen y consecuencias del repudio de las deudas del 10 de febrero de 1918». *CADTM* [en línea], 8 de febrero de 2022, <http://www.cadtm.org/Rusia-Origen-y-consecuencias-del-repudio-de-las-deudas-del-10-de-febrero-de> [11 enero 2023].

11. RANDO CASERMEIRO, Antonio Francisco. 2021: «Amistades peligrosas: las relaciones entre Serbia, China y la UE en el contexto de la futura ampliación a los WB6». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2021, 41: 1.

realiza las mayores inversiones en la zona, el 61 por ciento de estas, mientras que las de Moscú no llegan al 7 por ciento¹². Anunció, a bombo y platillo, el nuevo paquete de medidas económicas del Plan de Inversión y de la Agenda Verde y Digital en los Balcanes, que incluyen para este año 2023 una dotación de 1.200 millones de euros, de los 30.000 millones que hay proyectados en el marco del Plan Económico y de Inversión hasta el año 2030¹³. Así mismo, informó a estos países que habían sido incluidos en los planes energéticos de la UE para la compra de gas, hidrógeno y GNL. Todo esto supondría una menor dependencia energética del Kremlin al potenciar el uso de las energías verdes¹⁴.

Pero hay una realidad de la que los balcánicos son conscientes. La UE les promete el acogimiento en su seno si cumplen con los compromisos de democratización y maduración económica propias de los Estados avanzados, cuyo objetivo es fomentar la estabilidad y la prosperidad en Europa. Y esta promesa viene siempre precedida de inversiones en la zona: «¿a dónde va ese dinero?». Pero estos requisitos, adoptados en el Consejo Europeo de Copenhague en 1993¹⁵, apuntan a miras altas de conseguir para unos países que entre los años 1990 y el 2000 estaban inmersos en unas guerras despiadadas¹⁶, muy vivas aún en la retina de los sobrevivientes (y, más aún, en la de los emigrantes).

Si tenemos en cuenta que países como Albania o Serbia adolecen ya del primero de los requisitos de Copenhague, el resto de las formalidades requeridas pasan a un segundo plano. Albania ha obtenido 35 puntos en el Índice de percepción de la Corrupción que publica la Organización para la Transparencia Internacional correspondiente al año 2021, situándola en el puesto 110 de los 180 países encuestados; en

12. ROVIROSA, Dani; MIMOZA, Dhima y JIMÉNEZ, Rosa. 2022: «La UE y los Balcanes quieren avanzar hacia la ampliación pero reconocen que hay deberes». *EuroEFE: Euroactive* [en línea], 12 de diciembre de 2022, <https://euroefe.euractiv.es/section/ampliacion/news/la-ue-y-balcanes-quieren-avanzar-la-integracion-pero-reconocen-que-hay-deberes/> [3 enero 2023].

13. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2022/12/06/>

14. CONSEJO EUROPEO. 2022: «Cumbre UE-Balcanes Occidentales: Declaración de Tirana, 6 de diciembre de 2022». Home – Consilium [en línea], 6 de diciembre de 2022, <https://www.consilium.europa.eu/media/60569/tirana-declaration-es.pdf> [11 enero 2023].

15. Se les exige: criterios políticos de estabilidad de las instituciones destinadas a garantizar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías; criterios económicos: una economía de mercado en funcionamiento y capacidad para hacer frente a la presión competitiva y a las fuerzas del mercado; y tener la capacidad administrativa e institucional para aplicar de manera efectiva el acervo (el derecho comunitario) de la UE, y capacidad para asumir las obligaciones que la pertenencia a la Unión Europea lleva aparejadas. Pero para la Unión Europea también existen obligaciones: esta debe ser capaz de asumir a los nuevos Estados en todos los ámbitos.

16. MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel. 2022: *Yugoslavia, el eclipse de la política: Europa ensombrecida*. Universidad de Alicante.

el caso serbio, con una puntuación de 38, sitúa a este país en el puesto 96 de los 180 posibles¹⁷. Vemos que exigir a estos Estados un compromiso elevado en democracia, en cumplimiento del principio de legalidad y en transparencia, está todavía lejos de la realidad deseada.

Pero son ya muchos años siguiendo esta misma fórmula, lo que hace pensar «¿llegará algún día a ser una realidad la inclusión balcánica en la UE?». Si bien, ellos seguramente siguen esperanzados pensando que, si ya ocurrió antes con Rumanía, Eslovenia o Croacia, quizás solo tengan que seguir esperando, sin traspasar la línea que cruzó Turquía y de la cual es difícil regresar (incumplimiento de los derechos humanos y, desde este año pasado, sus objeciones a la inclusión de Finlandia y Suecia en la OTAN¹⁸, cual si emisario de Rusia se tratase).

A día de hoy parece que Montenegro es el país que estaría más cerca de conseguir la adhesión a la UE, con la apertura de los 33 capítulos de negociación y el cierre provisional de 3 de ellos. Pero tras la continuidad en el poder de Milo Djukanovic, ahora como presidente del país después de 30 años de idas y venidas alternadas con el cargo de primer ministro, hace presagiar que el primero de los requisitos (democracia) está todavía lejos de cumplirse. Se le suman los casos de corrupción que, según la prensa nacional e internacional, afectan a él y a algunos de sus familiares: son acusados de estar convirtiendo a Montenegro en el «Mónaco del Adriático» y de no declarar el dinero, al parecer de procedencia rusa, que está levantando al país y convirtiéndolo en esa joya del Adriático¹⁹. Referente a las medidas requeridas, el GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción) del Consejo de Europa (que no de la UE) revisará en diciembre de 2023 las 22 medidas anticorrupción propuestas para este país a lo largo del año²⁰.

17. Índice de la percepción de la corrupción que publica la Organización para la Transparencia Internacional. Para Albania, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/albania>; En el caso de Serbia, disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/estado/indice-percepcion-corrupcion/serbia> [1 enero 2023].

18. NARRILLOS, Estefanía. 2022: Turquía continúa alejándose de los valores y normas de la UE, según el PE | Noticias | Parlamento Europeo. Notas de prensa del Parlamento Europeo [en línea], 7 de junio de 2022, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20220603-PR32136/turquia-continua-alejandose-de-los-valores-y-normas-de-la-ue-segun-el-pe> [7 enero 2023].

19. TOPPER, Ilya U. 2014: «Montenegro: De Estado mafioso a alumno aventajado para entrar en la UE». *La Información* [en línea], 19 de julio de 2014, https://www.lainformacion.com/espana/montenegro-de-estado-mafioso-a-alumno-aventajado-para-entrar-en-la-ue_QveNJ-gk5PuSTuRBKTbLoF7/ [2 enero 2023].

20. COUNCIL OF EUROPE. 2022: «Montenegro must strengthen public trust in the prevention of and fight against corruption at the top executive level and in the police». www.coe.int [en línea], 25 de octubre de 2022, https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a8b842 [1 enero 2023].

Ante esta perspectiva, el cansancio de promesas que nunca llegan se hace palpable en parte de la población (y de los gobiernos) balcánicos, la llamada «fatiga balcánica». Pero, por otro lado, también la UE se cierra a la entrada de nuevos Estados provenientes del Este de Europa basándose en experiencias anteriores con países como Rumanía o Bulgaria (2007), siendo este último el país más pobre de la UE. Para los euroescépticos, la entrada de estos en la UE, lejos de mejorar la calidad social y económica comunitaria, lo que provocó fue un retroceso en el Estado de derecho, haciendo que algunos países decidiesen optar por la vía del opt out (Brexit, art. 50 TUE) al tener que considerar a estos ciudadanos poseedores de los mismos derechos que sus nacionales (ciudadanía de la UE: art. 8 Tratado de Maastricht, 1992).

Esta negativa a expandirse más allá de las actuales fronteras que ya posee la Unión también acaba con una «fatiga de ampliación» por parte de los países ya integrantes bajo el miedo a que las vecinas Polonia o Hungría, frente a las actuales desavenencias políticas con Bruselas y sus políticas sociales y migratorias (entre otras), decidan alejarse cada vez más de la familia comunitaria. Ante esto, y siguiendo esta misma línea, países más conservadores como Austria, Países Bajos, Bélgica o Dinamarca cierran filas y deciden que no es el momento de aventurarse más allá del espacio que ya ocupamos. No todo vale a cambio de mayor población o de una mejor situación geoestratégica (imaginemos la posición privilegiada que obtendríamos con Georgia como parte integrante, país rodeado por Rusia, Armenia y Azerbaiyán).

Nos encontramos en la encrucijada de optar por factores geopolíticos, que responderían a la necesidad de ampliar la UE hacia estos países, frente a la carga emocional que representa para la ciudadanía de algunos Estados miembros ampliar las fronteras hacia unos países a los que se les percibe como emisores de migración, de grupos de delincuencia organizada relacionada con el tráfico de drogas²¹ y con la explotación sexual de mujeres²², amén del tráfico de armas, todavía muy abundantes en esos países.

Si dentro de la propia Unión Europea ya surgen divergencias entre los Gobiernos, como la actual falta de consenso de integrar plenamente a países como Rumanía y Bulgaria en el Espacio Schengen, mientras sí se hace con otros como Croacia (1 de enero de 2023), mucho más complicado resulta el devenir de estos países candidatos, o candidatos potenciales, a ingresar en la misma. La fatiga-desilusión²³ por ambas partes es más que palpable.

21. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Camilo et al. 2022: Tráfico de drogas en Albania: ¿Inconveniente para la seguridad interna e integración de la Unión Europea? Bogotá.

22. ZURITA CAJAS, Evelyn Soledad. 2022: «Las mujeres víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual. Los nexos con el patriarcado y un negocio dentro del capitalismo». FORO: Revista de Derecho, 2022, 37: 53-74.

23. GARCÍA LLORENTE, Raquel; MILOSEVICH-JUARISTI; Mira y MOLINA ÁLVAREZ DE CIENFUEGOS, Ignacio. 2021: «Apuntes para una renovación de la política española hacia los Balcanes Occidentales». Análisis del Real Instituto Elcano (ARI), 2021, 108: 1.

3. LA AMPLIACIÓN DE LA UE HACIA UCRANIA, MOLDAVIA Y GEORGIA: LA NECESIDAD DE UNA RESPUESTA ¿INMEDIATA?

Los efectos de la guerra iniciada por Rusia parecían verse menguados con la posible (e increíble) inclusión de Ucrania en la UE. Ante el recelo de no pocos países a esta medida (los del oeste y centro de la UE en su mayor medida) y del enfado de los Estados «eternamente candidatos» de los Balcanes occidentales que ya hemos tratado, el Grupo de los 27 decidió pisar el freno o, cuando menos, ralentizar decisiones que requieren tiempo y estudio en profundidad. Se hace necesario pensar si aquel ánimo inicial lo fue más por caridad (o por aparentar) que por querer ofrecer una respuesta tangible a la población ucraniana, un desafío a Rusia o una muestra de poder frente al resto de la comunidad internacional.

Lo conseguido por parte de Rusia referente a las regiones ucranianas de Donetsk, Luhansk, Zaporiyia y Jersón sí pesó en la toma de decisiones inmediatas de la UE de otorgar a Ucrania el estatuto de país candidato. Esta condición la obtuvo el 23 de junio de 2022, cuando el Consejo Europeo pidió a la Comisión Europea que informara al Consejo sobre el cumplimiento de las condiciones especificadas en el dictamen de la Comisión sobre la solicitud de adhesión del país. Pero la realidad de la rápida implementación del acervo comunitario dirigido hacia Ucrania y a su solicitud «se planteó en términos de supervivencia estatal frente a la invasión rusa»²⁴.

Para dificultar todavía más la hipotética operación de adhesión, Ucrania cuenta, como le ocurre a Moldavia y a Georgia, con zona hostil dentro de su propio territorio: Crimea. Desde el referéndum (ilegal) de febrero de 2014, donde se decidió de forma unilateral la anexión a Rusia (firmada por Vladimir Putin el 18 de marzo de 2014) y abandonar de facto Ucrania, esta zona ha estado controlada por el Gobierno ruso. Ya en aquel entonces al mandatario del Kremlin le preocupaba la posible incorporación de Ucrania a la OTAN, como ocurriera antes con Polonia y Rumanía, sirviendo de bases, según Moscú, a las fuerzas militares de la OTAN y, por ende, de los Estados Unidos. Véase que esta respuesta a la invasión de Ucrania venía perpetrándose desde hacía ya unos años. Si en aquella ocasión (Crimea) fue invadida de forma silenciosa, suave y acabó antes de comenzar²⁵, en esta ocasión el derramamiento de sangre iba a ser mayor y eso, al Gobierno ruso, no le importaba. Todo sea por la seguridad de su

24. PÉREZ GIL, Luis V. 2022: «El estatuto de los países candidatos a la adhesión a la Unión Europea: análisis de los casos de Georgia, Moldavia y Ucrania». Cuaderno de Trabajo 2022, (2): 1-13.

25. BBC News Mundo. 2022: «Rusia y Ucrania: qué pasó en Crimea en 2014 (y por qué importa ahora)». BBC News Mundo. [en línea], 26 de febrero de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-60500020> [7 enero 2023].

nación lejos de las pretensiones occidentales y de los Estados Unidos de acorralarles y, algún día, destruirles²⁶.

El caso de Moldavia iba a la par que el ucraniano. Viendo el devenir de la invasión rusa y con la guerra a sus puertas, este pequeño país fue nombrado candidato el 23 de junio de 2022 tras haberlo solicitado previamente el 3 de marzo de 2022. Este Estado cuenta también con una problemática añadida que la UE desea resolver de manera fáctica. Como le ocurre a Ucrania con Crimea, se busca alejarles de Rusia y, en el caso moldavo, el eje gira en torno a la República de Transnistria, el autodeterminado Estado no reconocido por la comunidad internacional. Con poco más de 500.000 habitantes y su situación geográfica ideal para el gobierno ruso (entre Rumanía y Ucrania), su gobierno prorruso (gracias en parte al gas gratuito donado por Rusia) defiende la invasión de Ucrania por parte de Moscú²⁷. Pero no hay que olvidar que las necesidades hacen moldear las actitudes y después las conductas. Y esta es que el 70 por ciento de las exportaciones de esta pequeña parcela de Moldavia se dirigen hacia la Europa occidental gracias al Acuerdo de Libre Mercado logrado en 2014 entre la UE y el Gobierno moldavo, y no hacia Rusia.

La otra gran perjudicada (o beneficiada) con la guerra rusa podría ser Georgia, si bien por el momento no disfruta del estatuto otorgado de país candidato a Ucrania o Moldavia. Este Estado, independiente de la URSS desde el 9 de abril de 1991, con una población de poco más de tres millones y medio de habitantes y un PIB per cápita cercano a los cuatro mil dólares²⁸, solicitó también el 3 de marzo de 2022 su adhesión, si bien el 23 de junio de ese mismo año la respuesta del Consejo Europeo fue que debían estudiarse a fondo las propuestas de la Comisión sobre el Proceso de Asociación y Estabilización con este país. La guerra podría afectarle, pero por el momento parece que no de igual forma que a los otros dos Estados (o quizás sea su lejanía del suelo de la Unión lo que nos lleva a percibirlos diferentes).

La realidad de su pasado más inmediato contra el Gobierno soviético se remonta al año 2008 y a la guerra ruso-georgiana. Rusia invadió partes de Georgia hace catorce años y los militares rusos aún protegen Osetia del Sur y Abjasia, dos territorios secesionistas que se separaron de Georgia en la década de 1990 y luego se expandieron en 2008. Esto ha hecho que Rusia controle aproximadamente una quinta parte del territorio georgiano²⁹. Además, sus fronteras con países como Azerbaiyán, Rusia o

26. MONTECÉ GILER, Salomón Alejandro; MONTECÉ GILER Luis Alfredo y ALCÍVAR LÓPEZ, Natividad de Lourdes. 2022: «La invasión de Rusia a Ucrania y la reestructuración geopolítica estratégica global». Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, 2022.

27. KIÇMARI, Sabri. 2023: «Ultra-Nationalism as a Model of Continuation of the History». En History Continues. Singapore: Palgrave Macmillan, 35-85.

28. [En línea]. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/paises/georgia>

29. KINGSLEY, Patrick. 2022: «Ucrania le recuerda a Georgia su guerra con Rusia. Y eso ha creado un dilema». The New York Times [en línea], 23 de marzo de 2022, <https://www.nytimes.com/es/2022/03/23/espanol/rusia-ucrania-georgia.html> [5 enero 2023].

Armenia del Sur hacen todavía más complicada esta adhesión. ¿Tiene acaso este país un sentimiento de pertenencia europeo?

4. LOS CONFLICTOS POLÍTICOS EN EL SENO DE LA UE: LA PRIMERA PRIORIDAD QUE HAY QUE RESOLVER

A los problemas del avance (punto muerto) con los Estados balcánicos, a los que se suma la posibilidad de incluir a Ucrania o Moldavia en la familia comunitaria, se añaden los problemas existentes desde hace años en el seno de la propia UE.

El Brexit inició un camino tras su referéndum en el año 2016 que otros países comunitarios no vieron con malos ojos (aquellos gobernados por partidos políticos euroescépticos). Tengamos en cuenta que la Unión Europea es un OPNI (Objeto Político No Identificado) sin parangón alguno en el resto del mundo, donde los Estados siguen siendo soberanos y solo ceden parte de sus prerrogativas a las instituciones. Estas, principalmente en las esferas económicas y comerciales, dejan al margen la mayor parte de las decisiones en los ámbitos de Justicia e Interior³⁰ que siguen rigiéndose mayoritariamente por la cooperación intergubernamental.

En materia del desaparecido Tercer Pilar «PESC» (o PCSD: Política Común de Seguridad y Defensa) donde la figura del Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Común, aun siendo el embajador de la Unión Europea y encabezando el Servicio Europeo de Acción Exterior, debe responder a las demandas fijadas por el Consejo Europeo. Esta institución, recordemos que ostenta la mayor capacidad a nivel político en la UE (que no legislativa, de la que carece). Y no olvidemos quiénes integran el Consejo Europeo, aun ejerciendo la Comisión la figura del «Gobierno oficial de la UE». En este ámbito, probablemente el mayor avance alcanzado por la UE ha sido la creación de la Agencia Frontex, que salvaguarda nuestras fronteras exteriores³¹.

Al respecto y obviando el caso británico que dejó de formar parte de la familia comunitaria el 1 de febrero del año 2020, otros países como Polonia o Hungría muestran su clara oposición a las políticas comunitarias ante algunos temas, cuando menos, controvertidos. La Comisión Europea inició en diciembre de 2017 un procedimiento

30. Sí existen agencias descentralizadas en este ámbito, véase Europol, Frontex, Eurojust o Cepol, pero este antiguo tercer pilar sigue rigiéndose en su mayor parte por la cooperación interestatal. En asuntos de Justicia e Interior no todos los Estados de la UE avanzan al mismo nivel (cooperación reforzada-distintas velocidades), ya sea porque no quieren (Fiscalía Europea), o porque no pueden seguir el ritmo marcado (Chipre y el Sistema de Información Schengen).

31. «Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.º 1052/2013 y (UE) 2016/1624». Diario Oficial de la UE, 14 de noviembre de 2019, L 295/1, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2019/1896/oj>

contra Polonia en virtud del art. 7 del Tratado de la UE para dar una respuesta a los posibles riesgos que este país presentaba frente a la salvaguarda del Estado de derecho y de los valores que propugna la Unión. Decisión que fue respaldada por el Parlamento Europeo en marzo de 2018. Posteriormente, en cuanto a Hungría, el procedimiento en virtud del art. 7 se activó en septiembre de 2018. Ambos casos siguen sin resolver a día de hoy³².

El Parlamento fue más allá con estos dos países enviando delegaciones para evaluar sobre el terreno la posible vulneración de los derechos fundamentales y de la democracia. Se reunieron con representantes del poder judicial, del Gobierno y de la oposición, de la sociedad civil y con los medios de comunicación³³. Resumiendo, lo que pidieron a Varsovia y a Budapest fue (es) cumplir con la independencia judicial, medidas anticorrupción y garantizar la protección de la sociedad civil, sean del sexo que sean o profesen una u otra orientación sexual u opinión política.

En concreto, dentro del marco legal migratorio seguido por Hungría, cabe recordar la polémica ley probada en 2018, la «Ley Stop Soros»³⁴, donde se criminalizaba y se penaba hasta con un año de prisión a quienes ayudasen a los inmigrantes irregulares que entrasen al país. Hungría desafió a la UE negándose a acatar la sentencia del Tribunal de Justicia que declaraba la misma ilegal³⁵.

Al margen de su posible vinculación o no con Rusia, el líder húngaro Viktor Orban es acusado por las instancias comunitarias de corrupción y de influir en los procesos judiciales que afectan en esta materia relacionados con su Gobierno o con cualquier actividad ejercida por la Administración de Budapest. En cuanto a

32. Parlamento Europeo. 2022: «Propuesta de Resolución sobre las audiencias en curso en virtud del artículo 7, apartado 1, del TUE relativas a Polonia y Hungría B9-0263/2022, de 3 de mayo de 2022», https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0263_ES.html

33. Noticias del Parlamento Europeo. «Estado de derecho en Polonia y Hungría: la respuesta de la UE, a examen» | 04-04-2022 | Noticias | Parlamento Europeo. europarl.europa.eu [en línea], 31 de marzo de 2022, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/agenda/briefing/2022-04-04/6/estado-de-derecho-en-polonia-y-hungria-la-respuesta-de-la-ue-a-examen> [4 enero 2023].

34. Esta ley afectaba principalmente las obligaciones dimanadas por la Convención de Ginebra de 1951 respecto a la protección internacional y su Protocolo de Nueva York de 1967, a la vez que incumplía varias normas comunitarias: las Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE.

35. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2021. Comisión Europea contra Hungría. Recurso por incumplimiento — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política de asilo — Directivas 2013/32/UE y 2013/33/UE — Procedimiento de concesión de protección internacional — Motivos de inadmisibilidad — Conceptos de «tercer país seguro» y «primer país de asilo» — Asistencia prestada a los solicitantes de asilo — Tipificación penal — Prohibición de entrada en la zona fronteriza del Estado miembro de que se trate. Asunto C-821/19, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0821>

los Derechos Humanos, este país está en entredicho por sus políticas opuestas al colectivo LGTBIQ+³⁶.

Bruselas ha llegado a amenazar a Hungría con congelar 7.500 millones de euros de los fondos europeos de cohesión (2022) al considerar que ya no responde a lo que debe ser un país democrático. Ante estas advertencias, Varsovia sostiene a la cercana Hungría, incluso tras ser este país acusado de estar más del lado de Rusia que de Ucrania en la guerra que ambos países mantienen (recordemos que Polonia es el primer país que apoya a Ucrania frente a esta invasión), llegando a cuestionarse algunos líderes de la Unión Europea si no es Hungría un espía de Rusia en el seno de la Unión. Como sostiene el periodista húngaro Szabolcs Panyi «Budapest se está convirtiendo en el centro del espionaje ruso dentro de la Unión Europea», en declaraciones realizadas a la cadena alemana Deutsche Welle (2022). Entre otros motivos, este periodista sostiene que el apoyo de Hungría vendría por no ratificar las sanciones económicas de la UE a Rusia. Ante estas acusaciones de parte de la prensa de su país, el Gobierno de Orban se defiende alegando que ha formulado a su población una consulta nacional sobre este veto, como ya hicieran con los derechos del colectivo LGTBI. Ambos sondeos, sin fuerza legal del resultado obtenido.

Pero la problemática en estos asuntos no se limita a Hungría. Como ya se ha dicho anteriormente, Polonia y sus políticas consideradas para algunos como antidemocráticas también preocupan a Bruselas y al resto (a algunos) de los países de la UE. Primero, por su clara oposición al colectivo gay, llegando su dirigente Andrzej Duda a manifestar en el año 2020 en boca de su partido Ley y Justicia (PiS) que «el movimiento LGTB es algo importado del extranjero y representa un ataque directo contra la familia y los niños, siendo Polonia un espacio libre de LGTBI»³⁷. Si en el año 2015 el dirigente se servía del ataque a los valores de su nación usando a los inmigrantes llegados del conflicto sirio, cinco años después se valdría de este colectivo.

Pero tampoco sería justo calificar a este país de insolidario con las migraciones que fluctúan a lo largo y ancho de Europa. Polonia es el que más inmigración recibe de toda la UE. Solo hay una demanda inmutable por su parte: que los allegados no sean musulmanes. Una de cal y otra de arena. Antes de la guerra de Rusia y según el Informe Mundial sobre las Migraciones de 2020, Polonia emitió en 2019 724.000 permisos de residencia a inmigrantes. Esto supone un 25 % del total de permisos emitidos por

36. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José J. 2022: «La protección efectiva de los derechos civiles en el seno de la UE. El supuesto de los derechos LGTBIQ+ en el Grupo de Visegrado». Comillas Universidad Pontificia [en línea], abril de 2022, <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/58016> [7 enero 2023].

37. ASH, Lucy. 2020: «Qué son las ‘zonas libres de LGBT’ de Polonia, la polémica iniciativa que pretende acabar con la ‘ideología gay’ en el país europeo». BBC News Mundo [en línea], 23 de septiembre de 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54234202> [30 diciembre 2022].

los miembros de la UE. Los ucranianos fueron el grupo más numeroso de extranjeros recibidos, y eso que todavía no se encontraban en guerra³⁸.

Estas cifras se han visto disparadas tras la contienda militar, donde el ACNUR (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) ha contabilizado cerca de 12 millones de movimientos migratorios desde Ucrania en 2022, lo que supone cerca de 8 millones de personas desplazadas desde este país por toda Europa. Polonia ha sido de nuevo, como ya lo viniera haciendo en años anteriores, el país que más ucranianos ha acogido (cerca de 1,5 millones). Siguiendo su estela se encuentran otros países como Alemania, la República Checa, Italia y España. Aunque son la República Checa y Estonia los que, en proporción a la población, más protección temporal han dispensado a los desplazados: 39,9 por cada mil habitantes y 27,1, respectivamente. Llama la atención que cerca de 3 millones de los ucranianos exiliados, de acuerdo con lo estipulado por la OIM, hayan elegido precisamente Rusia como destino³⁹.

Sea como fuere la Unión Europea ha demostrado un claro compromiso con las políticas migratorias frente a Ucrania, cuestión que ha sido criticada otras veces en referencia a los nacionales que huyeron de países como Siria (2015) o Irak (2020) hacia suelo de la Unión y donde el reparto de refugiados, además de no cumplirse, no estuvo exento de polémica. Al parecer, la UE esta vez sí ha estado al nivel esperado y Polonia se ha situado a la cabeza de los países de acogida.

¿Se limita la problemática de la UE a Polonia y Hungría? Ni mucho menos. Los cambios de gobierno a favor de los partidos más conservadores en países como Dinamarca, Italia o las ya nombradas Hungría y Polonia no facilitan las políticas comunitarias migratorias (dejando a un lado el caso excepcional de Ucrania) ni su aplicación en los respectivos territorios nacionales. El caso danés ha sido duramente criticado tras haber llegado el año pasado a un acuerdo con terceros países, entre ellos Ruanda, como lo hiciera Reino Unido, para acoger a los solicitantes de protección internacional a cambio de dinero (en el caso británico, a cambio de 140 millones de euros). Si bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha paralizado tales acciones⁴⁰.

La victoria en Italia de la dirigente de extrema derecha Giorgia Meloni también parece suponer un quebradero de cabeza para la UE en este 2023. Las posturas que

38. SANCHIS ULL, Albert. 2021: «Polonia ya es el país de Europa que más inmigrantes acepta. Siempre que no sean musulmanes». Magnet - Internet y su Actualidad. Noticias y Novedades [en línea], 13 de enero de 2021, <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/polonia-pais-europa-que-inmigrantes-acepta-no-sean-musulmanes> [10 enero 2023].

39. RTVE. 2023: «El mapa de los refugiados de la guerra de Ucrania». RTVE.es [en línea], 5 de enero de 2023, <https://www.rtve.es/noticias/20230105/mapa-refugiados-guerra-ucrania/2297260.shtml> [10 enero 2023].

40. AFP. 2021: «Dinamarca aprueba una ley para enviar a los solicitantes de asilo a países fuera de la Unión Europea». EL PAÍS [en línea], 3 de junio de 2021, <https://elpais.com/internacional/2021-06-03/dinamarca-aprueba-una-ley-para-enviar-a-los-solicitantes-de-asilo-a-paises-fuera-de-la-union-europea.html> [1 enero 2023].

encabezan «Hermanos de Italia» son contrarias a las políticas migratorias (principalmente) de la UE y aboga por el incumplimiento en estas materias de los tratados suscritos por sus predecesores. Apuesta por una Unión Europea más limpia y con menos integrantes (inmigrantes), animando a algunos Estados a que abandonen la UE si no se sienten cómodos en ella o, en caso contrario, quizás sea la propia república italiana la que acabe acogiendo también al art. 50 del TUE⁴¹.

Aunque todos los países que integran la UE, en mayor o menor medida, supongan un problema para las Instancias Comunitarias, cuales hijos a sus padres en una familia muy numerosa, la mayor parte de ellos son afines al régimen aplicado por Bruselas y del cual ellos son parte integrante y determinante, no lo olvidemos. Pero si Italia, Hungría o Polonia suponen una piedra en el camino, lo habitual es que la situación acabe por apaciguarse, como ocurre siempre. ¿O serían capaces de seguir el camino de Reino Unido? Lo dudo mucho. Recordar de nuevo que las necesidades son las que crean las determinaciones que tomamos y la realidad es que Polonia, Italia o Dinamarca no serían lo que son sin la UE (igual que la Unión Europea tampoco lo sería sin ellos).

Por terminar este apartado de los «díscolos» de la UE no se podría hablar de Polonia y Hungría sin tratar el Grupo Visegrado⁴². A estos dos países harto citados se les suman la República Checa y Eslovaquia. En este último país, aun siendo uno de los que más desplazados acoge en proporción a su población, las encuestas nacionales demuestran que creen que el origen de la guerra viene de la mano de Occidente y de la OTAN, que no dejan de intimidar y provocar a Rusia⁴³.

El origen de la asociación de estos cuatro países para crear este grupo data del 15 de febrero de 1991. Si sus inicios hace ahora 30 años estaban centrados en la total desconexión de la URSS, con la entrada de los cuatro en la OTAN y, sobre todo, en la UE, veían así afianzadas sus consignas más pretenciosas. «El actual Gobierno polaco ve al Grupo Visegrado no solo como una plataforma de cooperación regional sino como un proyecto geopolítico y un centro de poder alternativo en la UE para desafiar al eje franco-alemán». Así lo plantea el profesor Szczerbiak, catedrático de Política y Estudios Europeos Contemporáneos de la Universidad de Sussex. La realidad es que muestran un bloque frente a Alemania e intentan ejercer de freno en la UE ante las políticas que

41. GENOVESE, Vincenzo. 2022: «La Unión Europea pendiente de las legislativas en Italia». Euronews [en línea], 22 de septiembre de 2022, <https://es.euronews.com/my-europe/2022/09/22/la-union-europea-pendiente-de-italia-y-de-una-posible-victoria-de-la-derecha-euroesceptica> [16 enero 2023].

42. NIETO FERNÁNDEZ, María Isabel. 2022: Europa geopolítica y defensa: los Tratados.

43. HUDEC, Michal. 2022: «Eslovaquia, el socio menos solidario con los refugiados ucranianos». euroefe.euractiv.es [en línea], 14 de diciembre de 2022, <https://euroefe.euractiv.es/sec-tion/las-capitales/news/eslovaquia-el-socio-menos-solidario-con-los-refugiados-ucranianos/> [9 enero 2023].

requieran de unanimidad o de mayorías cualificadas⁴⁴. Para otros, «no es más que una fuente inagotable y mutuamente influenciada de cuatro líderes políticos que abogan por el ultranacionalismo, que son euroescépticos y que no apoyan la inclusión social en sus territorios»⁴⁵.

5. CONCLUSIONES

Los retos a los que se enfrenta la UE no quedan al margen de la política internacional que marca la agenda estratégica de todos los países del mundo, ahora influenciada por la guerra Rusia-mundo occidental. A la crisis en Ucrania se suman los problemas internos y los derivados de la fatiga balcánica hacia el grupo de los 27, situación que países como Rusia o China no van a dejar escapar. El primero, dando pasos para volver a construir una Rusia unida y más poderosa, aunque con países independientes de ella, no como ocurriera antaño, aprovechando las reminiscencias que todavía mantienen con algunos dirigentes políticos exyugoslavos (como Serbia) e incluso de dentro de la UE (como Hungría); el segundo, porque solo entiende de expansión desde el prisma económico y, en ese ámbito, es difícil competir con el gigante asiático, incluso con el veto (encarecimiento) de Estados Unidos y de la UE a los productos procedentes de este país. Sea como fuere, la crisis provocada en Ucrania y los millones de desplazados que vagan por el mundo hacen que la política de la UE se haya vuelto todavía más complicada, queriendo contentar a todos en todo y teniendo que dejar para ello algunos logros económicos por el camino (crisis energética). La respuesta humanitaria, las sanciones económicas a Rusia y las amenazas veladas a los países que les apoyen (Bielorrusia) tendrán que verse todavía incrementadas con el órdago lanzado al Gobierno de Moscú ante la voluntad (impracticable) de incluir de manera inmediata a Ucrania y Moldavia en la UE.

Como no somos un solo Estado Federal cuya política exterior se unifica de forma unánime no queda otra opción que los medios pacificadores, acercando las posturas de los 27. Unos, más conservadores y con políticas más agresivas, como Italia, Dinamarca, Hungría, Eslovaquia o Polonia; otros, que siguen manteniendo la idea de una Unión Europea camino de la integración en todos los niveles, como Francia (siempre deseosa de contentar a los EE. UU.), Alemania (temerosa de aplicar las sanciones a Rusia ante la cuasi total dependencia del gas de este país y a sus probables represalias)

44. ADLER, Katya. 2018: «Qué es el Grupo de Visegrado, 'los chicos malos' que desafían a Francia y Alemania en la Unión Europea». BBC News Mundo [en línea], 2 de febrero de 2018. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-42879957> [3 enero 2023].

45. RODRÍGUEZ SUÁREZ, Pedro M. y GONZÁLEZ PÉREZ, Arely. 2020: «El Grupo de Visegrado en la Unión Europea del siglo XXI: euroescéptico, ultranacionalismo y exclusión social». Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM, 2020, 138.

o España (país siempre solícito a las demandas comunitarias). Por otro lado, quedan los países que siendo parte de la UE se mantienen al margen de ciertas políticas que no consideran trascendentales para sus fronteras interiores, como Portugal, Bélgica o Lituania. Este país báltico centra su preocupación en la cercanía con Bielorrusia y, por lo tanto, con un aliado de Rusia; otros, como algunos Estados nórdicos, no parte de los 27 pero sí del Espacio Schengen (Noruega e Islandia), que de momento parecen no inmutarse con las intrigas europeas más allá del apoyo incuestionable que el arco septentrional de Europa ofrece a los ucranianos.

Este es otro de los grandes retos que tiene pendiente la UE; integrar a los países que todavía no son parte del Espacio Schengen. Con la entrada de Croacia el 1 de enero de 2023 este país balcánico se ha dado por satisfecho, viéndose reconocido por los otros 22 que sí lo integran. Pero, a la par, Rumanía y Bulgaria (otros dos países que también han criticado duramente el papel activo que ha jugado Occidente en el conflicto bélico ruso) muestran su enfado ante la negativa de la Comisión de dejarles formar parte de la frontera interior única. Chipre, el otro damnificado en este ámbito, al menos verá cómo este año entra a formar parte del SIS (Sistema de Información Schengen)⁴⁶ siendo el único país de la UE que no participaba del mismo. Estas controversias entre los Estados miembro hacen que crezca la duda de si realmente en el «grupo selecto» de los Estados de la UE los hay de primera y de segunda categoría (e incluso de tercera).

Mirando este panorama, no podemos obviar la posibilidad de que, llegado el momento, se tuviese que aplicar la cláusula de solidaridad consagrada en el art. 222 TFUE ante una hipotética agresión rusa a algún país miembro. Confiemos en que no, pero, si llegase ese momento, ¿estaríamos todos los países de la UE a la altura de las circunstancias? Repito, pongamos nuestra fe y esperanza en que ese momento no llegue, o quizás vivamos una retirada poco honrosa (bajo un lema ambiguo de «no a la guerra») por parte de algunos de los países signatarios.

46. «Reglamento (UE) [2018/1726](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (EU-LISA), y por el que se modifican el Reglamento (CE) n.º 1987/2006 y la Decisión 2007/533/JAI del Consejo y se deroga el Reglamento (UE) n.º 1077/2011». DO L, 21.11.2018, 295: 99-137.

Ordenanza que protege a las abejas como agentes polinizadores y fortalecimiento de las actividades apícolas en el cantón Tulcán, Provincia del Carchi, Ecuador

Ordinance Protecting Bees as Pollinating Agents and Strengthening Beekeeping Activities in the Canton of Tulcán, Carchi Province, Ecuador

Marilyn Gabriela HERRERA JIMÉNEZ

Doctoranda de la Universidad de Vigo. Creatividad, Innovación Social y Sustentabilidad
Máster en Turismo del Interior y de Salud por la Universidad de Vigo
<https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8448-5062>
marilyn.herrera77@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Ecuador es el primer país del mundo en otorgar derechos a la Naturaleza o Pachamama, establecidos desde el 2008 en su Constitución Vigente, específicamente en el artículo 71; corresponde a las personas, grupos sociales, comunidades, pueblos y nacionalidades garantizar este derecho. La división político-administrativa del

Ecuador identifica su territorio por regiones, que contienen provincias y a su vez estas se subdividen en cantones. Uno de ellos localizado en el extremo norte, que limita con el vecino país de Colombia, es el cantón Tulcán, cuyos habitantes, amparados en la Carta Magna de la República del Ecuador, tomaron la iniciativa sostenible para proteger a las abejas como agentes polinizadores, planteando dentro de sus normativas jurídicas la primera ordenanza de esta categoría en el país. Esta propuesta fue generada desde la ciudadanía, un trabajo que reunió a instituciones públicas y privadas que, uniendo esfuerzos y dejando de lado intereses particulares, iniciaron un camino de aproximadamente trece meses, que trajo como resultado productivo la aprobación de la ordenanza que protege a las abejas como agentes polinizadores y el fortalecimiento de las actividades apícolas en el cantón Tulcán. El trabajo se inició desde el 7 de julio del 2021 y culminó el 3 de agosto del 2022, fecha en la que fue publicado en el órgano de difusión del Gobierno Nacional del Ecuador, con registro oficial n.º 432. La ordenanza es un instrumento jurídico que se encuentra subordinado a la Constitución y que permite normar las actividades para las cuales es propuesta. En el caso específico de la Ordenanza n.º 432, contiene temas relacionados con la protección de las Apis mellifera, que representan a otras especies de abejas y demás polinizadores; se encuentra dividida en siete capítulos dentro de los cuales se contemplan: derechos de las abejas, organismos responsables de su cuidado, responsabilidades de los apicultores y ciudadanía en general, prohibiciones, sanciones e infracciones. Es una herramienta jurídica base que permitirá acciones encaminadas hacia otros proyectos de carácter sostenible, fomentando un futuro verde para los habitantes del cantón Tulcán y que puede servir de modelo aplicable a otros cantones. El presente documento describe el proceso de cómo se llevó a cabo, incluyendo los capítulos que fueron contemplados.

2. ORDENANZA MUNICIPAL: CONSIDERACIONES INICIALES

La ordenanza municipal es una herramienta jurídica aprobada por los Concejos Municipales de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el Ecuador, que contiene normas de cumplimiento obligatorio por parte de los habitantes de la ciudad. Su objetivo es el de regular y controlar las actividades relacionadas con un tema específico, que tiene grado de control y aplicación obligatoria respecto al tema propuesto. Están amparadas por las leyes vigentes del país, se aprueban a través de la votación de los miembros del concejo municipal, pueden ser propuestas por ellos o por la ciudadanía en general y son generadas considerando las necesidades del territorio, en este caso, toma en cuenta una de las preocupaciones mundiales, el declive de las abejas.

En el cantón Tulcán, durante el 2022 se aprobó, con votación unánime en segundo debate, la ordenanza que protege a las abejas como agentes polinizadores y el fortalecimiento de las actividades apícolas en el cantón Tulcán. Surge como una iniciativa ciudadana, que se constituye como una base legal con enfoque sostenible para el

desarrollo de las actividades apícolas del cantón. Normativa que permite bienestar y protección para las Apis mellifera, principales protagonistas, además, beneficiará a otras abejas y a los demás polinizadores. Las abejas melíferas por su gran número en cada colmena, aproximadamente 20.000, son quienes representan la población beneficiaria de este derecho. Es responsabilidad de las generaciones presentes garantizar el mismo y la importancia que implica para la seguridad alimentaria de las futuras generaciones, tomando en consideración que, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, de 100 especies de los cultivos que proporcionan el 90 % de los alimentos de todo el mundo, el 71 % son polinizados por las abejas.

3. PROCESO DE LA ORDENANZA

La propuesta nació desde la iniciativa de cuatro organizaciones sociales: Unidades de Producción Sostenible, Asociación de apicultores de la Provincia del Carchi «Los Pastos», Federación Latinoamericana de Apiterapia y Colectivo Polinizadores. Los miembros de estas organizaciones, considerando el art. 71 de la Constitución vigente de la República del Ecuador, del 2008, donde se reconoce a la madre naturaleza o Pachamama como sujeto de derechos, deciden representar a las abejas no solamente por la función que cumplen en la naturaleza respecto al proceso de polinización con la consecuente generación de alimentos, sino más bien desde su derecho a la vida y a un espacio adecuado donde se garantice su supervivencia y la de otros polinizadores como los colibríes, murciélagos, moscas, etc.

Siguiendo el proceso, se propuso un borrador de ordenanza cuya fundamentación científica respecto a la función polinizadora de las abejas despertó el interés de instituciones locales y provinciales: Ministerio de Agricultura y Ganadería; Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica; Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Tulcán; apicultores particulares; Universidad Politécnica Estatal del Carchi, y Técnicos de la Dirección Ambiental del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Tulcán quienes aceptaron participar en su revisión, aportando con comentarios y sugerencias que fueron cumplidos y cuyo documento final fue presentado al organismo rector a nivel cantonal: Concejo Municipal. En el proceso se propuso, inicialmente, el uso de la silla vacía, mecanismo de participación ciudadana dispuesto en la Constitución de la República, que faculta a cualquier ciudadano a representar con voz y voto en asuntos de interés común en la sesión convocada por dicho Concejo. Debido a la falta de claridad en el proceso de participación, se decidió contactar a uno de los integrantes del Concejo Municipal, máximo organismo regulador del cantón, a quien se propuso la representación y cuyo contingente incrementó las posibilidades de éxito de esta propuesta, la cual fue mejorada con su acompañamiento y con la participación y continuo trabajo de los apicultores del cantón, Cuerpo de Bomberos y otros involucrados de

la sociedad civil, de la mano con los técnicos de la Dirección Ambiental del Gobierno Autónomo Descentralizado. Se generó un documento final, el cual se presentó al alcalde de la ciudad, máxima autoridad, quien, tomando en cuenta aspectos y dificultades técnicas, no dio paso al debate, sino que, más bien, la envió a la Comisión de Legislación y Fiscalización, responsable de reunir todos los apoyos necesarios para su socialización en el seno del concejo, en primer debate en la sesión ordinaria del 13 de julio del 2022. Allí se expuso el borrador, con los justificativos correspondientes, recogiendo observaciones de cumplimiento. Se presentó el documento para el segundo debate que tuvo lugar el 27 de julio del mismo año, fecha en la que la ordenanza fue aprobada por el Concejo Municipal del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Tulcán, por decisión unánime. Finalmente, el 3 de agosto del 2022, se procedió a su registro oficial cuya publicación tuvo lugar el 29 de agosto en el registro n.º 432, en la Gaceta Municipal y el dominio de la Web de la institución. Es un documento base para un ordenamiento territorial en este aspecto, el cual requiere de un reglamento para su operatividad. Es responsabilidad de los involucrados continuar con las acciones encaminadas hacia la protección de estas generosas campesinas.

4. ESTRUCTURA DE LA ORDENANZA

Para la fundamentación jurídica de la ordenanza, fue necesario considerar la Declaración Universal de los Derechos de los Animales; la Constitución de la República del Ecuador; el convenio sobre la diversidad biológica; el Plan de Acción para el 2018-2030 de la Iniciativa Internacional para la Conservación y la utilización Sostenible de los Polinizadores; el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; el Código Orgánico del Ambiente y su Reglamento. Así mismo, se resaltó la importancia de las abejas desde los aportes de la Royal Geographical Society of London y de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

Para que la ordenanza sea comprendida por aquellos que no se relacionan directamente con las actividades apícolas, en el capítulo I se plantearon varias definiciones como por ejemplo polinización, *Apis mellifera*, entomófila, entre otras. Se estableció el objeto, ámbito de aplicación y finalidades de la ordenanza, enfocada especialmente hacia la protección de las abejas melíferas, a través de actividades como educación ambiental, incentivo para apicultores, generación de investigaciones y propuestas sostenibles para sensibilización como apiturismo. En el Capítulo II, se resalta a las abejas como seres vivos y se proponen derechos que deben ser respetados, entre ellos, su cuidado responsable, garantizando un hábitat adecuado libre de todo tipo de contaminación. Fue necesario identificar a los responsables de la protección de las abejas, determinando en el Capítulo III, IV y V las funciones específicas para cada uno, comprometiendo principalmente al área responsable de la gestión ambiental a generar propuestas para su cumplimiento, involucrando al Cuerpo de Bomberos a participar

en la coordinación de acciones para el rescate de las abejas; a los apicultores para que, a través de los lineamientos establecidos en la ordenanza, puedan garantizar el bienestar de sus abejas y fortalecer sus actividades apícolas; y a la ciudadanía en general para que, cuando se identifique un enjambre, se respete la vida y se reporte inmediatamente a fin de que puedan ser reubicadas. Uno de los aspectos más importantes de la ordenanza considera las prohibiciones de cumplimiento obligatorio, estableciendo en el Capítulo VI infracciones leves, graves y muy graves cuando no se respete la ordenanza, siendo el trabajo comunitario sin remuneración la sanción que de no cumplirse tendrán una multa del 10 % del salario básico unificado. Finalmente se establecen las disposiciones transitorias donde se resalta la necesidad de socialización de la ordenanza en medios de comunicación y hacia la ciudadanía a través de la campaña «por la protección de abejas». Las disposiciones generales abren la posibilidad a suscribir convenios de cooperación con fines de capacitación y, como fundamental en el proceso, la contratación de un técnico especialista en apicultura que potencialice las actividades apícolas a través del seguimiento técnico y la propuesta de acciones encaminadas al fortalecimiento de esta actividad con la garantía de protección de las abejas melíferas. Como disposición final se decreta la vigencia y el cumplimiento. Una ordenanza integral que propone la protección de la vida.

5. CONCLUSIONES

La propuesta de la ordenanza nace de principios como el Sumak Kawsay que, desde la cosmovisión indígena, considera a la madre naturaleza como dadora de vida, además se complementa desde el reclamo de varios segmentos de la población en contra de la acelerada destrucción de la Naturaleza. En términos generales la ordenanza es un instrumento de organización que garantiza el derecho, en el caso específico el de los polinizadores, cuya población se encuentra disminuyendo considerablemente.

Análisis judicial del delito de prevaricación administrativa

Judicial Analysis of the Offence of Administrative Malfeasance

Ibiza MELIÁN

Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos

Profesora de EUTUR, centro adscrito a la ULL. España

ORCID: 0000-0001-7623-4354

ibizamelian@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo busca proporcionar una radiografía del delito de prevaricación administrativa (artículo 404 del Código Penal), uno de los tipos penales incardinados dentro de la corrupción que muy a menudo copan los titulares de los medios de comunicación, ya que cada vez es más frecuente poder leer alguna noticia en la que se informa acerca de que algún cargo electo de ámbito local ha sido inhabilitado. De manera que se trata de una investigación de relevancia teórica y sustantiva, dirigida a entender un mal cuya persistencia conduce a agrandar la brecha que separa a los administradores de los administrados.

Un análisis basado en un estudio de casos, sobre una muestra de cincuenta sentencias emitidas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y a partir de la observación de esos hechos se aspira a llegar a unas conclusiones concretas gracias a las inferencias realizadas, método de investigación que permite fácilmente su replicación.

La pregunta inicial que se plantea es saber cuáles son las Administraciones Públicas más afectadas por la prevaricación administrativa. Por tanto, la variable dependiente u objeto investigado es el delito de prevaricación administrativa. De ahí que en primer lugar se describa la naturaleza de dicho tipo delictual. En tanto la variable independiente o explicativa sería la clase de institución perjudicada: local, autonómica o estatal. La hipótesis que se intenta validar, en este supuesto explicativa, establece que esta infracción penal aqueja más a los ayuntamientos dado que existe una mayor facilidad para que se dé un uso arbitrario del poder. Por consiguiente, se aspira a demostrar que hay una correlación de causalidad entre las variables.

Empero, al supeditarse el fenómeno de la corrupción a relaciones causales múltiples, se examina asimismo en cuanto a las entidades locales su dimensión, es decir, su número de habitantes. Dato proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹, según la fecha en la que se produjeron los actos delictuales. De modo que haga viable percibir si el tamaño incide en la comisión de la transgresión normativa.

También se indaga el área administrativa en la que acaece el quebranto. O sea, si el suceso concierne a la contratación pública; al ámbito del régimen laboral (tramitación de expedientes, contratación); concesión de permisos y licencias; aprobación de subvenciones, con la intención de que sea factible detectar los campos en los que los controles son más laxos.

Y, por último, se presta atención al puesto de los sujetos activos, para conocer si la vulneración es más propia de políticos o funcionarios. Inclusive en el primer caso se determina, en la medida de lo posible, la adscripción al partido al que pertenecen, al objeto de verificar si determinadas organizaciones son más proclives a incurrir en desviaciones; información extraída del Ministerio de Política Territorial y Función Pública, acerca de las referencias de la conformación de «las listas electorales de las legislaturas municipales de 1979 a 2019»² y la «consulta de resultados electorales»³.

No obstante, estos últimos detalles se presentarán de forma general en las conclusiones. No pormenorizadamente por sentencia, para no menoscabar el derecho a la reinserción⁴ de los condenados. Lo que no obsta para que otro futuro investigador, a tenor de la específica identificación de las sentencias, pueda replicar el estudio y alcanzar iguales conclusiones que reafirmen la hipótesis general.

Visto que lo que presenta interés es el desenvolvimiento del tipo delictual en la práctica y no llegar a descifrar el nombre determinado de una persona, señalamiento

1. Instituto Nacional de Estadística (INE), <http://www.ine.es/> [19 febrero 2023].

2. «Base de datos de alcaldes y concejales. Elecciones 1979-2019. Datos sobre las listas electorales de las legislaturas municipales de 1979 a 2019». Ministerio de Política Territorial y Función Pública, https://mpt.gob.es/portal/politica-territorial/local/sistema_de_informacion_local_-SIL-/alcaldes_y_concejales.html [19 febrero 2023].

3. «Consulta de Resultados Electorales». Ministerio del Interior, <https://infoelectoral.interior.gob.es/opencms/es/elecciones-celebradas/resultados-electorales/> [19 febrero 2023].

4. Artículo 25.2 de la Constitución española.

directo que es utilizado en la arena política como arma arrojada contra el rival y contribuye a satisfacer el ansia tribal de linchamiento público. Mas impide que «los árboles nos dejen ver el bosque», como atestigua el siempre sabio refranero popular, puesto que adolece de trascendencia a la hora de averiguar las raíces del mal que cercena la credibilidad de las instituciones públicas y tampoco sirve para buscar soluciones.

2. ORIGEN DEL DELITO

El delito de prevaricación ya se encontraba contemplado en las Partidas, cuerpo jurídico elaborado en Castilla durante el siglo XIII⁵ y con vigencia hasta el siglo XIX. Con posterioridad fue recogido en los Códigos Penales de 1822, 1870, 1929 y 1930. En el de 1973 se tipificó en el artículo 358, cuyo tenor sancionaba, con «inhabilitación especial», al «funcionario público que, a sabiendas, dictare resolución injusta en asunto administrativo». Asimismo, castigaba también al «que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta». Con lo que se penaba tanto la prevaricación dolosa como la imprudente. Sin embargo, en el Código Penal actual solo se prevé la primera⁶.

No hay que olvidar que el dolo se da cuando el sujeto ejecuta la acción con plena conciencia de los distintos elementos que componen la conducta delictual y a pesar de eso decide realizarla. Mientras que la imprudencia surge cuando se infringe el exigible deber de cuidado. Se efectúa un acto peligroso y que provoca un desenlace previsible que se hubiese podido eludir si se hubiese procedido con la diligencia adecuada. En cambio, no implica el conocimiento y la voluntad propia del dolo. La conducta del sujeto carece de intencionalidad, aunque la ley lo culpa por vulnerar el «riesgo permitido»⁷, siempre y cuando así lo determine expresamente el Código Penal⁸.

5. STONE, M. 1992: «Desde «Las Siete Partidas» a los códigos civiles norteamericanos». En AIH. Actas XI. Centro Virtual Cervantes, http://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/11/aih_11_3_005.pdf [19 febrero 2023].

6. JUANES PECES, A. 1998: Diario La Ley, Sección Doctrina, Ref. D-242, tomo 5, Editorial LA LEY.

7. CARBONELL MATEU, J. C. et al. 2011: Módulo 2: «La antijuricidad (I). El hecho típico. Introducción a la teoría del delito». En J. C. Carbonell Mateu et al.: Derecho penal. Parte general. 2.ª ed. Barcelona: FUOC, 62-77.

8. Artículo 12 del Código Penal.

3. LA ARBITRARIEDAD INHERENTE A LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA

En el delito de prevaricación, recogido en el artículo 404 del Código Penal, se castiga «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Se proscribe por tanto el uso arbitrario del poder, tal como mandata el artículo 9.3 del texto constitucional español con el fin de garantizar el derecho fundamental de todo ciudadano a que se le aplique, ante idéntica situación, de igual manera la ley. Principio consagrado por el artículo 14 de la norma jurídica suprema.

El bien jurídico protegido se deriva de lo preceptuado en el artículo 103 de la Constitución española. En cuanto que la Administración Pública ha de servir con objetividad a los intereses generales y de manera análoga debe someterse a la Ley y al Derecho. Mientras que el artículo 106 de la Carta Magna faculta a los tribunales para conocer sobre los presuntos incumplimientos de dichos fines.

Así que «la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un estado social y democrático de derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas»⁹. Concluyentemente, se busca «el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando cualquier descrédito de esta que pudiera dañar la confianza que los ciudadanos pudieran tener en ella»¹⁰.

Pero el legislador no traspasa los límites del principio de intervención mínima característico del Derecho Penal, puesto que no se sule a la Jurisdicción Administrativa en su deber de controlar la actividad de la Administración Pública. Pues el delito de prevaricación no entra a valorar la mera ilegalidad de la actuación administrativa, sino que dicho comportamiento ha de ser además injusto y arbitrario. Ergo, se ciñe a castigar las conductas realizadas de modo consciente y que suponen un grave ataque «a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger»¹¹.

El sujeto activo, es decir, la persona que puede cometer el delito, ha de ser «autoridad o funcionario público», si bien tiene que poseer «facultades decisorias»¹². La con-

9. Sentencia del Tribunal Supremo 597/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 94370/2014), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz, Fundamento de Derecho segundo.

10. Sentencia del Tribunal Supremo 406/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 31 de marzo de 2004 (LA LEY 1013/2004), Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos, Fundamento de Derecho tercero.

11. Sentencia del Tribunal Supremo 648/2007, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de junio de 2007 (LA LEY 79301/2007), Magistrado Ponente: Joaquín Jiménez García, Fundamento de Derecho tercero.

12. Sentencia del Tribunal Supremo 704/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo de 2003 (LA LEY 12905/2003), Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar, Fundamento de Derecho quinto.

ducta penada cabe que sea activa u omisiva. «En aquellos supuestos especiales en los que la autoridad o funcionario esté imperativamente obligado a dictar una resolución, la omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión)»¹³. Así pues, la conducta descrita en el tipo penal «dictar una resolución arbitraria» se efectúa tanto «de manera positiva», o sea, si se dicta la resolución, como de forma negativa, a saber, si legalmente se tiene que responder y no se hace¹⁴.

Por otro lado, no hay que olvidar que la resolución se circunscribe, a tenor de la jurisprudencia y la doctrina, a

... todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos, de una parte, los actos políticos, y, de otra, los denominados actos de trámite (v. gr. los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva¹⁵.

De igual modo, quedan fuera «de tal consideración las disposiciones generales, las leyes y los reglamentos»¹⁶. Se excluye igualmente la «mera certificación administrativa»¹⁷, incluso los escritos de alegaciones¹⁸ o «el ejercicio de facultades jerárquicas plasmadas en una orden de un superior a su subordinado»¹⁹.

Si bien el acto administrativo puede efectuarse de manera escrita, cuando «resulte necesario», también vale la vía oral. Ya que «el concepto de resolución administrativa

13. Sentencia del Tribunal Supremo 647/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de abril de 2002 (LA LEY 5931/2002), Magistrado Ponente: Enrique Abad Fernández, Fundamento de Derecho segundo.

14. Sentencia del Tribunal Supremo 1382/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de julio de 2002 (LA LEY 378/2003), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García, Fundamento de Derecho segundo.

15. Sentencia del Tribunal Supremo 787/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de octubre de 2013 (LA LEY 170318/2013), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fundamento de Derecho quinto.

16. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de enero de 1998 (LA LEY 7341/2002), Magistrado Ponente: Carlos Granados Pérez, Fundamento de Derecho segundo.

17. Sentencia del Tribunal Supremo 1158/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 20 de junio de 2002 (LA LEY 1458/1998), Magistrado Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid, Fundamento de Derecho segundo.

18. Sentencia del Tribunal Supremo 2087/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 31 de enero de 2003 (LA LEY 12157/2003), Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos, Fundamento de Derecho segundo.

19. Sentencia del Tribunal Supremo 502/2012, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de junio de 2012 (LA LEY 89723/2012), Magistrado Ponente: Manuel Marchena Gómez, Fundamento de Derecho 3.

no está sujeto [...] a un rígido esquema formal»²⁰. Empero, para que la conducta sea calificada como típica, según el precepto penal, dicha resolución siempre ha de ser «arbitraria» y se debe dictar «a sabiendas de su injusticia». Y tal arbitrariedad se produce en el momento que se detecta una contradicción con el derecho y «lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley»²¹.

Y ese «plus» de injusticia y arbitrariedad es lo que admite la actuación de la jurisdicción penal y no la contencioso-administrativa. Lo que hace factible calificar los hechos de prevaricación y no la mera nulidad de pleno derecho del acto, con base en lo decretado por el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Precepto que considera ya nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas

... que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento; y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito.

En consecuencia, no es suficiente únicamente la «contradicción con el derecho»²² para utilizar la vía penal conforme al principio de intervención mínima. Hay que añadir el complemento de injusticia y arbitrariedad para poder pasar de la ilegalidad administrativa a la penal.

Y no hay que olvidar que

... se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, [...] se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo

20. Sentencia del Tribunal Supremo 597/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de julio de 2014 (LA LEY 94370/2014), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz, Fundamento de Derecho segundo.

21. Sentencia del Tribunal Supremo 600/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 3 de septiembre de 2014 (LA LEY 117235/2014), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García, Fundamento de Derecho segundo.

22. Sentencia del Tribunal Supremo 861/2008, Sala Segunda, de lo Penal, de 15 de diciembre de 2008 (LA LEY 226029/2008), Magistrado Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo, Fundamento de Derecho décimo segundo.

los elementos propios del dolo [...]. Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate «a sabiendas de su injusticia» permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga «dudas razonables» sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sanccionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual²³.

Hablamos de dolo directo cuando el sujeto actúa con un propósito determinado: persigue un resultado concreto y procede con el fin de conseguirlo. Sin embargo, en el dolo eventual el sujeto no se mueve en atención a un fin prefijado, ni sabe si ese resultado se producirá; no obstante, actúa y asume las posibles consecuencias que se produzcan, pese a ser consciente del hipotético riesgo. En tanto en la imprudencia espera que tal desenlace no acontezca, llega a intuir el riesgo, pero no lo reconoce como un peligro que pueda suceder de verdad y cree incluso que es capaz de evitarlo. De todas formas, en pro de sortear cualquier disparidad de apreciación jurídica, la imprudencia solo se castiga si así lo considera una norma dictada al efecto, a tenor de lo prescrito por el artículo 12 del Código Penal²⁴.

Así que para hablar de prevaricación

... será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho²⁵.

En cuanto a la autoría, tal como señala el tipo, el sujeto activo ha de ser «autoridad o funcionario público». Ergo, se trata de un delito especial propio, porque el sujeto debe poseer una cualidad especial para su comisión, lo que se califica jurídicamente como intraneus. Aunque también se podrá castigar a quienes no ostenten esa

23. Sentencia del Tribunal Supremo 411/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 6 de mayo de 2013 (LA LEY 47348/2013), Magistrado Ponente: Carlos Granados Pérez, Fundamento de Derecho primero.

24. CARBONELL MATEU, J. C. et al. 2011: Módulo 2: «La antijuricidad (I). El hecho típico. Introducción a la teoría del delito». En J. C. Carbonell Mateu et al.: Derecho penal. Parte general. 2.ª ed. Barcelona: FUOC, 62-77.

25. Sentencia del Tribunal Supremo 228/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 35108/2013), Magistrado Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Fundamento de Derecho décimo segundo.

condición fijada por el precepto, denominados extraneus. Así pues, el extraneus cabe que actúe a título de inductor, es decir, el que induce a la «autoridad o funcionario público» a cometer el delito. O bien como cooperador necesario²⁶, y

... existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine que non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho)²⁷.

Empero, al extraneus se le aplica una rebaja de la pena, conforme a lo estipulado por el artículo 65.3 del Código Penal, al no poseer la cualidad prevista por el tipo.

La doctrina ha admitido que la responsabilidad civil «sea una secuela» del delito de prevaricación, siempre que «el daño sea consecuencia inmediata y directa de la resolución injusta». No obstante, si entre la resolución y el daño

... se interpone una acción, normalmente ilícita, que es la que efectivamente lo provoca, la obligación de repararlo se le habrá de imputar al que realizó dicha acción, sin perjuicio de que el funcionario que dictó la resolución deba responder también civilmente en la medida en que dolosamente hubiese participado en el hecho materialmente productor del daño²⁸.

4. ANÁLISIS JUDICIAL

Para realizar el análisis judicial en torno al delito de prevaricación administrativa se ha atendido únicamente a las sentencias condenatorias emitidas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Porque solamente las sentencias firmes permiten apreciar con certeza el comportamiento delictual y extraer de ello inferencias concluyentes. Además de garantizarse así el derecho fundamental a la presunción de inocencia²⁹ que le asiste a todo ciudadano. Pues lo coherente sería retirárselo exclusivamente mediante resoluciones ante las que ya no quepa recurrir.

26. GILI PASCUAL, A. 2011: Módulo 3: «La antijuricidad (II). Autoría y participación». En J. C. Carbonell Mateu et al.: Derecho penal. Parte general. 2.^a ed. Barcelona: FUOC, 17-28.

27. Sentencia del Tribunal Supremo 575/2007, Sala Segunda, de lo Penal, de 9 de junio de 2007 (LA LEY 42114/2007), Magistrado Ponente: Carlos Granados Pérez, Fundamento de Derecho segundo.

28. Sentencia del Tribunal Supremo 2025/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 de octubre de 2001 (LA LEY 193592/2001), Magistrado Ponente: José Jiménez Villarejo, Fundamento de Derecho sexto.

29. Artículo 24.2 de la Constitución española.

Entre las sentencias más habituales está la del alcalde que se niega a convocar el pleno para debatir una moción de censura presentada contra él³⁰ o que bien lo dilata, retraso en algunos casos de hasta dos años³¹. Inclusive se ha dado el supuesto en el que el máximo regidor municipal ha impedido a alguno de los ediles votar con la intención de no perder³². De manera análoga cabe mencionar la coyuntura en la que se opone reiteradamente a tramitar la convocatoria «de una comisión de investigación» sobre «la situación económica-financiera» de la entidad local³³. Y de modo muy similar, a convocar plenos extraordinarios solicitados por la oposición al objeto de esclarecer presuntas irregularidades³⁴ o rechazar entregarles información³⁵.

Por otro lado, se muestra igualmente común la condena atinente a la contratación indebida de personal³⁶, que en ciertas ocasiones se circunscribe a sujetos afines al partido político del máximo regidor municipal³⁷ o con los que el responsable público guarda relación familiar³⁸. Asimismo, sobresalen los episodios en los que se designa caprichosamente a funcionarios para el desempeño de ciertos puestos de relevancia³⁹. También destacan aquellos lances en los que se privilegia a un trabajador sobre

30. Sentencia del Tribunal Supremo 2435/1993, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de octubre de 1993 (RJ 1993\7981), Magistrado Ponente: Luis Román Puerta Luis. Sentencia del Tribunal Supremo 784/1997, Sala Segunda, de lo Penal, de 2 de julio de 1997 (RJ 1997\5684), Magistrado Ponente: Carlos Granados Pérez. Sentencia del Tribunal Supremo 426/2000, Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de marzo de 2000 (RJ 2000\2223), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

31. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8609), Magistrado Ponente: Siro Francisco García Pérez.

32. Sentencia del Tribunal Supremo 965/1999, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de junio de 1999 (RJ 1999\5675), Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater. Sentencia del Tribunal Supremo 1951/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 24 de octubre de 2001 (RJ 2001\9247), Magistrado Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

33. Sentencia del Tribunal Supremo 1382/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de julio de 2002 (LA LEY 378/2003), Magistrado Ponente: Joaquín Jiménez García.

34. Sentencia del Tribunal Supremo 773/2008, Sala Segunda, de lo Penal, de 19 de noviembre de 2008 (LA LEY 189402/2008), Magistrado Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

35. Sentencia del Tribunal Supremo 1021/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de noviembre de 2013 (LA LEY 220706/2013), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

36. Sentencia del Tribunal Supremo 878/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de mayo de 2002 (LA LEY 4789/2002), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón. Sentencia del Tribunal Supremo 692/2016, Sala Segunda, de lo Penal, de 27 de julio de 2016 (RJ 2016\3932), Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar.

37. Sentencia del Tribunal Supremo 357/2012, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de mayo de 2012 (LA LEY 61547/2012), Magistrado Ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo.

38. Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de diciembre de 2003 (LA LEY 698/2003), Magistrado Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

39. Sentencia del Tribunal Supremo 485/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 14 de junio de 2002 (LA LEY 113442/2002), Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos.

el resto⁴⁰ por relación de parentesco propio⁴¹ o con algún compañero de formación⁴². O hasta en determinadas circunstancias se ha aprovechado de la inminente deposición en el cargo por una moción de censura para hacer fijos a los allegados⁴³. Sin olvidar cuando se contrata a alguien cercano que en verdad no va a realizar ninguna función para la Administración Pública⁴⁴.

En contraposición a la conducta de beneficiar a los aliados está la de intentar apartar al funcionario molesto. Desde conminar al secretario a que solicite el traslado voluntario a otro ayuntamiento por alegar supuestamente no poder «aguantar más sus abusos»⁴⁵. Hasta optar por reducirle sustancialmente el salario a la «secretaria-interventora» municipal para forzar con ello su marcha⁴⁶. O la de oponerse a abonar al secretario-interventor «las retribuciones que reclamaba»⁴⁷.

También se encuentran aquellos sujetos que pretenden deliberadamente saltarse la norma e imponer su criterio al declinar levantar «la suspensión preventiva de funciones» del jefe de policía municipal, motivada por la incoación de un «expediente disciplinario»⁴⁸. Inclusive los que aspiran a erigirse como jueces de la justicia popular y satisfacer el ansia punitiva tribal, para lo que se empeñan en «sancionar disciplinariamente» a un funcionario cuando no pueden⁴⁹.

Y no cabe dejar atrás en un buen relato de corrupción política y administrativa las sentencias que aluden a la espuria adjudicación de obras a empresas propias de

40. Sentencia del Tribunal Supremo 2125/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de enero de 2002 (RJ 2003\783), Magistrado Ponente: José Aparicio Calvo-Rubio.

41. Sentencia del Tribunal Supremo 224/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001\1237), Magistrado Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

42. Sentencia del Tribunal Supremo 2359/1993, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de enero de 1993 (RJ 1994\114), Magistrado Ponente: Ramón Montero Fernández-Cid.

43. Sentencia del Tribunal Supremo 2340/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de diciembre de 2001 (LA LEY 221828/2001), Magistrado Ponente: José Jiménez Villarejo.

44. Sentencia del Tribunal Supremo 18/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de enero de 2014 (LA LEY 3095/2014), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro

45. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 22 de noviembre de 1990 (LA LEY 13548-R/1991), Magistrado Ponente: Joaquín Delgado García.

46. Sentencia del Tribunal Supremo 648/2007, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de junio de 2007 (LA LEY 79301/2007), Magistrado Ponente: Joaquín Giménez García.

47. Sentencia del Tribunal Supremo 647/2002, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de abril de 2002 (LA LEY 5931/2002), Magistrado Ponente: Enrique Abad Fernández.

48. Sentencia del Tribunal Supremo 1880/1994, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 de octubre de 1994 (LA LEY 1958/1995), Magistrado Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

49. Sentencia del Tribunal Supremo 2358/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de enero de 2002 (LA LEY 2586/2002), Magistrado Ponente: Joaquín Delgado García.

los mandatarios⁵⁰ o a compañeros de partido⁵¹. Lo mismo que adjudicar contratos a empresarios ligados a su formación política⁵². O bien la concesión de «la confección y colocación de carteles en todas las obras públicas» a la empresa de algún amigo⁵³. Hay hasta quien le ha dado apariencia de subasta pública a lo que no es más que una adjudicación directa a una sociedad con la que ya se había pactado previamente⁵⁴. O peor aún, cuando se encargan a partidarios informes inútiles e innecesarios con el único objetivo de «distrar fondos»⁵⁵ o se paga por servicios que se sabe que nunca se hicieron⁵⁶.

Un tópico es igualmente fraccionar obras para que pasen por contratos menores⁵⁷ o el de un contrato escudándose en que era por una buena causa⁵⁸. O simplemente el realizar obras «sin tramitar» el correspondiente «expediente de contratación»⁵⁹. De igual modo se ha dado el supuesto de dividir una obra en expedientes de contratación distintos para beneficiar a una adjudicataria⁶⁰. Sin menospreciar el empecinamiento de un político en conceder un servicio en contra del criterio de la «Mesa de Contratación»⁶¹. O el de alcaldes que firman certificaciones de obra, pese a ser conocedores de que no se ha ejecutado⁶².

50. Sentencia del Tribunal Supremo 372/1998, Sala Segunda, de lo Penal, de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10329), Magistrado Ponente: José Antonio Marañón Chávarri.

51. Sentencia del Tribunal Supremo 343/2018, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de julio de 2018 (RJ 2018\2817), Magistrado Ponente: Antonio del Moral García.

52. Sentencia del Tribunal Supremo 606/2016, Sala Segunda, de lo Penal, de 7 de julio de 2016 (RJ 2016\3375), Magistrado Ponente: José Ramón Soriano Soriano.

53. Sentencia del Tribunal Supremo 406/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 31 de marzo de 2004 (RJ 2004\2815), Magistrado Ponente: Gregorio García Ancos.

54. Sentencia del Tribunal Supremo 627/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de junio de 2006 (RJ 2006\6295), Magistrado Ponente: Andrés Martínez Arrieta.

55. Sentencia del Tribunal Supremo 222/2010, Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de marzo de 2010 (LA LEY 27027/2010), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

56. Sentencia del Tribunal Supremo 891/2016, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6094), Magistrado Ponente: José Manuel Maza Martín.

57. Sentencia del Tribunal Supremo 1160/2011, Sala Segunda, de lo Penal, de 8 de noviembre de 2011 (LA LEY 231937/2011), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

58. Sentencia del Tribunal Supremo 259/2015, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de abril de 2015 (LA LEY 50342/2015), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

59. Sentencia del Tribunal Supremo 597/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 30 de julio de 2014 (RJ 2014\4173), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

60. Sentencia del Tribunal Supremo 229/2018, Sala Segunda, de lo Penal, de 17 de mayo de 2018 (RJ 2018\3012), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

61. Sentencia del Tribunal Supremo 743/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 11 de octubre de 2013 (LA LEY 155858/2013), Magistrado Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

62. Sentencia del Tribunal Supremo 729/2017, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de noviembre de 2017 (RJ 2017\4767), Magistrado Ponente: Pablo Llarrea Conde.

En este sentido resulta llamativo también el alcalde que ordena al secretario modificar el «contrato administrativo» suscrito con la adjudicataria de un centro de ta-lasoterapia municipal. Decisión en contradicción con lo estipulado en el «pliego de condiciones» y adoptada nada más que con la intención de beneficiarla⁶³.

Y es que a veces parece que la forma de gobernar de concretos primeros ediles se reduce a ejercer su puro capricho. Como el alcalde que se niega a firmar el certificado de empadronamiento solicitado por «un vecino con el que estaba enfrentado»⁶⁴. El que exime del abono de las tasas por concesión de licencia de obra menor a conce-jales del ayuntamiento y a familiares, o bien las reduce y acepta «obras mayores [...] sin aportar el proyecto de obra»⁶⁵. O el del máximo regidor que impide dar de baja del padrón municipal a un considerable número de altas producidas previamente a las elecciones, inscripciones que se intuían que se debían a un presunto «intento de fraude» electoral⁶⁶.

Entretanto otro clásico es el de obviar el mínimo rigor debido en la gestión del dinero público. Como el del primer edil que ordena la compra y pago de un terreno municipal a un precio muy superior que el valorado por la arquitecta municipal, casi cinco veces más que el tasado⁶⁷.

En otro lado se ubica el alcalde que dicta varios decretos para ordenar el pago de facturas del ayuntamiento, pese al «reparo de legalidad de la Intervención al no estar reconocidos los créditos y no existir consignación presupuestaria»⁶⁸. O el máximo regidor que decide abonar al «arquitecto municipal» los «honorarios» correspondientes a la realización y dirección de varios proyectos en la localidad, aunque había sido ad-vertido de la ilicitud⁶⁹.

En semejante línea de comportamiento se sitúa el concejal que resuelve aprobar unos gastos, si bien había sido informado por intervención de que no existía «consig-nación dentro del presupuesto municipal»⁷⁰. Idéntico caso omiso que hace el máximo

63. Sentencia del Tribunal Supremo 200/2018, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de abril de 2018 (RJ 2018\2692), Magistrado Ponente: Vicente Magro Servet.

64. Sentencia del Tribunal Supremo 674/1998, Sala Segunda, de lo Penal, de 9 de junio de 1998 (RJ 1998\5161), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

65. Sentencia del Tribunal Supremo 1343/2003, Sala Segunda, de lo Penal, de 20 de octubre de 2003 (LA LEY 450/2004), Magistrado Ponente: José Antonio Martín Pallín.

66. Sentencia del Tribunal Supremo 1093/2006, Sala Segunda, de lo Penal, de 18 de octubre de 2006 (LA LEY 145041/2006), Magistrado Ponente: Carlos Granados Pérez.

67. Sentencia del Tribunal Supremo 629/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5964), Magistrado Ponente: Perfecto Andrés Ibáñez.

68. Sentencia del Tribunal Supremo 114/2001, Sala Segunda, de lo Penal, de 29 de enero de 2001 (RJ 2001\379), Magistrado Ponente: Enrique Abad Fernández.

69. Sentencia del Tribunal Supremo 1223/2004, Sala Segunda, de lo Penal, de 21 de octubre de 2004 (LA LEY 93/2005), Magistrado Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

70. Sentencia del Tribunal Supremo 755/2007, Sala Segunda, de lo Penal, de 25 de septiem-bre de 2007 (LA LEY 139754/2007), Magistrado Ponente: Miguel Colmenero Menéndez Luarca.

regidor municipal que aprueba el pago de unas facturas concernientes al encargo de unos trabajos⁷¹.

Más flagrante se presenta la actitud del alcalde sin dedicación exclusiva que cobra elevadas cantidades por dietas, kilometraje, asistencias a plenos y comisiones, así como «indemnizaciones por desplazamientos a otros municipios [...] absolutamente desproporcionadas». Inclusive no pudo probar que algunos de tales gastos se hubiesen realizado. Se decretó igualmente que el máximo regidor percibiera un importe diario y no por asistencia efectiva a «órganos colegiados» como determinaba la normativa para cargos públicos sin dedicación exclusiva (artículo 13.6 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales). Se llegaron a sufragar las «ruedas», la reparación y mantenimiento de sus coches privados supuestamente utilizados para «viajes oficiales», los «seguros» de los mismos y hasta una «sanción de tráfico». El Tribunal valoró los hechos como «un plan perfectamente diseñado [...] con objeto de asegurar un determinado estándar de vida a costa del municipio»⁷².

En concordancia sobresale la actuación de un alcalde, concejala y secretario-interventor que retiran «de la Caja del ayuntamiento» distintos importes «de dinero en efectivo» a lo largo del tiempo, sin que se reflejara «en la contabilidad municipal». Asimismo, ambos cargos electos otorgaron multitud de préstamos a los vecinos del pueblo. Vecinos que casi siempre firmaban un recibí, donde aparecía su nombre y a veces la fecha en la que supuestamente se comprometían a devolver el dinero. «Disposiciones de la Caja de Tesorería» que no aparecían tampoco en la contabilidad del ayuntamiento⁷³.

También está el caso del primer edil que a instancias de uno de sus concejales pacta darlo de alta en la Seguridad Social en régimen de dedicación exclusiva, luego de perder su acta de parlamentario en el Congreso. Sin embargo, no desarrolló las actividades propias de este régimen. En poco más de tres años «solamente acudió al ayuntamiento de forma esporádica, en concreto a dieciocho Juntas de Gobierno, no perteneciendo a ninguna comisión»⁷⁴.

Empero, el delito de prevaricación no es propio solo de políticos y ayuntamientos, sino que también se presenta en otras instituciones. Como el profesor titular de Universidad que otorgó una calificación de sobresaliente a una alumna de Pedagogía sin que esta se presentara al examen. Tampoco había asistido nunca a sus clases ni entregado

71. Sentencia del Tribunal Supremo 815/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 24 de noviembre de 2014 (LA LEY 185839/2014), Magistrado Ponente: Julián Sánchez Melgar.

72. Sentencia del Tribunal Supremo 257/2005, Sala Segunda, de lo Penal, de 28 de febrero de 2005 (LA LEY 1229/2005), Magistrado Ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

73. Sentencia del Tribunal Supremo 506/2014, Sala Segunda, de lo Penal, de 4 de junio de 2014 (LA LEY 73505/2014), Magistrado Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

74. Sentencia del Tribunal Supremo 787/2013, Sala Segunda, de lo Penal, de 23 de octubre de 2013 (LA LEY 170318/2013), Magistrado Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

trabajo alguno, es más, «no la conocía». Actuación que exclusivamente realizó para complacer a una funcionaria que se lo había pedido⁷⁵.

5. CONCLUSIONES

Después del análisis judicial efectuado se detecta en algunos de los supuestos examinados que la prevaricación administrativa supuso el paso necesario para perpetrar otro delito de mayor calado⁷⁶. Entre ellos merece la pena resaltar la malversación de caudales públicos, prácticamente ya diluida penalmente. Por lo que resulta incoherente que algunos sectores pretendan restarle valor a la prevaricación administrativa como delito propio de la corrupción. Cuando además lesiona uno de los preceptos esenciales constitucionales, la proscripción de la arbitrariedad en el uso del poder.

Asimismo, dado que afecta mayormente a las corporaciones locales, afianza el añejo «clientelismo», mal que nutría al tan denostado caciquismo durante la Restauración, donde los caciques enarbolaban el lema de «para los enemigos la ley, para los amigos el favor»; donde el «expedienteo» o la «empleomanía» eran el deporte nacional; donde la ley tenía «dos caras: una muy severa y rígida, la que mira a los adversarios; otra muy bondadosa y placentera, la que mira a los adeptos», en palabras del jurista Gumersindo de Azcárate⁷⁷.

De modo muy parecido afirmaba el abogado Manuel Alonso Martínez, uno de los máximos impulsores del Código Civil de 1889, que «No hay nada más desigual en España que la lucha del elector con el gobierno; [...] por lo general pródigo y dadivoso con el elector amigo, mientras que es injusto y hasta cruel con el elector adversario»⁷⁸. Y es que tras la lectura de las diversas sentencias estudiadas pareciera que quizás no hemos cambiado demasiado.

Pues, de las cincuenta resoluciones judiciales analizadas, en cuarenta y una el hecho delictual fue perpetrado en ayuntamientos. Lo que supone un 82 %. Otras dos se circunscribían a diputaciones y una a un Consejo Insular. Otras tres se produjeron en gobiernos autonómicos. Finalmente, el resto incumbían a un consorcio público, a un organismo público de la Autoridad Portuaria y a una universidad pública. En

75. Sentencia del Tribunal Supremo 79/2017, Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de febrero de 2017 (RJ 2017\1035), Magistrado Ponente: Luciano Varela Castro.

76. Concurso medial regulado en el artículo 77 del Código Penal.

77. DE AZCÁRATE, G. 1931: El régimen parlamentario en la práctica. Madrid: Sobrinos de la Sucesora de M. Minuesa de los Ríos (Obra original publicada en 1885).

78. DARDÉ, C. «El recurso al fraude electoral». Arتهistoria, <https://www.arteהistoria.com/es/contexto/el-recurso-al-fraude-electoral> [19 febrero 2023].

consecuencia, se confirma la hipótesis, respecto a la prevaricación administrativa, de que son los ayuntamientos las instituciones más afectadas.

Del mismo modo, solo una de las cuarenta y una sentencias concernía a un ayuntamiento de más de 100 000 habitantes. Cuatro se produjeron en municipios de más de 50 000 residentes. Y otra en un municipio de entre 20 001 y 50 000 habitantes. El resto de las infracciones penales tuvieron lugar en ayuntamientos de menos de 20 000. De los cuales tres de esos consistorios no llegaban siquiera a los 1 000 residentes. Cuatro estaban en la horquilla de entre 1 001 a 2 000. En cambio, la dimensión más perjudicada atañe al intervalo de 2 001 a 5 000, al que conciernen trece resoluciones judiciales. Ocho se posicionan entre 5 001 y 10 000 habitantes. Y finalmente siete entre 10 000 y 20 000.

Conclusivamente, si el perfil de la prevaricación administrativa señala a los ayuntamientos, estos además son de reducido tamaño. De unas dimensiones inferiores a los 20 000 habitantes. A lo que se une que el sujeto activo característico es alcalde, cargo electo condenado en treinta y seis de las cincuenta sentencias, lo que supone un 72 %. Si bien en ocho de ellas también fueron hallados responsables concejales y en tres participaron en el hecho delictual funcionarios (arquitecto municipal, responsable de oficina técnica y secretario-interventor).

En las dos sentencias en las que se produjo el delito en diputaciones los condenados fueron presidentes de estas. En la del Consejo Insular se culpó a la consejera, secretaria y empresarios, pero todos estaban vinculados por la misma formación política. En una de las tres sentencias atinentes a gobiernos autonómicos los culpables mantenían igualmente una relación partidista. Entretanto, en las otras dos la responsabilidad se compartió entre políticos y funcionarios.

Por otra parte, del examen de la adscripción ideológica de los políticos condenados se desprende que su ideología no tuvo incidencia alguna, a causa de que los hay de un extremo ideológico al opuesto, desde formaciones nacionales a regionales y locales. Inclusive entre los partidos más grandes el número de condenados por cada uno es muy semejante. Por tanto, lo que predispone a la comisión de la acción corrupta es el ostentar un cargo ejecutivo y no el pensamiento político.

Empero, si la ideología no afecta, tampoco podemos hablar en puridad de que de las acciones se pudiese desencadenar tras las condenas un reproche social de cara a su electorado. Inacción debida a una mentalidad nacional en la que predomina «la corrupción inarmónica», caracterizada por el fuerte arraigo a la tribu en el que impera el colectivo por encima del individuo. Sociedad incapaz de asimilar el «imperativo categórico» kantiano, asumido por las naciones protestantes y no las católicas. Países católicos dominados por una mentalidad yesódica y no por la tiferética propia de los Estados del norte europeo. O sea, necesitados del reconocimiento del grupo para afianzar su personalidad dentro de él. De ahí que el aumento de penas privativas de libertad no tenga efecto disuasorio sobre el reo y no contribuya a su posterior

reinserción⁷⁹. Ya que con probabilidad tras el paso por la cárcel se sentirá una víctima del propio sistema, visto que lo único que hizo a sus ojos fue corresponder con su clan. Porque ya lo dice el refranero popular: «Es de bien nacidos ser agradecidos»⁸⁰.

Desde el responsable público que adjudica obras o servicios, prescindiendo del debido trámite legal, a compañeros de partido o amigos. Hasta en algunos supuestos con una espuria justificación ante la opinión pública, como la de un mayor beneficio para el municipio. En otras ocasiones la infracción se lleva a cabo presuntamente para no perder una subvención, para responder a las demandas de los vecinos o de los propios funcionarios, resarcir a víctimas o ayudar hipotéticamente a una pobre alumna. O aquel otro que contrata, nombra o deja fijas a personas afines. Mas también se usa el cargo para reforzar los lazos clientelares por medio de la concesión de ayudas económicas, reducción de las tasas a abonar, préstamos. En cambio, se ha de tener claro en un Estado de Derecho que el fin jamás justifica los medios por muy loable que este sea.

Así que para atajar el mal de la corrupción solamente existen dos caminos. El primero es reforzar el control de poderes, a veces resulta demasiado fácil subvertir las normas. Y el corolario de campos afectados son diversos, sin clara preeminencia de unos sobre otros. Dado que los beneficios de la reelección superan a los futuribles castigos. Lo que se intensifica con la figura del «alcalde fuerte», quien termina por identificar la ley con su capricho e impone su arbitrario criterio en contravención de las advertencias de los técnicos. Nuevamente una herencia del sustrato cultural español, aquí en concreto de la figura del «cirujano de hierro». Primeros ediles que ningunean la labor fiscalizadora de la oposición. O que intentan incluso eliminar a los funcionarios que se oponen a sus decisiones o beneficiar a los allegados. A lo que se añade la directa represión a los adversarios o a cualquier vecino hostil.

La otra vía que se ha de emprender para mermar las desviaciones pasa por la labor educativo-social. Empero, en la senda marcada por los krausistas para combatir la la-cra que corroía el sistema de la Restauración y que se centraba en promulgar la toma de conciencia del propio individuo sobre el devenir del conjunto. Sujeto que no ostenta exclusivamente derechos, sino también deberes. Tarea que comienza por la perfección personal. En suma, aspirar a ser y no parecer.

De lo contrario la única diferencia que se verá en las corruptelas varias españolas será las de las siglas de adscripción en cada etapa. Fases dependientes del cambio de ciclo político, cuando un nuevo grupo se hace con el poder ejecutivo. Lo que suele ir aparejado a un mayor enmarañamiento legislativo. En una nación que sufre ya de un

79. MELIÁN, I. 2018: «La corrupción inarmónica». Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas (RIPS), 2018, 17(2): 181-206, <https://revistas.usc.gal/index.php/rips/article/view/5207> [19 febrero 2022].

80. Refranero multilingüe. Centro Virtual Cervantes, <https://cvc.cervantes.es/lengua/refra-nero/ficha.aspx?Par=58755&Lng=0> [19 febrero 2023].

exceso de reglamentitis, con más de cien mil normas en vigor⁸¹. Y no hay que olvidar que el Banco Mundial relaciona una menor corrupción con la reducción del ordenamiento jurídico⁸². Axioma que ya fue sintetizado por Tácito, historiador romano que vivió a caballo entre el siglo I y II: «Cuánto más corrupto es el estado, más leyes tiene».

81. IBÁÑEZ GARCIA, I. y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. 2013: «¿Nos tomaremos algún día en serio la técnica legislativa?». ¿Hay Derecho?, <http://hayderecho.com/2013/11/08/nos-tomaremos-algun-dia-en-serio-la-tecnica-legislativa/> [19 febrero 2023].

82. USLANER, E. 2008: *Corruption, Inequality and the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 58-61.

ESTUDIOS

Regionalización y territorios: un análisis de la formación de consorcios municipales en Brasil para la gobernanza ambiental de recursos hídricos

Regionalization and Territories: An Analysis of Intercounty Consortiums' Formation in Brazil and Environmental Governance of Water Resources

Leonardo SIMÕES AGAPITO

Profesor de Derecho penal en la Universidade do Estado de Minas Gerais (Uemg-Ituiutaba, Brasil)

Doctor en Integración de América Latina (Prolam - USP). Máster y grado en Derecho (Unesp-Franca)

<https://orcid.org/0000-0002-8904-7766>

leoagapito@gmail.com

Recibido: 10/03/2023

Aceptado: 14/04/2023

Resumen

La Administración Pública en Brasil se descentralizó para los municipios a partir de la Constitución de 1988, de modo que son estos los responsables de las políticas de salud y protección ambiental desde directrices definidas por el Estado federal.

Abstract

The Brazilian Public Administration was decentralized to municipalities in 1988 by the new Constitutional model. By this, public health and environmental policies have only guidelines delimited by the federal government. This article proposes to analyze

El presente artículo se propone analizar la formación de consorcios municipales, como personas jurídicas especializadas, para llevar a cabo la gestión de recursos hídricos y la superación de los problemas comunes. En este sentido, ¿habría un mejor empleo de los recursos sin perder la representación democrática de los espacios? La hipótesis del artículo es que esto necesita ser observado desde la identidad territorial, de modo que la participación social no debe ocurrir sólo por consultas públicas, sino también por la regular participación de la población en los debates, planeamientos y ejecución de los servicios. El artículo está dividido en tres partes, en que se analizan el concepto de consorcios y su aplicación en la legislación brasileña; se realiza una revisión bibliográfica de experiencias de gestión de medio ambiente, específicamente la gobernanza de ríos, y, por fin, se presentan los conceptos de constitución de territorios y sus movimientos de territorialización democrática. Al final, el artículo propone algunas claves de lectura para la comprensión de la regionalización y su importancia para la preservación ambiental y para la autonomía comunitaria.

Palabras clave: consorcios; gestión hídrica; territorios; gobernanza ambiental.

the formation of intercounty consortiums as a way of managing resources and overthrowing common problems since specialized legal entities. In this sense, would there be a better use of resources without losing the democratic representation of spaces? The hypothesis of the article is that this instrument needs to be observed from the territorial identity so that social participation should not only occur through public consultations but also through the regular participation of the population in the debates, planning, and execution of the services. The article is divided into three parts, in which is presented the concept of consortiums and its application in Brazilian legislation are analyzed; a bibliographic review of environmental management experiences, specifically river governance, and, finally, a bibliographic review of the constitution of territories and their movements of democratic reterritorialization. In the end, the article proposes some reading keys for understanding regionalization and its importance for environmental protection and community autonomy.

Keywords: consortium; water governance; territories; environmental governance.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los consorcios en Brasil: legislación y sus propósitos. 3. Las experiencias de los consorcios en la gestión hídrica. 4. Los movimientos territoriales y las identidades. 5. Consideraciones finales. 6. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la naturaleza y la gestión de recursos naturales ocupa las agendas de políticas sostenibles y los principales foros internacionales por su rol en el desarrollo económico y social. En Brasil, la Constitución de 1988 ha provocado la descentralización de distintas materias, incluso la gestión de la salud pública y de los recursos naturales, en las manos de los municipios. La idea es que los municipios tendrían mejores condiciones para administrar los recursos con las particularidades

locales, como serían la esfera de la Administración más legítima para tomar decisiones por el control difuso del poder público por la población. En este sentido, los municipios más grandes se quedaron con recursos para pensar la urbanización y nuevos modelos de ciudad, pero los municipios pequeños no poseen los recursos técnicos y humanos para desarrollar innovaciones e inversiones estratégicas. Son ejemplos la adquisición de equipamientos y la construcción de estructuras que se quedan ociosos por la baja necesidad, aunque no sea inexistente para que no se haga un proyecto. Estos pequeños municipios se vuelven vulnerables a las malas intenciones de políticos estatales y federales, como congresistas y gobernadores que hacen grandes inversiones como forma de obtener la fidelidad del electorado local.

Observando las alternativas a este modo de hacer política, hay que pensar en formas de incrementar la autonomía de estos entes, sea para protección de sus intereses políticos, sea para librar a esta comunidad de manipulaciones con fines electorales. El presente artículo entonces tiene como presupuesto la regionalización (reunión de municipios) como modelo de incremento de su autonomía territorial y mejor gestión de los recursos desde intereses comunes. Mirando a las directivas de la salud, la regionalización es la flexibilización de la descentralización por municipios, de modo que los sistemas estatales son responsables de identificar los hospitales de referencia y capaces de realizar procedimientos de alta complejidad, garantizando que los pacientes de ciudades cercanas puedan utilizar estos servicios (Lei n. 8.080/90, artículo 17, IX). Esto sería la regionalización por empleo de inversiones estatales o «de arriba abajo». El problema es que los recursos son aplicados por otro ente (el Estado), que hace su gestión técnica sin consultas públicas, mirando solamente los datos. La falta de participación no es un problema per se, pero cambia ciudadanos en consumidores, agentes pasivos que no tienen el derecho de reflexionar sobre sus necesidades comunitarias concretas y no comprenden su rol en las transformaciones locales.

Por otro lado, la legislación brasileña permite la creación de consorcios entre personas jurídicas de derecho público en función de intereses comunes o de la gestión de problemas particulares. La formación de un consorcio entre municipios regionales puede permitir la construcción y el gerenciamiento de un hospital regional, la adquisición de equipamientos y compartir sus usos, de modo que no se harían inversiones en estructuras ociosas. Este modo de cooperación permite hasta la contratación de expertos para la prestación del servicio (recursos humanos), sin que su gerencia se vuelva menos accesible a los ciudadanos de cada ciudad o menos transparente. Las inversiones de cada municipio siguen siendo fiscalizadas por los instrumentos de control internos y externos de cuentas públicas. Las cámaras legislativas municipales y las secretarías municipales deben exigir informes del consorcio y rendir cuentas a los tribunales estatales de cuentas públicas y las fiscalías estatales.

Entonces, el problema que se plantea a este artículo es: ¿hay un mejor empleo de los recursos públicos sin pérdida de participación democrática por medio de los consorcios públicos? Por tanto, se utiliza el recorte de la gestión de recursos hídricos en Brasil por una doble razón. La primera es metodológica, se intenta producir un estudio

por medio de la revisión bibliográfica, de modo que existen distintos consorcios en Brasil sobre la gestión de ríos, por ser un modo de cerrar conflictos locales por un recurso estratégico. De este modo, hay diferentes fuentes para evaluar los posibles impactos de un consorcio. En segundo lugar, la gobernanza ambiental tiene parámetros de evaluación definidos desde el Acuerdo de Escazú, ratificado por Brasil, lo que permite la verificación de los impactos positivos y negativos de los consorcios. Por fin, la gobernanza de los recursos hídricos tiene impacto sobre el abastecimiento de espacios urbanos y rurales, el abastecimiento de comunidades y las actividades agrícolas, incluso con disputas entre pequeñas producciones familiares y el agronegocio.

Así, el artículo está dividido en tres partes. La primera presenta el concepto de consorcios en Brasil y su regulación federal. La segunda parte hace una compilación de experiencias de la gestión hídrica por consorcios y sus impactos, que fueron encontradas por la revisión de artículos encontrados por la herramienta Google Scholar buscando los términos en portugués «consórcios públicos» y «gestão hídrica». La tercera parte del artículo propone, con base en los datos obtenidos en la revisión bibliográfica y en las recomendaciones del Acuerdo de Escazú, una nueva mirada sobre el territorio y sus identidades regionales como clave para las reflexiones y las proposiciones al incremento de gobernanza democrática ambiental.

2. LOS CONSORCIOS EN BRASIL: LEGISLACIÓN Y SUS PROPÓSITOS

Los consorcios en Brasil están previstos en el art. 241 de la Constitución federal, que permite la formación de estos entes para la «gestión asociada de servicios públicos», con la transferencia de encargos y responsabilidades por estos servicios a partir de la colaboración por concesión de recursos (financieros, materiales, humanos e, incluso, datos). Esta previsión es regulada por la ley federal n. 11.107 de 2005, definiendo su naturaleza jurídica, sus requisitos y las medidas que los entes jurídicos de derecho público (como órganos y entes federados) pueden establecer para su formación, como expropiaciones de predios y tierras. La Ley n. 11.107/05, art. 6.º, también así define que el consorcio podrá tener personalidad jurídica de derecho público o privado, dependiendo del acto constitutivo, y que evidentemente debe observar la naturaleza de sus obligaciones otorgadas por los entes contratantes.

De acuerdo con DI PIETRO (2019, p. 710), el instituto fue «desvirtuado» por la Ley n. 11.107/05, que pasó a tratar el consorcio como una persona jurídica y no sólo como un contrato administrativo, un acuerdo de cooperación. Para la autora, el instituto ya estaba consagrado en la práctica de ajuste entre municipios y tendría una práctica muy variada en diferentes contextos (DI PIETRO, 2019, p. 711), en forma de sociedades civiles o comerciales. En verdad, la conclusión que la autora sugiere es que la previsión legal ha solucionado un problema que cada consorcio tendría en cuanto a

la administración de recursos y funciones, pero defiende que la mejor salida sería la creación de comisiones ejecutivas de administración y no la creación de otra personalidad. En estas comisiones, uno de los miembros podría tener la responsabilidad de administrar estos fondos (DI PIETRO, 2019, p. 1068).

Como explica la autora, el consorcio es una «gestión asociada», de modo que sería más común su empleo para materias listadas en el art. 23 de la Constitución federal, que trata de competencias comunes de los entes (Unión, estados y municipios) para legislar y custodiar (DI PIETRO, 2019, p. 1068). Es importante decir que sólo se pueden delegar aquellas competencias que le son propias y por supuesto dos o más municipios no podrían unirse para delegar una función de los estados, o dos estados delegar la función de la Unión. Sin embargo, los estados, hasta la Unión, pueden unirse a los consorcios municipales y delegar a estos entes sus propias funciones, lo que les permitiría disfrutar de la especialización de los agentes en las particularidades de la región correspondiente.

Con relación a esto, TORRES LÓPEZ (2003, pp. 1157-1158) entiende que el consorcio que abarca las competencias de diferentes niveles de administración territorial (en España, estatal, autonómico y local) permite la coordinación y la cooperación en torno a proyectos comunes, además de la optimización de los servicios prestados. Se trata, por tanto, de un doble movimiento: integración vertical (pacificación de una agenda común) y especialización (instrumento para promover la investigación y el desarrollo). Esta parece ser la solución a la problemática señalada por RIVERO ORTEGA (2020, pp. 89-90) en cuanto al conflicto entre la descentralización (y la incapacidad de desarrollar respuestas adecuadas a situaciones de crisis) y la planificación por la Administración centralizada (que no posee los datos adecuados para resolver las cuestiones concretas), careciendo la Administración justamente de mecanismos eficaces de cooperación, coordinación y colaboración.

De acuerdo con AMOEDO-SOUTO y CUTRÍN DOMÍNGUEZ (2019, p. 396), «las debilidades financieras endémicas» exigen soluciones de «autoprovisión administrativa» institucionalizadas (sociedades públicas locales, consorcios y mancomunidades) y no institucionalizadas (convenios de colaboración, encomiendas de gestión y encargos obligatorios). Así, el ordenamiento jurídico español prevé las mancomunidades, que serían como consorcios que sólo pueden firmar los municipios (ningún otro órgano podría participar, ni empresas privadas) (BARRERO RODRÍGUEZ, 2002, pp. 84-85). Esta delegación de funciones tampoco tiene una limitación de cuántas materias pueden ser delegadas. Aunque BARRERO RODRÍGUEZ (2002, pp. 86-88) presente ejemplos de intereses comunes que fueron delegados a las mancomunidades, como la reparación de carreteras rurales, hay también mancomunidades por intereses públicos compartidos, como el fomento de la cultura, la defensa del medio ambiente, la promoción de igualdad y el desarrollo del turismo (ibid., pp. 88-89).

En este sentido, las mancomunidades parecen tener una aplicación más amplia que los consorcios en Brasil, porque pueden adoptar objetivos más genéricos, como el «desarrollo económico y social» o «hacer la zona de El Temple reconocida en las

decisiones administrativas» (BARRERO RODRÍGUEZ, 2002, p. 90), que constituyen no un servicio público transferido, sino la propia función de conducir la agenda regional. Las conclusiones del texto apuntan a una aplicación alargada del instituto debido a la necesidad de mecanismos regionales de articulación política. De forma similar, al analizar el pacto local autonómico de la región de Murcia, que permitió la transferencia de distintas competencias a los municipios, LÓPEZ PELLICER (2003, p. 536) señala que durante mucho tiempo la descentralización fue considerada como la forma más adecuada para el régimen democrático pero se están observando movimientos de «descentralización intracomunitaria». En este sentido, no se trata solamente de una solución para problemas financieros, sino de la construcción de nuevas unidades territoriales que poseen una identificación entre sí más orgánica.

En su artículo sobre los consorcios municipales en Puerto Rico, LÓPEZ-RODRÍGUEZ (2021, p. 227) define estos consorcios como la compartición de responsabilidades de prestación de un servicio local entre actores de mismo estatus. Comentando la legislación brasileña, la autora enfatiza la importancia de los consorcios para garantizar la estabilidad frente a los cambios políticos de los entes (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2021, p. 228; en el mismo sentido, RIVERO ORTEGA, 2020). Así, los consorcios se adecuan a las demandas de descentralización como democratización de una «Nueva gestión pública», porque se dividen las competencias con otros actores más flexibles y especializados, de modo que muchos países pasarán a prever este instrumento en la década de ochenta (cómo España, Francia, Suecia, Alemania y Argentina), aunque otros tendrían experiencias de casi un siglo (cómo Brasil y Italia) (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2021, p. 228). Serían requisitos para garantizar la gobernabilidad por consorcios (I) la legitimidad política, (II) la efectividad del gobierno, (III) los mecanismos de transparencia, (IV) la institucionalidad (LÓPEZ-RODRÍGUEZ, 2021, p. 229, citando a SANTANA RABELL), de modo que se puede sintetizar en cuatro claves: representatividad, capacidad, comunicabilidad y oficialidad.

Sobre los intereses comunes, Trennepohl cita los consorcios para obtener una «concessão florestal» (concesión de un área de bosque) para la realización del manejo sostenible (TRENNEPOHL, 2019, p. 344). Los bosques que ocupan territorios de distintos municipios o estados pueden ser especialmente mantenidos por consorcios entre los entes, que formarían un órgano especial para actuar en casos de incendios o invasiones ilegales. Estos consorcios también tendrían la función de compartir sus costos y las informaciones para una manutención sostenible, de modo que los distintos entes pueden implementar programas de control y pesquisa sobre especies vegetales y animales nativas, hasta programas conjuntos de educación ambiental.

Sobre los intereses compartidos por los municipios, MATOS y DIAS (2011) presentan en su artículo la regulación brasileña de descarte de residuos sólidos, que debe observar directrices de responsabilidad ambiental establecidas por órganos nacionales, pero que son muy costosas para municipios pequeños. La creación de un sistema regional de descarte adecuado de residuos urbanos y de hospitales (residuos biológicos, químicos y radiactivos) depende de áreas de tratamiento, estructuras, equipamientos

y profesionales especializados, de modo que, de los 853 municipios del estado brasileño de Minas Gerais, los autores encontraron 372 involucrados en asociaciones, consorcios y comités regionales para la gestión de residuos (MATOS y DIAS, 2011, p. 508). Incluso, las sanciones administrativas y penales por el no cumplimiento ambiental llevaron a municipios a aportar cuotas para su adhesión a consorcios ya existentes (ibid., p. 511). Un escenario semejante fue apuntado por SUZUKI y GOMES (2009, p. 156) en el estado de Paraná, de modo que 58 sedes operacionales (establecidas por consorcios) atendían 377 municipios del estado, lo que representaba el 97,3 % de la población urbana del estado. Estas cifras son muy importantes, pues ambos artículos apuntan a un cambio a corto plazo por imposición de la legislación (una década de cambios legislativos ambientales).

De acuerdo con PELLIN, DALLABRIDA y CIOCE SAMPAIO (2014), en 2001, sólo 22 de los 293 municipios del estado de Santa Catarina depositaban residuos en terrenos adecuados. Una de las alternativas era la organización de grupos socioproductivos, de modo que distintos entes pasan a integrar el proceso en sus especialidades. Pero los municipios más pequeños, de organización reciente y con menos autonomía, no tienen cómo adecuarse a las exigencias que son impuestas por el proceso de descentralización de las agendas de políticas públicas, de modo que la cooperación por consorcios sería, en verdad, una solución en sentido contrario a la descentralización de la gestión pública (PELLIN, DALLABRIDA y CIOCE SAMPAIO, 2014, pp. 104-105).

Partiendo de esta comprensión, AGAPITO (2021a) presentó también los consorcios en Brasil como una solución para capacitar a los municipios en la recaudación de impuestos por tierras, especialmente en zonas rurales. En este sentido, la adquisición de equipamientos, como los vehículos aéreos no tripulados (VANT), y la contratación de expertos podría ser más costosa que la recaudación del impuesto (AGAPITO, 2021a, p. 243). Pero la formación de un consorcio para administrar los bienes y hacer la fiscalización permitiría un mejor control de las ocupaciones irregulares, las explotaciones ilegales y los conflictos por la tierra.

La especialización técnica de los consorcios también puede servir para cumplir con los nuevos estándares internacionales, ya sea en gestión, innovación tecnológica o incorporación de nuevas herramientas. IBARLOZA ARRIZABALAGA, MALLES FERNÁNDEZ y AZKUE IRIGOIEN (2015, p. 234), en su artículo sobre la gestión integral del ciclo del agua en el territorio de Gipuzkoa, explican que la legislación española, a partir de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, transpuesta a la legislación interna por la Ley 62/2003, ha comenzado a exigir una nueva forma de gestión más participativa, transparente y con nuevos mecanismos de rendición de cuentas. De esta manera, a partir del caso del territorio histórico de Gipuzkoa, los autores señalan cómo la formación de las Mancomunidades de Añabe y Txingudi y del Consorcio de Gipuzkoa ha crecido en adhesión por parte de los municipios entre 2005 y 2013, de tal manera que se ha podido observar (IBARLOZA ARRIZABALAGA, MALLES FERNÁNDEZ y AZKUE IRIGOIEN, 2015, pp. 240-241): a) una mejora en la transparencia y los mecanismos de rendición de cuentas (con nuevos documentos oficiales, recursos informativos

y la presentación de un plan hidrológico); b) mayores incentivos para la participación de la sociedad, así como un aumento en la conciencia sobre la sostenibilidad ambiental; c) la creación de nuevos mecanismos de control, como la tarificación por los servicios de agua; y d) una mejora en la calidad del control, mediante el uso de datos más refinados.

SILES CALVO, GUTIÉRREZ MONTES y BUTLER FLORA (2013) demuestran que los consorcios locales no son sólo la suma de recursos financieros, humanos y estratégicos, sino la posibilidad de compartir también capital cultural y social. Explorando los consorcios de Centroamérica, las autoras verificaron en las estrategias de preservación ambiental también (SILES CALVO, GUTIÉRREZ MONTES y BUTLER FLORA, 2013, p. 103): a) el fortalecimiento de saberes de redes de mujeres indígenas artesanas; b) la divulgación y valoración de saberes ancestrales sobre los recursos naturales; c) la promoción de un nuevo padrón de preservación ambiental. Los consorcios son así una oportunidad de formación de nuevas redes y la compartición de saberes entre los actores locales externos al poder público municipal, promoviendo la integración regional.

En este sentido, también AGAPITO (2021b) presentó la propuesta de integración local como forma de preservación de saberes y desarrollo social desde un modelo de ciudades MIL (Media and Information Literacy). Considerando que las inversiones para el desarrollo de un proyecto de modernización MIL serían muy altas para pequeñas ciudades lejos de grandes centros urbanos, la formación de consorcios podría crear estrategias para la compartición de experiencias locales, empoderando a los actores locales en sus innovaciones, como también la valoración del patrimonio local frente a la sociedad global de la información (AGAPITO, 2021b, pp. 143-145).

En síntesis, los consorcios son mecanismos de cooperación muy bien conocidos de los municipios para la solución de problemas complejos, sean problemas comunes, sean intereses compartidos, sea la necesidad de integración como camino para el desarrollo económico y social. Los consorcios poseen una vasta experiencia en materia de protección ambiental y pueden ofrecer estabilidad política en la regulación local. En el próximo apartado se analiza la cuestión hídrica y sus conflictos de interés en Brasil.

3. LAS EXPERIENCIAS DE LOS CONSORCIOS EN LA GESTIÓN HÍDRICA

La gestión hídrica es una competencia compartida entre los distintos entes. La Constitución brasileña establece que los lagos y los ríos que cruzan otros países o con ellos hacen frontera, como también las costas, son de competencia del Gobierno federal tutelar (art. 20 de la Constitución), como la competencia para legislar sobre el uso del agua, incluso sobre su potencial de producción de energía eléctrica (art. 21, XII, c, y art. 22, IV, de la Constitución). En este sentido, sólo la Unión puede tomar decisiones, por ejemplo, sobre la privatización de fuentes de agua y los derechos de acceso al agua.

Pero los artículos 23 y 24 de la Constitución definen la responsabilidad compartida con estados y municipios de regular sobre protección ambiental y los incentivos a la agricultura, de modo que estos agentes no pueden hacer una política más flexible, sino que pueden establecer requisitos más restrictivos del uso de agua en sus territorios. A su vez, los estados también son dueños de las aguas superficiales (ríos y lagos) y subterráneas que están en sus territorios (art. 26, I, de la Constitución), de modo que pueden determinar, por sus órganos, la fiscalización y las concesiones otorgadas a actores privados (conforme la legislación federal). Considerando este escenario legislativo, hay que analizar la legislación aplicable para, en un segundo momento, apuntar en qué consistiría el potencial de los consorcios municipales.

El Decreto n. 24.643, de 10 de julio de 1934, que estableció el Código de Aguas, definió la propiedad de las aguas, las aguas de uso común, las concesiones para uso y navegación e, incluso, las formas de expropiación de aguas particulares por interés público. En su art. 43, el Código de Aguas define que las concesiones de aguas públicas sólo pueden otorgarse por tiempo limitado, máximo de treinta años, pudiendo ser renovada por el ente que detenta su titularidad. El código también ofrece autoridad para que los entes públicos exijan la desocupación de aguas y las márgenes de lagos y ríos por interés público o por fuerza de ley, como por ejemplo la necesidad de garantía de áreas de llanura aluvial y seguridad pública.

La Ley n. 6.938/81 estableció la política nacional del medio ambiente, definiendo como uno de sus principios el uso racional del agua (art. 2.º, II), pero no definió políticas específicas en cuanto a su gestión. Esto sólo fue regulado por la Ley n. 9.433/97, que estableció seis instrumentos de articulación de la gestión de la política de recursos hídricos en Brasil, a saber (art. 5.º de la Ley n. 9.433/97): a) los planes de recursos hídricos; b) la clasificación de los cuerpos de agua por uso; c) el otorgamiento de los derechos de uso; d) la cobranza por el uso de recursos; e) la compensación a los municipios; f) el sistema de informaciones sobre recursos hídricos.

Los planes de recursos hídricos son planes directivos que deben ser establecidos por el ente responsable en cuanto a sus cuerpos de agua (ríos, lagos, fuentes, acuíferos y pozos). En este plano, hay que indicar (art. 7.º de la Ley n. 9.433/97): un diagnóstico de los recursos; un análisis de las tendencias de crecimiento poblacional y de las actividades regionales; un análisis de la disponibilidad de agua en los próximos años; metas de reducción del consumo; medidas para concretizar estas metas; las prioridades a condicionar los otorgamientos de uso de agua; directivas para las cobranzas por el uso; áreas de protección. El objetivo es que el ente responsable de cada cuerpo de agua tenga un plan a largo plazo (para que sea pensado de forma sostenible), pero que deba ser revisado periódicamente (sin que la ley defina sus plazos mínimos o máximos). Como los planes son definidos por el ente responsable, las competencias más importantes se quedaron con el Gobierno federal y los gobiernos estaduais. Por la complejidad de los estudios geológicos y los análisis exigidos, algunos estados han contratado empresas privadas para hacer dichos planes (SIRVINSKA, 2018, p. 329).

Los mismos entes que hacen los planes son autorizados (en los límites del plan publicado) a hacer los otorgamientos de derecho de uso, de modo que estas concesiones son realizadas por una agencia (cómo la Agência Nacional de Águas [ANA], órgano federal) o departamento, conforme regula el ente responsable. Estos departamentos lo hacen por criterios técnicos y en función del lobby de empresas y grandes productores rurales, pues no hay una previsión que exija la consulta pública de comunidades afectadas. Tampoco la legislación, que menciona la compensación a municipios afectados, define cómo esta deberá ocurrir, de modo que se queda sin aplicación.

La Ley n. 9.433/97 también estableció la creación de órganos especializados. Los Consejos de recursos hídricos de la Unión y de los Estados (y el Distrito Federal) son responsables de hacer la articulación de informaciones y órganos de administración de la política nacional de recursos hídricos. Son instancias con representación popular y toman decisiones sobre la revisión de la política de recursos y establecen las directrices para los planes de recursos hídricos. A su vez, los Comités de Cuencas hidrográficas son los órganos colegiados, también con representación popular (incluso de comunidades originarias que vivan en los territorios afectados), que son responsables de deliberar sobre los procedimientos administrativos por conflictos de intereses en cuanto a los recursos (como el cuestionamiento de autorizaciones), aprobar los planes de recursos hídricos, acompañar su aplicación y sugerir alteraciones, incluso en cuanto a mecanismos de cobranzas por el uso de concesiones de agua. Los consejos, los comités, las agencias de agua nacional o departamentos estatales y municipales de gestión hídrica son parte de un sistema nacional de gerenciamiento de los recursos hídricos. Pero la Ley n. 9.433/97 también establece la creación de un sistema nacional de información, con la finalidad de almacenar datos y hacerlos accesibles a los órganos del sistema de gerenciamiento y a la sociedad en general.

En este sentido, Abers et al. (2009) analizaron 14 comités de cuencas hidrográficas y 4 consorcios intermunicipales, en los que observaron una falta de representatividad popular en la composición de los comités, en su mayoría integrados por hombres blancos con titulaciones académicas (ABERS et al., 2009, p. 122), y una percepción más positiva sobre los consorcios que sobre la actuación de los comités (ibid., p. 129). Con esto, las autoras concluyeron que no se trata de una perspectiva sobre el poder ejercido por el órgano ni la posibilidad de actuación directa de la población en el órgano. Las dos principales hipótesis encontradas fueron (ibid., p. 129): a) los gobiernos colaborativos (como son los consorcios) tienden a ofrecer mejores datos de sus acciones; b) las políticas no dependen sólo de la buena voluntad de los agentes, sino también de la capacidad técnica de los gobiernos involucrados.

En su tesis, CASTELLANO (2007, p. 100) investigó el Consorcio Intermunicipal de las cuencas de los ríos Piracicaba, Capivari y Jundiáí, que engloban un territorio populoso y ocupado por muchas ciudades (63 municipios) e industrias de los sectores químicos, agroindustriales, textil, metalurgia y electrónica. El consorcio fue firmado por la escasez de agua en la región, que pasó a ser administrada con apoyo de órganos estatales y la sociedad civil y, posteriormente, también pasó a ser integrado por empresas

públicas y privadas (CASTELLANO, 2007, pp. 117-118). Este ofreció legitimidad a las intervenciones (ibid., p. 112) y también fue el órgano que hacía la distribución equitativa del recurso a los distintos municipios desde opiniones de especialistas y programas integrados de racionamiento y prevención de la contaminación (ibid., p. 120). El consorcio se volvió una gran oportunidad de cooperación técnica y desarrollo de iniciativas, como un laboratorio de buenas prácticas y de alcanzar colaboración internacional (especialmente por los intereses extranjeros en las industrias de la región).

Investigando el mismo consorcio, DEMAJOROVIC, CARUSO y JACOBI (2015) enfatizan la forma de cobranza por el uso como estímulo al uso racional, siguiendo el principio del contaminador-pagador del derecho ambiental. El Consorcio Intermunicipal de las cuencas de los ríos Piracicaba, Capivari y Jundiáí fue el responsable de formular un proyecto de cobranza que integrase los intereses de empresas, gobiernos y sociedad civil, desde un modelo basado en el diálogo interno del consorcio, de modo que el resultado final fue una tabla de costos distintos para los distintos usos (DEMAJOROVIC, CARUSO y JACOBI, 2015, p. 1198). La conclusión de los autores, entretanto, fue que los precios no eran suficientemente altos para cambiar el patrón de uso de grandes empresas (ibid., p. 1208).

Un escenario muy distinto es de los consorcios en el estado de Mato Grosso do Sul, que en 2014 contaba con 2 de los 37 consorcios de aguas de Brasil, según datos del Consejo Nacional de Recursos Hídricos, citados por JOIA, ANUNCIAÇÃO y PAIXÃO (2015, p. 344). Estos autores explican que la cuenca del río Aquidauana abastece a 16 municipios (con un perfil muy distinto de urbanización que la cuenca del Piracicaba, Capivari y Jundiáí), y también las actividades de pesca, turismo y ganadería (JOIA, ANUNCIAÇÃO y PAIXÃO, 2015, p. 344). El consorcio que atiende esa cuenca es el Consorcio Intermunicipal para o Desenvolvimento das Bacias dos Rios Miranda e Apa, que está compuesto por 24 municipios y se ha apuntado la distorsión del instrumento por intereses de los grandes productores de la región (fines políticos y uso del consorcio y del comité competente para articulaciones político-partidarias) (ibid., p. 356). De este modo, los autores consideran que sería necesaria una recomposición de los órganos regionales (comité y consorcio) para garantizar el cambio necesario en la gestión regional de aguas.

En su análisis del consorcio del río Itapicuru, en el estado de Bahia, Ribeiro observó la delegación sólo de las funciones ejecutivas, no deliberativas (RIBEIRO, 2006, p. 106), de modo que las decisiones se tomaban por el comité formado por 43 comisiones municipales y la asociación de usuarios (ibid., 111). En este sentido, el consorcio es un instrumento que se puede amoldar a distintos modelos de gestión participativa, sea para ofrecer representatividad, auxilio técnico o solo ejecutar decisiones de otros órganos. En este sentido, la mayor diferencia notada en la experiencia presentada por RIBEIRO (2006) para las demás es la existencia de distintas organizaciones sociales representativas, como comisiones municipales y movimientos sociales, debido al conflicto histórico por el agua en la región.

Se concluye que, en la legislación de recursos hídricos en Brasil, el consorcio puede ofrecer distintos auxilios (representativo, conciliador y técnico-ejecutivo), integrando los comités de las cuencas hidrográficas, sustituyendo las funciones de órganos de fiscalización o definiendo políticas más legítimas de cobranza por el uso, dependiendo de los intereses que se encuentren en disputa en este territorio y la forma como estos actores se encuentren preparados para tomar parte en las decisiones locales. En este sentido, el próximo tópico presenta un poco más de los conflictos brasileños por el agua para pensar nuevas posibilidades de solución y las limitaciones de los consorcios municipales.

4. LOS MOVIMIENTOS TERRITORIALES Y LAS IDENTIDADES

Los datos sobre conflictos rurales en Brasil son escasos. Las instituciones formales de control no ofrecen estadísticas ni informes sobre expropiaciones rurales, fraudes y ocupaciones irregulares de baldíos o asesinatos en el campo. La estadística más confiable sobre estos conflictos rurales es producida por la Comissão Pastoral da Terra (CPT), un órgano vinculado a la Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB, órgano de la Iglesia católica). De acuerdo con el último informe de los conflictos en el campo (TEIXEIRA y MONTEZUMA, 2022, p. 128), el 40 % de los conflictos por el agua en Brasil son fruto de la actuación de las grandes compañías mineras, con la destrucción o contaminación de cauces de aguas (ríos y lagos) en 128 casos (23 implicando comunidades indígenas). El mismo informe también lanza luces sobre la disminución del agua disponible: el 15,7 % de disminución de aguas superficiales en todo el país de 1985 a 2020; el impacto sobre los humedales brasileños (Pantanal) fue de una disminución del 74 % del volumen entre 1985 y 2020 (TEIXEIRA y MONTEZUMA, 2022, pp. 128-129).

Las actividades de producción de energía hidroeléctrica y la agroindustria también causan impactos sensibles sobre el agua disponible para las comunidades (TEIXEIRA y MONTEZUMA, 2022, p. 130). En especial, la agroindustria recibe concesiones por parte de las agencias o departamentos para hacer el uso de agua en su producción, pero lo hacen muchas veces con abuso (volumen excesivo), y, a su vez, contaminando los ríos con agrotóxicos y residuos de la actividad. Si el capital-intensivo es aquel que genera menos puestos de trabajo para una cantidad de inversión semejante a otras áreas que los producen más (TROCATE y COELHO, 2020, p. 32), la agroindustria se caracterizaría por ser un capital-intensivo (pocas plazas de trabajo generadas) con un alto coste ambiental para la cantidad de su producción.

En su análisis de los datos de la CPT, TEIXEIRA y MONTEZUMA (2022, p. 132) apuntan a una «expropiación de aguas legalizada», teniendo en consideración que de las 1.779 concesiones de uso concedidas por la Agência Nacional de Águas (ANA) entre 2010 y 2020 a la minería, ninguna tuvo su licencia revocada por no cumplir con normas

administrativas o por impactos ambientales dañosos. En este sentido, el problema no es sólo sobre la forma como ocurren las licencias, sino también la fiscalización y las revisiones de los términos técnicos frente a los impactos negativos. Hay un problema de gobernanza ambiental, de falta de adecuación al Acuerdo de Escazú y sus principios, especialmente de transparencia y equidad intergeneracional (CEPAL, 2018).

En ese contexto, los consorcios no son una solución mágica para ofrecer desburocratización o democratización frente el poder económico de las grandes organizaciones. Los consorcios pueden ofrecer la descentralización de la gestión de ANA mediante la participación de la unión o de la propia ANA en el consorcio, por medio de la delegación de competencia a un órgano también compuesto por actores locales. Pero, sin medios efectivos de integración de movimientos sociales y organizaciones civiles, la delegación puede generar lo inverso, la apropiación por élites locales de ríos de competencia de la unión. Un segundo punto es la participación de universidades e investigadores especialistas en gestión de recursos hídricos. Como presenta Walter (2010) en sus estudios sobre la minería en la Patagonia argentina, la participación de investigadores de la universidad local fue determinante para el diagnóstico de contaminación de los recursos hídricos locales. En este sentido, los académicos tienen un rol fundamental en producir investigaciones independientes dentro del consorcio, haciendo una función de disclaimer o de Ombudsman de los informes oficiales y datos producidos por el consorcio. Pero también hay un rol de educación (literacy) y concienciación (awareness) ambiental, en que la universidad debe ofrecer a la población formación ciudadana e incentivar la movilización social.

Por la descentralización de la administración de ríos (regulación, concesiones de uso y sus revisiones, fiscalización y aplicación de sanciones) de competencia federal y estadual para un consorcio local, se permite también la inclusión de nuevas pautas en esta gestión: entes regionales de turismo, asociaciones de grupos tradicionales y organizaciones culturales. Los ríos y los lagos representan para muchas comunidades tradicionales su más importante riqueza, sus costumbres y su fuente de subsistencia. Las comunidades formadas en las márgenes de cauces de agua los tienen como parte de su identidad, de todo lo que fueron y que aprendieron con esa fuente. A diferencia de los comités de gestión hídrica, los consorcios pueden privilegiar asuntos conforme la identidad regional ofreciendo a todas las comunidades (urbanas y tradicionales) la misma representatividad equitativa. En este sentido, se suman a la gestión técnica ambiental representantes de la identidad regional y de protección del paisaje local. En esta conformación, los saberes tradicionales y la preservación de modos de vida se articulan a los debates de forma efectiva para la construcción de un paradigma local del desarrollo sostenible. El diálogo intercultural no es sólo una forma de legitimación de las intervenciones (consenso), sino un modo de tomar decisiones más responsables.

Por fin, los consorcios pueden instituir mecanismos de intervención más efectivos. La descentralización de la gestión hídrica de las agencias y departamentos federal y estaduales garantiza que los actores locales pueden establecer rondas comunitarias y observatorios civiles en cuanto a las infracciones que se cometan contra los recursos

hídricos. La centralización de los órganos de control distancia a los ciudadanos de los canales de denuncia, de modo que los actores más afectados no siempre saben a quién recurrir en cuanto a las sospechas que tengan o las informaciones que reciben. En este sentido, los consorcios pueden establecer la articulación de órganos municipales, agentes ligados a asociaciones civiles y hasta la cooperación con las comunidades tradicionales, para que estas reciban entrenamientos y equipamiento para actuar en situaciones clave (como hacer fotos y grabaciones de vídeo, imponer multas y hacer comunicaciones por sistemas de información con precisión). Estas brigadas de actuación rápida pueden ser determinantes para la identificación de agentes infractores, desarrollar una inteligencia regulatoria preventiva y garantizar la contención efectiva de daños.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El presente artículo tuvo como pregunta inicial: ¿Habría un mejor empleo de los recursos por medio de consorcios municipales sin perder la representación democrática de los espacios? A esta pregunta, los ejemplos obtenidos en la segunda parte del artículo demostraron que la respuesta es no. En verdad, muchos consorcios se hacen como una forma de pacificación de los distintos ordenamientos ambientales municipales, garantizando a la industria, a la minería y a los agronegocios las concesiones necesarias, mientras la fiscalización es insuficiente. En este sentido, hay sólo un ejemplo en que el consorcio no tenía competencias deliberativas, porque la toma de decisiones ocurría en comisiones formadas por distintos grupos sociales anteriores al consorcio.

Pero los consorcios también pueden involucrar a otros actores, como las universidades, las secretarías de Turismo y otras organizaciones sociales que representen intereses no económicos sobre la cuenca hidrográfica, como cuestiones culturales, sociales e identitarias. Los consorcios pueden desarrollar programas locales de empoderamiento por medio de la educación popular y la concienciación, pueden establecer estructuras de participación voluntaria y hasta mecanismos de intervención rápida frente infracciones. En este sentido, la maleabilidad del instrumento permite que la gestión hídrica sea descentralizada del órgano federal (ANA) y los departamentos estaduales, pero el incremento de la gobernanza ambiental depende de la integración de actores locales distintos que actúen no para legitimar los intereses de las élites locales, sino para desarrollar una agenda de desarrollo sostenible desde los saberes ancestrales de la región y la técnica de actores responsables. Hay que pensar la integración comunitaria y una comunidad que no está al margen de sus ríos y lagos, sino hermanada a ellos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABERS, Rebecca Neaera; FORMIGA-JOHNSON, Rosa Maria; FRANK, Beate; KECK, Margaret Elizabeth y LEMOS, Maria Carmen. 2009: «Inclusão, deliberação e controle: três dimensões de democracia nos comitês e consórcios de bacias hidrográficas no Brasil». *Ambiente&Sociedade*, jan./jun. 2009, XII(1): 115-132, <https://doi.org/10.1590/S1414-753X2009000100009> [22 noviembre 2022].
- AGAPITO, Leonardo Simões. 2021a: «Compliance aplicado à administração pública direta: uma análise do recolhimento do ITR pelos municípios brasileiros». En Eduardo Saad-Diniz et al.: *Tax compliance e injustiça fiscal*. 1.ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 228-251.
- AGAPITO, Leonardo Simões. 2021b: «O desafio conceitual MIL para as cidades pequenas: proposições a partir do caso de Jaú, Brasil». *Word in science*, 2021b, 1(2): 137-150, DOI: 10.53362/t9586-7317-6775-s
- AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel. 2019: «El impacto de la ley 9/2017, de contrato del sector público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios». *Revista de Administración Pública*, sept./dic. 2019, 210: 393-432, DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.210.14> [18 abril 2023].
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. 2002: «Los conceptos de Mancomunidades y Consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 2002, 45:81-119, <http://hdl.handle.net/11441/44233> [22 noviembre 2022].
- CASTELLANO, Maria. 2007: *Relações entre poder público e sociedade na gestão de recursos hídricos: o caso do Consórcio Intermunicipal das Bacias hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiáí*. Tesis presentada al Programa de Pós-graduação em Ciências Ambientais. São Paulo: Universidade de São Paulo, <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-25042008-154207/en.php> [22 noviembre 2022].
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). 2018: *Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe*. Santiago: Nações Unidas, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43611/S1800493_pt.pdf [22 noviembre 2022].
- DEMAJOROVIC, Jacques; CARUSO, Carla y JACOBI, Pedro Roberto. 2015: «Cobrança do uso de água e comportamento dos usuários industriais na bacia hidrográfica do Piracicaba, Capivari e Jundiáí». *Revista de Administração pública*, set./out. 2015, 49(5): 1193-1214, <https://doi.org/10.1590/0034-7612137792> [22 noviembre 2022].
- DI PIETRO, Maria Sylvia. 2019: *Direito administrativo*. 32.ª ed., rev. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense.
- IBARLOZA ARRIZABALAGA, Ander; MALLES FERNÁNDEZ, Eduardo y AZKUE IRIGOIEN, Itziar. 2015: «La gestión del ciclo integral del agua: los costes, su recuperación y las buenas prácticas. El caso de Gipuzkoa». *REALA*, enero-junio, 2015, 3: 231-246, DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i3.10250> [17 abril 2023].
- JOIA, Paulo Roberto; ANUNCIAÇÃO, Vicentina Socorro da y PAIXÃO, Alfredo Aguirre da. 2018: «Implicações do uso e ocupação do solo para o planejamento e gestão ambiental da Bacia Hidrográfica do Rio Aquidauana, Mato Grosso do Sul». *Interações*, abr./jun. 2018, 19(2): 343-358, <https://doi.org/10.20435/inter.v19i2.1404> [22 noviembre 2022].
- LÓPEZ PELLICER, José Antonio. 2003: «Autonomía territorial y competencias municipales: el pacto local autonómico, con especial referencia a la región de Murcia». *Revista de Estudios*

- de la Administración Local, 2003, 291: 529-565, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118923> [18 abril 2023].
- LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Luz Mairym. 2021: «Los consorcios municipales y el desarrollo local en Puerto Rico». Revista del CLAD Reforma y Democracia, mar. 2021, 79: 223-252, <https://clad.org/documentacion/revista-clad/articulos-publicados/079-marzo-2021/> [22 noviembre 2022].
- MATOS, Fernanda y DIAS, Reinaldo. 2011: «A gestão de resíduos sólidos e a formação de consórcios intermunicipais». Revista em Agronegócios e Meio Ambiente, set./dez., 2011, 4(3): 501-519, <https://doi.org/10.17765/2176-9168.2011v4n3p%25p> [22 noviembre 2022].
- PELLIN, Valdir; DALLABRIDA, Ivan Sidney y CIOCE SAMPAIO, Carlos Alberto. «Sustentabilidad y gestión de consorcio entre municipios en el sur de Brasil». Revista Líder, 2014, 16(25): 93-125, <https://revistaliderchile.com/index.php/liderchile/article/view/68> [22 noviembre 2022].
- RIBEIRO, César Augusto Oliveira. 2006: Participação social e a gestão de recursos hídricos na Bahia: estudo de caso da bacia hidrográfica do rio Itapicuru. Dissertación presentada al Programa de Pós-Graduação em Administração. Salvador: UFBA, <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8836> [22 noviembre 2022].
- RIVERO ORTEGA, Ricardo. 2020: «Gobernanza anticipatoria y proactividad administrativa: las virtudes de la descentralización». Revista Vasca de la Administración Pública, sep./dic., 2020, 118: 83-97, DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.03> [18 abril 2023].
- SILES CALVO, Jackelline; GUTIÉRREZ MONTES, Isabel y BUTLER FLORA, Cornelia. 2013: «Acción colectiva de consorcios locales para la gobernanza ambiental: un análisis a partir de los capitales de la comunidad». Biocenosis, 2013, 27(1-2): 94-105. <https://repositorio.catie.ac.cr/handle/11554/9236>. [22 noviembre 2022].
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. 2018: Manual de Direito ambiental. 16.ed. São Paulo: Saraiva.
- SUZUKI, Juliana Akiko Noguchi y GOMES, João. 2009: «Consórcios intermunicipais para a destinação de RSU em aterros regionais: estudo prospectivo para os municípios no Estado do Paraná». Engenharia Sanitaria Ambiental, abr./jun. 2009, 14(2): 155-158, <https://doi.org/10.1590/S1413-41522009000200002> [22 noviembre 2022].
- TEIXEIRA, Maiana Maia y MONTEZUMA, Talita Furtado. 2022: «Mapeando os conflitos por água no Brasil: principais indicadores, sinais de alerta e ameaças para a defesa das águas como bens comuns». En Comissão Pastoral da Terra (CPT): Conflitos no campo: Brasil 2021. Goiânia: CPT, 126-137, <https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/6001-conflitos-no-campo-brasil-2021> [22 noviembre 2022].
- TORRES LÓPEZ, María Asunción. 2003: «El servicio público de abastecimiento de agua potable a varios municipios por una misma empresa municipal». Revista de Estudios de la Administración Local, 2003, 291: 1141-1166, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/118923> [18 abril 2023].
- TRENNEPOHL, Terence. 2019: Manual de direito ambiental. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva.
- WALTER, Mariana. 2010: «Proyectos mineros, nuevos derechos y respuestas ciudadanas en Argentina». En Gian Carlo Delgado-Ramos (coord.): *Ecología política de la minería en América Latina*. México D.F.: Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, 483-520.

Memoria democrática: la represión en la enseñanza

Democratic Memory: Repression in Education

Eduardo BARRETO MARTÍN

USAL, España

eduardobarretomartin@usal.es

Laura BOTE DÍAZ

USAL, España

laurabdiaz@usal.es

Ramón Brais FREIRE BRAÑA

USAL, España

braisfreire99@usal.es

Paula HERNÁNDEZ ELENA

USAL, España

id00756148@usal.es

María LOURO PÉREZ

USAL, España

marialp@usal.es

Elena NARRILLOS TORRES

USAL, España

elenanarrillos@usal.es

Begoña OLAIZOLA ZÁRRAGA

USAL, España

begolaizola@usal.es

Alejandra Inés VICARIO CALLEJA

USAL, España

alejandravicario@usal.es

Miembros de la Clínica Jurídica de Acción Social de la Facultad de Derecho

Recibido: 14/12/2022

Aceptado: 21/03/2023

Resumen

El presente artículo analiza la represión franquista en el ámbito educativo, concretamente en relación con los profesionales de centros

Abstract

This article analyses Franco's repression in the field of education, specifically in relation to professionals in educational centres

educativos vinculados a la Universidad de Salamanca. Nuestro estudio se basa en la investigación de los informes de depuración vinculados a la citada universidad en el periodo de la guerra civil española. Los resultados obtenidos permiten realizar una esquematización de las distintas características vinculadas a los represaliados. Hemos encontrado la existencia de un método generalizado que buscaba apartar de sus puestos laborales a los docentes no adeptos al régimen. Es destacable también que los procedimientos estudiados tienen como base un derecho penal de autor que negaba a sus víctimas la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: represión; franquismo; docencia; Universidad de Salamanca; derecho penal; guerra civil.

linked to the University of Salamanca. Our study is based on the investigation of the purge reports linked to the aforementioned university during the period of the Spanish Civil War. The results obtained allow us to outline the different characteristics linked to the reprisals. We have found the existence of a generalised method that sought to remove from their jobs teachers who were not sympathetic to the regime. It is also noteworthy that the procedures studied are based on a criminal law of perpetrators which denied their victims effective judicial protection.

Keywords: repression; Francoism; teaching; University of Salamanca; criminal law; civil war.

Sumario: 1. Introducción y contexto sobre memoria democrática. 2. La represión. 2.1. Especial referencia a la represión en la enseñanza. 3. Análisis de la investigación. 3.1. Sobre el contraste de los datos analizados con la base de datos de la Asociación Salamanca Memoria y Justicia. 3.2. Datos sociodemográficos. 3.3. Sobre la represión y consecuencias. 4. Conclusiones a las que se ha llegado valorando los datos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTO SOBRE MEMORIA DEMOCRÁTICA

Se entiende por memoria democrática en España el conjunto de acciones llevadas a cabo por los órganos de gobierno encaminadas a la búsqueda de la reparación de las víctimas de la Guerra Civil española y del régimen franquista que le sucedió. En el mismo sentido se pronuncia el Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España al considerar necesaria la memoria democrática y sus exigencias de verdad, justicia y reparación como un derecho de la ciudadanía, necesario para la conciliación de la población, así como un modo de garantía de no repetición de los crímenes del pasado reciente de nuestro país. Esta actitud en torno a la reivindicación de las víctimas surgió en nuestro país de la mano del movimiento memorialista a finales del siglo pasado, lográndose desde entonces numerosos avances en materia de reconocimiento, exhumaciones y reparaciones tanto a las víctimas como a sus familiares. Ahora bien, el mérito de todo esto debe reconocérsele a la iniciativa privada, esto es, al conjunto de asociaciones y demás entidades que han luchado y presionado contra el olvido que se impuso con la transición española.

Dentro de este conjunto de entidades que luchan por la recuperación de la memoria democrática en España engloba su labor la línea de Memoria Democrática de la Clínica Jurídica de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, la cual se presta al servicio de estas asociaciones para contribuir a la reparación de las víctimas de la guerra y la dictadura.

Este año el trabajo de la Clínica se ha centrado en la investigación de la represión ejercida durante la dictadura franquista a los miembros de la enseñanza, para lo cual nos hemos servido de la información contenida en el Archivo Histórico Provincial de Salamanca. La finalidad de este informe es aunar la documentación contenida en el Archivo relativa a aquellos miembros de la comunidad educativa que fueron represaliados por el régimen, con el ánimo de completar la base de datos de víctimas de la Asociación Salamanca Memoria y Justicia. Para ello, hemos elaborado en primer lugar un pequeño análisis bibliográfico sobre la represión ejercida durante toda la etapa franquista, a modo de resumen general y pasando a centrar el estudio en las modalidades de represión ejercidas por el régimen al personal docente en concreto. Una vez planteado el tema de investigación, como se puede ver en el propio informe, se ha procedido a la elaboración de un análisis comparativo que nos ha permitido establecer patrones de conducta, similitudes y diferencias en las formas de represión sufrida por los miembros de la enseñanza en la provincia de Salamanca; distinguiendo por profesión, edad, conducta imputable y condena.

Mediante esta labor hemos podido, por un lado, completar la información relativa a las víctimas que ya se encontraban a disposición de la Asociación Salamanca Memoria y Justicia y, por otro, ampliar la base gracias a la localización de nuevos nombres como consecuencia de la consulta de los documentos encontrados en el Archivo Histórico Provincial de Salamanca, sección Gobierno Civil.

2. LA REPRESIÓN

La represión franquista fue un largo proceso de violencia física, psicológica, económica y cultural que se inició durante la Guerra Civil española (1936-1939) y perduró hasta el fin del régimen franquista, con la muerte de Francisco Franco en noviembre de 1975.

Por represión entendemos la actividad institucional que se propone cohibir la acción colectiva y que persigue a personas u organizaciones que desafían al poder¹.

Con números tan espeluznantes como 30.000 desaparecidos, entre los que se estima que hubo 150.000 muertos; 500.000 internos en campos de concentración, unos 300.000 internos en prisiones durante la posguerra, miles de prisioneros de guerra y presos políticos que trabajaban forzosamente para obras públicas y reconstrucciones;

1. González Calleja, 2006, pp. 554-579.

decenas de miles empujados al exilio, por no hablar de la fuerte represión de género que se ejerció².

Desde el principio, la dictadura franquista realizó una masiva represión política, que debía ser «ejemplificante y aleccionadora»³. Es decir, su objetivo no solo era el castigo y la aniquilación del oponente, sino que iba más allá, quería sembrar el terror en la población para paralizarla y consolidar así la dictadura. Su objetivo era doble: por una parte, eliminar a los que se opusieran al régimen y, por otra, propagar el terror y el miedo entre la población para acabar con cualquier mínimo atisbo de oposición.

Una de las características principales de la represión franquista fue el uso indiscriminado de la tortura, de tal forma que fue calificado por algunos historiadores como un «estado general de tortura»⁴. Gracias a esta tortura indiscriminada y este estado continuo de terror en el que vivía la población española, lograron el mayor triunfo para el régimen: la despolitización forzada de la población española, convirtiéndose la política en un tema tabú sobre el que era peligroso conversar⁵.

También desde su inicio, la represión tuvo un carácter selectivo: dirigida contra los militares que no se sumaron a la sublevación; contra las autoridades políticas (gobernadores civiles, concejales, alcaldes, etc.); contra los líderes de organizaciones obreras y sindicales; personas destacadas de izquierdas, y determinados colectivos que suponían un peligro para el régimen, como los docentes, periodistas, etc. Muchos de ellos fueron ejecutados sin juicio previo o paseados durante las primeras semanas de la guerra civil, aunque las torturas y las humillaciones continuaron en las cárceles, centros de detención provisionales y en los campos de concentración, viéndose obligados a sobrevivir en unas condiciones lamentables caracterizadas por «la carestía, la enfermedad, el hacinamiento y la corrupción»⁶.

Su principal ejecutor fue el Ejército, aunque también fueron responsables grupos de falangistas, requetés o de voluntarios de derechas. Mientras tanto, la Iglesia católica no solo no denunció las bárbaras injusticias que se perpetraban, sino que las justificó calificándolas como «una cruzada por la religión, por la patria y por la civilización»⁷.

Podemos clasificar a la represión ejercida por el franquismo de la siguiente forma:

- Represión física: fusilamientos y asesinatos sin juicio previo, asesinatos extrajudiciales, los conocidos como «paseos», retención en campos de concentración, trabajos forzosos, malos tratos, tortura, mutilaciones, violaciones y humillaciones tales como rapaduras de pelo e ingestión de aceite de ricino.

2. Rodrigo, 2008, p. 27.

3. Saz, 2004, pp. 176-179.

4. Moreno Gómez, 2014, p. 246.

5. De Riquer, 2010, p. 177.

6. Oviedo Silva, 2020, p. 107.

7. Casanova, 2007, pp. 253-254.

- Represión administrativa y laboral: dirigida contra todos los funcionarios de la República, a través de un procedimiento de purga, calificado como depuración. Las sanciones eran encarcelamiento, traslado forzoso, suspensión de empleo y sueldo, inhabilitación y separación. Fue general y sistemática:
 - Se declararon nulas las sentencias de los juzgados y tribunales de todas las órdenes.
 - Se anularon asientos en el Registro de la Propiedad y anotaciones de nacimientos, fallecimientos y matrimonio en el Registro Civil de la República, llegando incluso a modificar nombres de niños y niñas.

En el sistema educativo, que es el objetivo principal de este informe, fue de gran intensidad. Abarcó desde la enseñanza primaria y secundaria hasta las universidades. Las instituciones de educaciones superior e investigación fueron desarticuladas y los contenidos educativos fueron revisados para adaptarlos a la ideología del régimen.

En el ámbito laboral, se realizó una depuración en todos los sectores productivos, lo que conllevó despidos e inhabilitaciones laborales y profesionales. Las organizaciones patronales creaban listas negras, cuyo objetivo era vetar a los sujetos para trabajar en las empresas privadas. En las profesiones liberales como médicos y abogados, esta depuración se realizó por parte de los colegios profesionales, que borraban de sus registros a la gente no deseada.

- Represión religiosa: la religión católica fue declarada la oficial del Estado y su doctrina como inspiración de la legislación. Se prohibieron las manifestaciones públicas de las demás religiones, quedando relegadas al ámbito privado.
- Represión económica: a través de multas, incautaciones de bienes y embargos de cuentas bancarias. La institución encargada era la Comisión Central de Bienes Incautados por el Estado y las comisiones provinciales de incautación, todo ello regulado en el Decreto del 10 de enero de 1937. Por otra parte, existía lo denominado «intervención del crédito», que permitía a las autoridades del régimen apropiarse de créditos propiedad de residentes en las zonas republicanas, en calidad de «compensación».

Estas sanciones se aplicaban a mayores de 14 años, dementes o afectados por algún tipo de enajenación mental e incluso con posterioridad a la muerte del condenado.

Sancionaba actos e ideas incluso anteriores al golpe de Estado, es decir, legales cuando se llevaron a cabo, violando así el principio de irretroactividad legal.

Por último, es preciso mencionar «las suscripciones patrióticas» que eran contribuciones en función de la situación económica del ciudadano. Estas no dejaban de ser obligatorias puesto que, si no se contribuía, se sancionaba con una multa, lo que además se publicaba en la prensa, para mayor humillación.

La Ley de Responsabilidades Políticas, que contemplaba así mismo como una de sus sanciones las multas y la confiscación de bienes de los condenados.

Posteriormente, en 1939 se aprobó la Ley de Incautación de Bienes y Antiguos Sindicatos Marxistas y Anarquistas que le otorgó en propiedad al FET y a las JONS⁸ todo el patrimonio de las organizaciones e instituciones opositoras al régimen. Las instalaciones de periódicos desarticulados pasaron a manos de la prensa del régimen y los edificios pasaron a convertirse en sedes de las instituciones franquistas.

- Represión cultural y lingüística: la censura impregnaba todos los sectores culturales (literatura, poesía, música, artes plásticas, cine y teatro), llegando hasta los medios de comunicación e incluso a la manipulación fotográfica. Fueron prohibidas obras de determinados autores, se realizó una depuración de libros «rojos» por parte del Servicio Nacional de Propaganda: los que estaban ya publicados sufrieron la censura y los que se iban a publicar debían pasarla previamente. Antes de su estreno, las obras de teatro debían ser autorizadas por la Junta de Censura de Obras Teatrales.

Por otra parte, se derogaron los Estatutos de Autonomía de Galicia, País Vasco y Cataluña y se persiguió de forma sistemática la lengua y cultura catalanas, vascas y gallegas, prohibiendo el uso público de las lenguas que no fuesen el castellano, única lengua oficial. Se suprimieron las entidades nacionalistas, se retiraron de la vía pública monumentos nacionalistas e incluso se castellanizaron la toponimia y los nombres de las calles, empresas y comercios.

La represión fue planeada de forma meticulosa sirviéndose de numerosos instrumentos judiciales, administrativos y políticos. En palabras del historiador Borja de Riquer fue «la continuación de la guerra por otros procedimientos»⁹. Estos instrumentos eran:

- Justicia de excepción: la principal herramienta de represión fue un sistema judicial totalmente dependiente y subordinado al gobierno («una justicia de excepción»)¹⁰. Gracias a la creación de las jurisdicciones especiales y a la preponderancia de la justicia militar, la que ejerció las medidas represivas más duras. El Ejército era «el principal brazo ejecutor de la política represiva»¹¹.
- Jurisdicciones especiales: la primera jurisdicción especial se creó con la promulgación de la Ley de Responsabilidades Políticas de 1939, la que sancionaba actos anteriores (y legales) a su promulgación, vulnerando de esta forma el principio de irretroactividad penal. Esta ley creó un Tribunal nacional de Responsabilidades

8. FET: Partido político único del régimen franquista; JONS: Las Juntas de Ofensiva Nacional-Sindicalista (JONS) fue un grupo fascista español existente entre 1931 y 1934, fecha en que se fusionó con el partido Falange Española.

9. De Riquer, 2010, p. 121.

10. Casanova, 2015, p. 60.

11. De Riquer, 2010, pp. 127; 132.

Políticas, formado por dos miembros del FET, dos miembros de las JONS, dos militares y dos magistrados.

Esta ley continuó la represión económica con la creación en 1937 de las comisiones provinciales de incautación.

La segunda jurisdicción especial se creó en 1940, mediante la promulgación de la Ley para la Represión de la Masonería y el Comunismo.

- Jurisdicción militar: aunque continuó dedicándose a los delitos de rebelión militar (que incluían las huelgas y manifestaciones), no solo juzgaba a militares, sino que se ocupaba también de juzgar a civiles opositores al régimen y fieles a la República.

Debido al desarrollo de la guerrilla antifranquista (conocidos como los «maquis»), se promulgó el Decreto-Ley para la Represión del Bandidaje y el Terrorismo en 1947, que justificó la «guerra sucia» de la Guardia Civil y el Ejército en los montes, cuyo momento álgido es conocido popularmente como el «Trieno del Terror» (1947-1949)¹².

Este decreto-ley establecía la pena de muerte para un conjunto de delitos políticos que eran juzgados en consejos de guerra sumarísimos. No solo se dirigía contra los maquis que detenían, sino también contra sus familias y todo aquel que les ayudase de alguna forma. En la mayoría de los casos eran fusilados sin juicio previo o se les aplicaba la «ley de fugas».

En ambas jurisdicciones, los acusados no tenían las mínimas garantías procesales: los consejos de guerra estaban compuestos por militantes, que no tenían formación jurídica en la mayoría de las ocasiones. Se celebraban de forma sumarísima, y en unos días, se instruía, se juzgaba, se condenaba y se ejecutaba. El condenado conocía los cargos en el momento del juicio, no podía recurrir la sentencia y ya durante la detención se violaban las garantías procesales siendo objeto de torturas y vejaciones por parte de la guardia civil, los militantes, las fuerzas paramilitares de la Falange y la policía. Las denuncias que eran alentadas por el régimen se convirtieron en la prueba principal en estos procesos, las cuales no se solían verificar y eran suficientes para condenar al acusado.

- Campos de concentración: debido a la gran cantidad de prisioneros opositores que se apresaban, el régimen tuvo que recurrir a los campos de concentración para repartirlos y clasificarlos. De esta forma, los soldados republicanos fueron aprovechados como mano de obra esclava. Se construyeron hasta 194 campos. En ellos, las Comisiones Clasificadoras decidían el destino de los presos: los «afectos» eran puestos en libertad; los «desafectos leves» y sin responsabilidades políticas, eran destinados a los batallones de trabajadores, y los «desafectos graves» iban a la cárcel y eran puestos a disposición de la Auditoría de Guerra, para ser juzgados por un tribunal militar, junto con los delincuentes corrientes.

12. Moreno Gómez, 2014, pp. 585-588.

El objetivo de estos no era solo la clasificación de los presos, sino su reeducación y subyugación¹³. Estos eran sometidos a un proceso de deshumanización y lavado de cerebro mediante torturas y vejaciones como el rapado a cero del pelo, la repetición continua de himnos y consignas patrióticas y la obligatoriedad de los actos religiosos.

- Batallones de trabajadores: como ya hemos mencionado en el apartado anterior, los presos clasificados como desafectos leves eran destinados a batallones de trabajadores con el fin de su explotación y esclavización.

Además de estos, en el año 1940 se crearon los Batallones Disciplinarios de Soldados Trabajadores, compuestos por jóvenes que estaban en edad de cumplir servicio militar, pero que eran clasificados como «desafectos».

Se ocupaban de la reconstrucción de edificios, realización de obras públicas, el trabajo en las minas o la construcción de nuevas obras, como el conocido y polémico Valle de Los Caídos. También se creó el Servicio de Colonias Penitenciarias Militarizadas dirigido a la construcción de obras hidráulicas.

En estos batallones, las condiciones de vida y trabajo eran realmente duras, por lo que muchos presos murieron durante su internamiento.

Por otra parte, existía el «Sistema de Redención de penas por el trabajo», lo que permitía reducir hasta un tercio de la condena y recibir una mínima retribución.

- Cárceles: las condiciones de vida en estas prisiones eran realmente miserables y, en la mayoría de los casos, mucho peores a las de los campos de concentración o batallones de trabajadores. Esto ocurría así porque a estas prisiones eran destinados los presos considerados más peligrosos, es decir, los «no recuperables». Su función no era solamente la de castigar, sino el lavado de cerebro y adoctrinamiento de los presos.

«La masificación, la miseria, la insalubridad, el hambre, el terror, el trabajo forzado y el adoctrinamiento religioso y político fueron los rasgos distintivos»¹⁴. Así, debido a estas extremas condiciones de vida, la tasa de mortandad en estas instituciones era muy alta: estudios parciales llevados a cabo en 24 provincias españolas estiman unos 7.600 muertos por hambre y enfermedades, datos que, si se extrapolan a toda España, darían una cifra de 20.000 muertos por este motivo en la posguerra¹⁵.

A esta miseria en la que vivían, hay que añadir la corrupción de los funcionarios e instituciones que se encargaban de su vigilancia.

En relación con esta cuestión, hay que destacar la existencia de otras víctimas, los niños robados del franquismo. Cuando estos nacían en las prisiones y cumplían

13. Casanova, 2015, pp. 63-64.

14. Lorenzo Rubio, 2020, pp. 145-146.

15. Rodríguez Teijeiro, 2015, pp. 641-666.

los 3 años, sin que existiesen otros familiares que pudiesen hacerse cargo de ellos, pasaban a ser «tutelados» por la Sección Femenina de la Falange, en concreto, por los Patronatos de Redención de Penas. Posteriormente, eran «adoptados» por familias que, desde el punto de vista del régimen, eran ejemplos de la ética y moral franquista. Incluso una ley de 1941 permitió la inscripción de niños huérfanos en el Registro Civil bajo un nuevo nombre, lo que facilitaba las adopciones irregulares.

Según el estudio de Ricard Vinyes, entre 1944 y 1945, el Patronato de San Pablo contabilizó 30.000 menores hijos de encarcelados y exiliados, a los que habría que añadir 12.000 tutelados por el Patronato de la Merced¹⁶.

- Medidas de control de la población: se exigían avales de autoridades civiles o religiosas, al igual que certificados de buena conducta, para poder hacer la mayor parte de las actividades, ocupar cargos e incluso cobrar la pensión. En los primeros momentos de la posguerra, la correspondencia postal fue censurada, para después ser intervenida aleatoriamente hasta 1948. Para la circulación por el territorio nacional, se necesitaban autorizaciones.
- Tribunal de Orden Público: en la segunda etapa del franquismo (1959-1975), para intentar lavar la imagen cara al exterior del régimen, se creó el Tribunal de Orden Público. En ese momento, año 1963, se había presentado la candidatura de España para el ingreso en la Comunidad Económica Europea.

La creación de este tribunal provocó la desarticulación del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo.

Aunque el TOP pasó a encargarse de los delitos «políticos» (huelgas, reuniones clandestinas y manifestaciones ilegales), los delitos más graves (terrorismo, actos violentos o actos contra el Ejército y la Guardia Civil) seguían siendo potestad de la jurisdicción militar.

- La Brigada Político Social: era la principal unidad policial que se encargaba de la lucha contra la oposición al régimen franquista. Estaba dentro de la Comisaría General de Orden Público, perteneciente al Cuerpo General de Policía, que dependía a su vez de la Dirección General de Seguridad y el Ministerio de Gobernación. Su nombre oficial era la Brigada de Investigación Social.

Recibió la asesoría de la Gestapo, del FBI y la CIA. Sus métodos eran: seguimientos, registros de viviendas, control de la correspondencia, escuchas telefónicas, incautación de bienes, detenciones indefinidas, infiltración de sus agentes en los grupos de oposición, pero sobre todo, y por lo que es realmente conocida, las torturas sistemáticas y brutales durante los interrogatorios para la obtención de confesiones, que en muchas ocasiones acababan con el fallecimiento de los presos al ser lanzados desde una ventana. Todo esto obviamente lo llevaban a cabo sin ningún tipo de garantía

16. Vinyes et al., 2002.

procesal y con total impunidad, amparados por los múltiples estados de excepción que se proclamaron y por la ausencia de control de sus actuaciones, ya que incluso los propios jueces del TOP estaban sometidos a su acción y bajo sus amenazas.

Sus torturadores más famosos y más sonados fueron los hermanos Creix, el comisario Roberto Conesa, el comisario Manzanos y Antonio González Pacheco, alias «Billy el Niño».

- Depuraciones: las primeras depuraciones se realizaron a través del Decreto de 5 de noviembre y el Decreto del 10 de diciembre de 1936. Sus dos objetivos eran el castigo de los opositores al régimen, mediante la privación de su trabajo; y, gracias a ello, proporcionar un puesto de trabajo a aquellos fieles al régimen.

El proceso comenzaba mediante un cuestionario que el funcionario debía cumplimentar acerca de sus actividades políticas y sindicales. Para verificar estas respuestas, el juez solicitaba informes de la Guardia Civil, la Falange, la parroquia correspondiente, etc. Si encontraba el más mínimo atisbo de culpabilidad, se incoaba el expediente y se suspendía provisionalmente de empleo y sueldo. Posteriormente, un tribunal decidía si era readmitido o se le imponía una sanción: separación definitiva del servicio, inhabilitación, etc. Esta sanción tenía que ser confirmada por la máxima autoridad competente, que en la mayoría de los casos era el gobernador civil de la provincia.

La mayoría de los puestos vacantes en organismos públicos eran reservados para los fieles al régimen, familiares de combatientes del bando franquista, etc. Para acceder a estas vacantes, se exigía la presentación de «certificados de buena conducta», expedidos por la FET, las JONS y el cura de la parroquia correspondiente.

Como ya mencionamos, las profesionales liberales también sufrieron depuraciones. En este caso eran los propios colegios profesionales los que eliminaban de sus registros los nombres de los condenados.

El de los periodistas fue un sector bastante amenazado. Se creó un Tribunal de admisión en la Asociación de Prensa y el Registro Oficial de Periodistas, en el que era necesario estar inscrito para poder ejercer la profesión. Además, se creó la Escuela Oficial de Periodismo, en la que obtenías un título sin el que no se podía ejercer.

Los maestros y profesores, junto con los ya mencionados periodistas, sufrieron una depuración mucho más intensa y exhaustiva. Se estima que se incoaron más de 60.000 expedientes de maestros nacionales, de los que un 26 % acabaron con algún tipo de sanción; unos 6.000 maestros perdieron su empleo, otros 6.000 sufrieron sanciones temporales o de otro tipo (como la jubilación forzosa o la postergación en el escalafón) y otros 6.000 sufrieron traslados forzosos. En cuanto al profesorado de Enseñanza Media fue sancionado un porcentaje similar al de los maestros, un 24 %, aunque en los catedráticos de universidad el porcentaje fue mayor, el 32 %¹⁷.

17. De Riquer, 2010, pp. 147-148.

2.1. Especial referencia a la represión en la enseñanza

La subversión franquista fue una subversión contra todos los valores que representaban la cultura moderna. Las instituciones republicanas estaban trabajando por un cambio radical en el estudio de las artes, la ciencia y la política fomentando el racionalismo educativo y el espíritu crítico¹⁸. Sin embargo, el franquismo acabó con este sueño utilizando para ello una metódica represión, siendo el sistema educativo y sus profesionales uno de sus principales objetivos.

La depuración franquista del profesorado tenía como objetivo la destrucción del trabajo educativo republicano basado en los valores y principios de la educación liberal representada por la Escuela Nueva: organización democrática, coeducación, innovación pedagógica, laicismo y supresión de las escuelas dirigidas por la Iglesia, etc.; y así imponer las bases para el nuevo Estado autoritario, antidemocrático y antiliberal, que pretendía una enseñanza confesional, patriótica y reaccionaria¹⁹. Y los docentes, por lo tanto, debían estar en consonancia con este giro ideológico educativo.

No obstante, para el régimen franquista el personal docente era el responsable «de la corrupción de la juventud y el envenenamiento del alma española»²⁰. Fue un aparato cruel y deshumanizador que consiguió el doble objetivo ya mencionado anteriormente: por una parte, el castigo y, por otra parte, la prevención, usando el castigo de forma ejemplificadora para el resto de la población.

2.1.1. El proceso depurador

El proceso depurador de los docentes se inició desde 1936 y se establece su fin en 1943, aunque existieron revisiones hasta 1966.

Las normas franquistas que permitieron la depuración de la enseñanza fueron:

- La Orden de 28 de agosto de 1936.
- La Circular de 19 de septiembre de 1936.
- La Orden de 10 de noviembre de 1936.
- El Decreto de 11 noviembre de 1936 por el que se crearon las comisiones depuradoras de instrucción pública. Había cuatro tipologías de comisiones:
 - La A, para profesorado universitario.
 - La B, para las Escuelas Técnicas.
 - La C, para el profesorado de segunda enseñanza y profesional.
 - La D, para los maestros (magisterio primario).

Las A y B eran generales para todo el territorio franquista. Las C y D eran provinciales.

18. Baldó, 2011, pp. 31-51.

19. Negrín, 2006.

20. Baldó, 2011.

- La Circular de 7 diciembre de 1936.
- La Orden de 17 febrero de 1937.
- La Ley de Depuración de Funcionarios Públicos de 10 de febrero de 1939.
- La Orden de 10 de febrero de 1939, por la que la Comisión A se eliminaba y se sustituía por 4 jueces que se ocupaban de las universidades del territorio republicano; además, creó una nueva Comisión Dictaminadora, a la que las comisiones y los jueces le remitían los expedientes y las propuestas de sanción.
- La Orden de 18 marzo 1939.

En un primer momento, se ocuparon de la depuración los rectores universitarios y gobernadores civiles de la zona franquista, creando comisiones en todos los niveles educativos de sus distritos. Posteriormente, el proceso se centralizó y se crearon organismos específicos con plenos poderes: primero, encargándose la Comisión de Cultura y Enseñanza y desde 1938, cuando se creó, paso a manos del Ministerio de Educación Nacional.

El proceso que se seguía era el siguiente: primero se le imponía la separación del servicio a todos los profesores. Los que desearan seguir trabajando estaban obligados a presentar una instancia manifestando que querían continuar y una declaración jurada en la que contestaban a un cuestionario sobre sus actitudes profesionales y políticas. Posteriormente, la comisión depuradora abría el expediente y solicitaba un informe de cada docente a la Guardia Civil, al cura, al alcalde y un representante de los padres de alumnos. La comisión podía sobreseer el expediente o presentar por escrito los cargos que estimaba necesarios. El docente tenía diez días para contestar por escrito a los cargos y presentar las pruebas a su favor. La comisión volvía a analizar el expediente y proponía una resolución.

El expediente se remitía a la comisión nacional, que volvía a valorarlo y proponía una propuesta de resolución que era remitida al ministerio, para la decisión final. Esta se comunicaba a la Comisión Superior Dictaminadora y, a su vez, esta comisión la remitía a los presidentes de las comisiones provinciales para que la publicaran en el Boletín Oficial de cada provincia.

En un primer momento, estas resoluciones no se podían recurrir, al no existir la jurisprudencia ni órgano jurídico para ello. No obstante, gracias a la Orden de 11 de marzo de 1938 se creó la Oficina Técnico-Administrativa ante la que se podía solicitar una revisión del expediente, sin embargo, este era un proceso lento y la mayoría de las ocasiones ineficaz. Según los datos, del Estudio de Olegario Negrín de 2006, basado en un documento que contiene el registro ministerial de los expedientes de depuración de los profesores de Institutos de Segunda enseñanza de España²¹, se presentaron 72 recursos, número que representa solo el 5,6 % de los expedientes abiertos en toda España a docentes de Institutos de Segunda Enseñanza, un porcentaje muy pequeño.

21. Negrín, 2006.

De los 72 recursos, 25 fueron desestimados, en 34 se les redujo la pena y a 13 de ellos se les indultó.

Los cargos más graves eran el haber pertenecido a partidos de izquierda o a la masonería, la irreligiosidad, la conducta privada inmoral y la implantación de técnicas pedagógicas innovadoras²².

Por otra parte, los tipos de sanción previstos, que además se podían acumular, eran:

- Separación definitiva.
- Jubilación forzosa (si llevaban más de 20 años de servicio).
- Suspensión temporal de empleo y sueldo: de un mes a dos años.
- Traslado.
- Postergación en el escalafón.
- Inhabilitación para cargos directivos y de confianza.
- Cambio de servicio por otros análogos.

Sin embargo, la represión docente no solo incluía la depuración, sino que, como el resto de la población, muchos fueron ingresados en prisión, sufrieron incautaciones de sus bienes o fueron fusilados por sus convicciones morales o por pertenecer a partidos de izquierda. A este colectivo también le afectaba la justicia de excepción por la que se caracterizaba el régimen. Por una parte, los consejos de guerra sumarísimos también afectaron a algunos docentes, no obstante, aún no tenemos suficientes investigaciones para llegar a afirmar cifras, y, por otra parte, las jurisdicciones especiales como el Tribunal de Responsabilidades Políticas y el Tribunal de la Represión de la Masonería.

Con el objetivo de ponerle nombre y voz a estos datos, según el Estudio de Marc Baldó del año 2011, en la Universidad de Salamanca fueron fusilados tres docentes:

Julio Pérez Martín, auxiliar temporal de obstetricia, médico de la beneficencia municipal; y Julio Sánchez Salcedo, auxiliar de oftalmología y concejal del ayuntamiento, y al catedrático de anatomía Casto Prieto Carrasco (1886-1936), alcalde de Salamanca hasta el levantamiento militar y diputado; detenido el 19 de julio, fue sacado de la cárcel y asesinado el 29 de ese mes en una cuneta de la carretera de Valladolid, lo mismo que al profesor de la escuela normal y diputado José Andrés Manso. Al día siguiente de su asesinato, urdido por la jefatura de Falange y el Gobierno Civil de Salamanca, la Gaceta Regional publicaba un artículo titulado «operación limpieza», donde se argumentaba la necesidad de la purga contra la anti-España, integrada por obreros marxistas e intelectuales extranjerizantes²³.

22. Negrín, 2006.

23. Baldó, 2011, p.46.

2.1.2. El exilio

El exilio republicano de 1939 es uno de los fenómenos más relevantes de nuestra historia contemporánea y uno más de los numerosos desplazamientos masivos de refugiados del siglo XX. Aunque fue masivo, se maneja una cifra de 450.000 personas, de las que volvieron 200.000²⁴; se estima que mínimo 5.000 personas de esa cifra eran intelectuales famosos de la política, ciencia, artes, administración y docencia²⁵. Además de la tragedia humana que supuso la ruptura de familias, se suma el vacío y retraso cultural que dejó el hecho del exilio de la mayoría de la población intelectual española. Obviamente, para el sector de la enseñanza, y, en mayor medida, para la Universidad, el exilio le afectó sobremanera.

Otro tipo de exilio del que se suele hablar en menor medida fue el exilio interior. Los profesores depurados, privados de la forma que ellos conocían de ganarse la vida, se vieron obligados a sobrevivir de cualquier forma siendo sus posibilidades mínimas (ya que a algunos, como sabemos, se les inhabilitó o se les separó definitivamente). Por no hablar de la estigmatización y la exclusión social que sufrieron, condenados a vivir en la derrota. Por otra parte, a los que no les ocurría eso, vieron truncada su carrera profesional: eran censurados sistemáticamente, la promoción sin avales políticos se convirtió en imposible y la mayoría de los cargos eran reservados para personas fieles al régimen, independientemente de su formación.

Para finalizar, aunque los datos de la depuración franquista solo los conocemos parcialmente, y en atención al estudio ya mencionado de Marco Bildó: se estima que, en la enseñanza primaria, fueron sancionados el 25 % de los docentes. En la enseñanza secundaria, afectó al 38 %. En la universidad, sabemos que 194 catedráticos fueron depurados, lo que supone un 32 % de la categoría, y se estima que afectó a más del 40 % de los docentes²⁶.

3. ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. *Sobre el contraste de los datos analizados con la base de datos de la Asociación Salamanca Memoria y Justicia*

25 casos no están en la base:

Datos sobre los que no figuran en la base, pero se ha conseguido identificar:

Nicolás Domínguez Santos: figura en el registro de ihr.world, también en el Archivo Central del Ministerio de Educación y Formación Profesional dentro del expediente de depuración de maestros (expediente 13). No hay más datos.

24. Casanova y Gil, 2002, p. 222.

25. Llórens, 1976.

26. Baldó, 2011, pp. 33-34.

Juan López García: Coincidencias en todos los archivos, pero no concluyentes por la generalidad del nombre.

Santiago Riesco Cáceres: figura en el Archivo del Ministerio de Cultura y Deporte de víctimas de la Guerra Civil y el franquismo y también en buscarcombatientes.es. Figura como indultado. Como dato biográfico, podemos aportar que era encargado de la sección literaria del periódico La Voz de Salamanca a principios de siglo XX.

Enrique Latorre y García: no figura en ningún archivo. Era catedrático de Física y Química en el Instituto Fray Luis de León. Nacido en Toledo en 1895. Accedió a la plaza en 1920. Estuvo en institutos de Salamanca, Palencia y Baleares y antes ejerció como auxiliar en Toledo.

Félix Justo Martín Albert: apellido erróneo en los datos del archivo provincial, que citan el segundo apellido como Alberto. Nacido el 6 de agosto de 1902. Condenado por consejo de guerra el 19 de abril de 1937 a reclusión perpetua por adhesión a la rebelión.

Antonio Zorita: dos posibles coincidencias en el archivo del Ministerio de Cultura y otra en buscarcomabtientes.es. Tiene un fichero en el Centro Documental de Memoria Histórica (Fichero 69, Ficha Z0012776).

Domingo García Amigo: no figura en otros archivos y no se han encontrado más datos.

Felipe Fernández Espino: no figura en otros archivos y no se han encontrado más datos.

Tomás Daniel Bermejo Bullón: figura únicamente en ihr.world. Parte de la Escuela Normal del Magisterio y de la Inspección Primaria. Separado definitivamente del servicio el 29 de enero de 1937. Publicada en el BOE del 9 de febrero de 1937 su separación del servicio y baja en el escalafón.

Cipriano Miguel Ruiz: sí figuran en el registro del Ministerio de Cultura y en buscarcomabtientes.es. Figura como inculpado por el Tribunal de Responsabilidades Políticas de Valladolid. Dirigió el Instituto de Toro (Zamora).

Miguel López y López: coincidencia no concluyente en buscarcombatientes.es.

Fernando Felipe Martín: no figura en ningún registro. Pero tiene ficha en la Fundación Pablo Iglesias. Nacido en 1873-1874 y fallecido en 1947 en Salamanca. Fundador de la Agrupación Socialista de Salamanca. Profesor de gramática castellana y lengua francesa en la Escuela de Artes, Industria y Comercio y desde marzo de 1906 en la Escuela Normal de Maestros de Salamanca. Fue depurado y separado del servicio, causando baja en el escalafón en febrero de 1937.

Albino Jesús Gallego Marquina: figura en el registro de víctimas del Ministerio de Cultura y Deporte y en buscarcomabtientes.es. Reconocido pintor y amigo personal de Miguel de Unamuno. En 1933 se traslada como profesor de Enseñanza Media primero a Béjar y posteriormente ejerció la cátedra de Dibujo de Enseñanza Media en Salamanca. Detenido en Zamora, sufrió 10 meses de prisión. Datos del Museo del Prado. Fue exculpado por el Tribunal de Revisión de condenas de Madrid en 1942.

Cristino Gómez González: no aparece en otros archivos. Más conocido como Cristino Mallo. Importantísimo escultor y hermano menor de la «Sinsombrero» Maruja Mallo. Profesor en la Escuela de Artes y Oficios de Salamanca. Al estar implicado con el bando republicano sufrió cárcel. Pero a mediados de la década de los años 50 se volvía progresivamente a reconocer su trabajo ganando el Premio Nacional de Escultura de 1954. En democracia le será concedida la Medalla de Oro de Bellas Artes y morirá en 1989. Datos de Artespain.com, Fundación Mapfre y El País.

Inocencio Soriano Montagut: no aparece en otros archivos. Nacido en Lleida en 1893. Destacadísimo escultor. Profesor en la Escuela de Artes y Oficios de Salamanca, de la que fue director. Mantuvo una estrecha vinculación con la ciudad, ya que contrajo matrimonio con una salmantina. Realizó parte de su obra religiosa inscrita en la Escuela de Imaginería de Salamanca. Abandona la ciudad en 1945 regresando a Cataluña donde continúa su actividad docente. Muere en Lleida en 1979. No constan datos de que haya sufrido represión. Datos de la Real Academia de Historia.

3 están en la base, pero con datos que no coinciden (probablemente se trate de personas distintas):

Victoriano Lucas: Tras indagaciones en otros archivos podemos concluir que es Victoriano Lucas de la Cruz. Director general del Instituto Fray Luis de León en el año 1934 y profesor de matemáticas. Sufrió una bajada en el escalafón con su correspondiente disminución de sueldo.

Eladio Sánchez Hernández: posiblemente el nombre sea correcto y, aunque no tenemos más datos, parece que se jubiló como jefe de la Administración de Primera Clase el 10 de agosto de 1961, como figura en el BOE del 10 de agosto de 1961 (n.º 190: 11842).

José Martín Hernández: no podemos confirmar su identidad, pero podemos apuntar la existencia de una entrada en el registro del archivo de Memoria Histórica estatal. Señalando que figura su origen en Peñaranda de Bracamonte y que resultó inculpa-do.

Se han registrado otros catorce casos de depuración que sí están en la base de datos de la asociación y cuya información es coincidente con la analizada.

3.2. Datos sociodemográficos

Faltan datos sobre el lugar de origen.

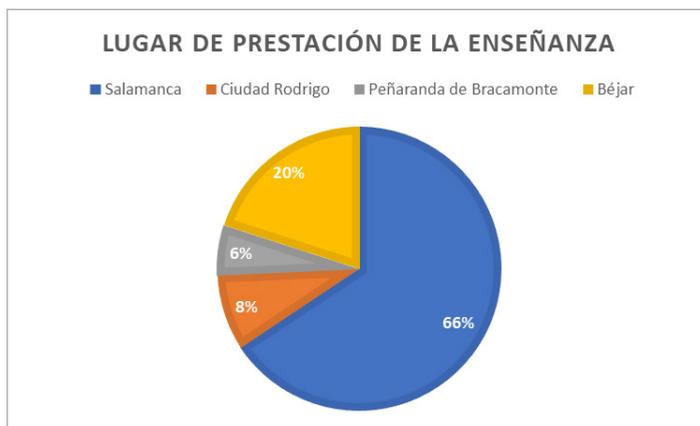
En cuanto a los datos sociodemográficos de los docentes, vamos a analizar el lugar de origen, la edad, el lugar de prestación de la enseñanza y qué tipo de oficio concreto ejercen dentro de la docencia.

Con respecto al lugar de origen faltan datos de las personas que no están incorporadas en la base de datos de la Asociación de Memoria y Justicia de Salamanca y que hemos encontrado en el Archivo Histórico Provincial.

Edades: El más joven de las víctimas registradas contaba con solo 25 años de edad, teniendo el mayor 62 años. Entre 30 y 40 años hay 3 víctimas (33, 37, 38), dos tienen entre 40 y 50 años (47 y 48), otros dos entre los 51 y 60 años (57 y 58) y como hemos dicho el mayor de ellos, nacido en 1874, tenía 62 años.

En cuanto al lugar de prestación de la actividad de enseñanza, en la gran mayoría los casos se prestaban en Salamanca (23), también hay algunos casos situados en Ciudad Rodrigo (3), Peñaranda de Bracamonte (2) y Béjar (7). Casos perdidos (5).

1. Lugar de prestación de la actividad docente



Fuente: Elaboración propia.

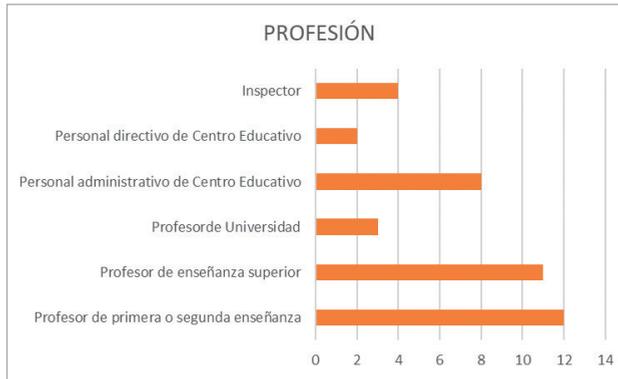
Logramos darle sentido a los datos debido a que Salamanca es una ciudad grande comparada con las demás mencionadas anteriormente. Dado el volumen de población, en la misma se reunían gran cantidad de escuelas superiores y de especialización, además de institutos y universidades. Por tanto, es entendible la diferencia con respecto a la cantidad de docentes que han sufrido represión en Salamanca y en otras poblaciones.

En lo que respecta a la profesión:

- § Profesores de primera o segunda enseñanza: (12)
- § Profesores de enseñanza superior (equivalente FP): (11)
- § Profesores de universidad: (3)
- § Personal administrativo de centro educativo: (8)
- § Personal directivo de centro educativo: (2)
- § Inspector: (4)

Total: 40

2. Profesión ejercida



Fuente: Elaboración propia.

En lo que respecta a la profesión, la cantidad de profesores de primera o segunda enseñanza y de enseñanza superior es bastante elevada con respecto, por ejemplo, a los profesores de Universidad, siendo estos, junto con el personal directivo de centro educativo, los menos numerosos.

3.3. Sobre la represión y consecuencias

- Sobre las causas (la más grave de entre las que se le acusa):
 - Acusado por simpatizar con ideas de izquierdas, comunistas, por acercamiento a partidos, participar en manifestaciones...: 9
 - Acusado por pertenecer a un partido, sindicato o junta provincial: 31
 - Por ocupar un cargo público/cargo en partido político: 1

3. Motivos de la acusación



Fuente: Elaboración propia.

No es fácil sistematizar los motivos por los que se producían las acusaciones, ya que algunas eran más evidentes o específicas, como pueden ser la pertenencia a un partido político o sindicato, pero otras trataban motivos como «obligar a los alumnos a comprar un libro muy caro que había escrito un socialista» o «no hace vida en el pueblo» o «nunca va a misa». Por ello se ha intentado aglutinar en grupos, contando los que efectivamente eran acusados por su pertenencia a partidos, que eran la mayoría, y siendo los restantes afiliados a sindicatos o como es el caso de uno de ellos a la Junta Provincial de Reforma Agraria, en algunos supuestos se unían la pertenencia tanto a partido como a sindicato.

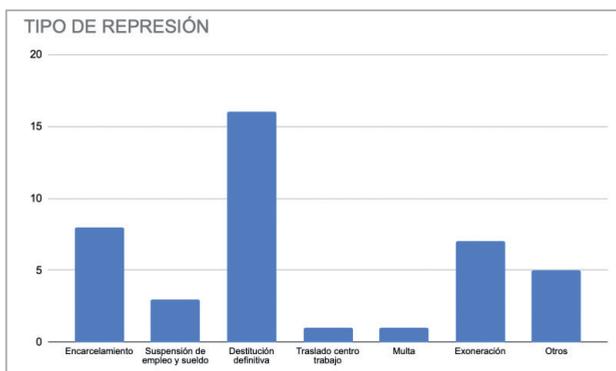
De forma más minoritaria planteamos que un 22 % de las acusaciones se relacionan con simpatizar con ideas de izquierdas o por mostrar actitudes cercanas a los partidos sin militar en ellos, y, dentro de este grupo, hemos tratado de incluir los casos más indeterminados en los que se habla de la existencia de sospechas o actitudes que son vinculadas con la izquierda, por motivos que como hemos dichos van de saludar a los alumnos de determinada manera o no ir a misa o cualquier actitud que tildaron de sospechosa y digna de condena.

Por último, también se ha destacado un caso en el que las acusaciones se basaban en ejercer un cargo público en la Delegación de Gobierno en el momento de la sublevación.

– Tipo de represión:

- § Cárcel: 8
- § Suspensión de empleo y sueldo: 3
- § Destitución definitiva: 16
- § Traslado de centro de trabajo: 1
- § Imposición de multa: 1
- § Exonerado: 7
- § Desaparecido: 1
- § Valores perdidos: 4

4. Tipo de represión ejercida



Fuente: Elaboración propia.

4. CONCLUSIONES A LAS QUE SE HA LLEGADO VALORANDO LOS DATOS

Sobre las acusaciones: no hay una tipificación de las causas por las que se le puede acusar al docente, se ha tenido que realizar una labor de simplificación de los cargos por los que se les acusaba al no estar sistematizados. Esto evidencia la falta de seguridad jurídica y del debido proceso característica de la represión. Aunque en líneas generales parece que la mayoría de los casos son por la afiliación a partidos o sindicatos, con distintos niveles de implicación en cada caso. También se consideró para abrir procesos disciplinarios la mera simpatía por los movimientos izquierdistas, algo que se usaba como «carta blanca» para señalar cualquier comportamiento que se saliera de la norma.

Sobre las modalidades de represión: la cárcel ha sido en la mayoría de los casos una situación transitoria, siendo la medida más común la retirada definitiva del servicio, bien a través de una destitución, o a través de una anticipación en la jubilación del docente o personal administrativo.

Aunque no se exprese en los datos sistematizados en la base, los testimonios de terceros relativos a las acusaciones de los docentes en muchas ocasiones ni siquiera respondían al cargo, sino a conductas de la vida cotidiana del acusado. Se han encontrado informes en los que se hace referencia a que los encausados no acudían a misa o evitaban la vida social en el pueblo.

5. CONCLUSIONES

El estudio y el análisis de la represión franquista conforman un elemento fundamental en el proceso de construcción de una verdadera memoria colectiva de carácter democrático. En este sentido, el haber profundizado en las vías y formas de represión política perpetuadas en la provincia de Salamanca durante el periodo de la Guerra Civil, a través de los informes del Archivo Provincial, nos permite observar una imagen o muestra de lo que supuso la misma a nivel nacional.

Esta aproximación nos lleva a diversas conclusiones. Por un lado, que los instrumentos y cauces en manos del régimen de Franco en su lucha por acabar con el pluralismo político y los valores democráticos no se circunscriben, únicamente, a los crímenes de guerra, las torturas o el encarcelamiento. El remover a profesionales de sus puestos de trabajo, en contra del principio de defensa frente a la separación del puesto funcional, por ejemplo, fue un método generalizado que devastó la reputación y el modo de vida de cientos de docentes en todo el territorio nacional. Además, hemos observado una clara ausencia de argumentación jurídica en las resoluciones analizadas, violando así los principios de tipicidad de tutela judicial efectiva. De hecho, la mayoría de los acusados son condenados en función de cargos como «el simpatizar

con el bando republicano», sin mayor ejercicio probatorio e ignorando la presunción de inocencia, y la mayoría frente a individuos que ni siquiera militaban activamente en los partidos del Frente Popular. Estas prácticas concuerdan con la idea de la existencia de un derecho penal franquista que plantean autores como Guillermo PORTILLA²⁷ y que busca dotar de legitimidad jurídica actos inicialmente delictivos, como señala el citado autor partiendo de que existe una violencia fundadora en el Derecho penal franquista.

Años después, y a pesar de que informes como este contribuyan a la construcción de esa memoria, no podemos omitir la imperante existencia de financiación, que sigue siendo escasa para que familiares, instituciones y expertos académicos puedan acceder a información veraz y correctamente clasificada con respecto a los crímenes del franquismo. Queremos terminar, por tanto, haciendo un llamamiento a que se dote de los medios necesarios a las instituciones y organizaciones que trabajan en la reconstrucción y restauración de la memoria, citando particularmente a la Asociación Salamanca Memoria y Justicia, a quienes humildemente esperamos poder complementar y ayudar con este informe en su necesaria labor.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA HERNÁNDEZ, L. A.; ALCARAZ ABELLÁN, J.; MILLARES CANTERO, S.; ORIHUELA SUÁREZ, A. y SUÁREZ BOSA, M. 1987: «La represión franquista en la enseñanza en la provincia de Las Palmas». *El Guiniguada*, 1987, 3: 203-221.
- BALDÓ, M. 2011: «Represión franquista del profesorado universitario». *Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija*, 2011, 14: 31-51.
- CALLEJA, E. G. 2006: «Sobre el concepto de represión». *Revista del Instituto de Historia-CSIC*, 2006, 6: 551-579.
- CASANOVA, J. 2007: *Historia de España Vol. 8. República y Guerra Civil*. Barcelona: Crítica.
- CASANOVA, J. y GIL ANDRÉS, C. 2009: *Historia de España en el siglo XX*. Barcelona: Grupo Planeta (GBS), 222.
- DE RIQUER, B. 2010: *La dictadura de Franco (vol. 9)*. Barcelona: Crítica, 145, 177, 121, 127, 132.
- LLORENS, V. 1976: *La emigración republicana de 1939. El exilio español de 1939 (I)*. Barcelona: Taurus.
- LORENZO RUBIO, C. 2020: *La máquina represiva: la tortura en el Franquismo*. En P. Oliver Olmo (coord.): *La tortura en la España contemporánea*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 131-198.
- MADRID, A. G. 2018: *Qué fue de los maestros de Salamanca durante la guerra civil: los expedientes de depuración: lección inaugural del curso académico 2018-2019*. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca.
- MORENO GÓMEZ, F. 2014: *La victoria sangrienta, 1939-1945. Un estudio de la gran represión franquista, para el Memorial Democrático de España*. Madrid: Alpuerto, 246.

27. Portilla, 2010, p. 2.

- NEGRÍN FAJARDO, O. 2005: «La depuración del profesorado de los Institutos de Segunda Enseñanza. Relación de los expedientes resueltos por el Ministerio de Educación Nacional (1937-1943)». *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, 2005, 24: 503-542.
- OVIEDO SILVA, D. 2020: «Violencia masiva y tortura en la Guerra Civil». En P. Oliver Olmo (coord.): *La tortura en la España contemporánea*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 85-130.
- PORTILLA, G. 2010: *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*. Granada: Editorial Comares.
- RODRIGO, J. 2008: *Hasta la raíz. Violencia durante la guerra civil y la dictadura franquista*. Madrid: Alianza Editorial, 27.
- RODRÍGUEZ TEJEIRO, D. 2015: «Morir de hambre en las cárceles de Franco (1939-1945)». *Historia Contemporánea*, 2015, 51: 641-666.
- SAZ, I. 2004: *Fascismo y franquismo* (vol. 1). Valencia: Universitat de València, 176-179.
- VINYES, R.; ARMENGOU, M. y BELIS, R. 2002: *Los niños perdidos del franquismo* (vol. 55). Barcelona: Plaza & Janes Editoriales.

Recursos web y bases de datos

Bases de datos:

Buscacombatientes.es

ihr.world.

pares.mcu.es

salamancaememoriayjusticia.org

Webs de:

Artehistoria.es

BOE.

El País.

Fundación Mapfre.

Fundación Pablo Iglesias.

Museo del Prado.

Real Academia de Historia.

Investigating the Role of Culture in Legal Practices in Spain

Investigando el papel de la cultura en las prácticas jurídicas en España

Majedeh BOZORGI

Estudiante de Doctorado

Universidad de Salamanca, España

ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1755-3115>

majedeh.bozorgi@usal.es

Recibido: 18/01/2023

Aceptado: 14/04/2023

Abstract

Law, as the science that organizes and regulates society, will inevitably change its method and approach with the change in social relations. Developments, especially in the field of public law, with the speed with which the laws adopted in the legislative process cannot be adapted and updated with them, have made other sources of law, such as judicial procedure, have different functions.

Resumen

El derecho, como ciencia que organiza y regula la sociedad, cambiará inevitablemente de método y enfoque con el cambio de las relaciones sociales. La evolución, especialmente en el campo del derecho público, con la rapidez con que las leyes adoptadas en el proceso legislativo no pueden adaptarse y actualizarse con ellas, ha hecho que otras fuentes del derecho,

The following article seeks to examine and analyze the question of whether culture has influenced the formation of judicial procedure in Spanish public law. And in case of a positive answer, in what form? The results of the positive response to the developments in the contemporary world and their impact on the science of law are the judicial procedure in three parts: a) creating and establishing new norms, b) supplementing the existing norms in the legal system, c) protect the rights and freedoms of individuals, which have been recognised as a consequence of the status of judicial proceedings among the sources of public law and its promotion.

Keywords: Rights and Freedoms; Public Law; Judicial Procedure; Rulemaking; Norm.

como el procedimiento judicial, tengan funciones diferentes. El siguiente artículo pretende examinar y analizar la cuestión de si la cultura ha influido en la formación del procedimiento judicial en el derecho público español. Y en caso de respuesta afirmativa, ¿en qué forma? Los resultados de la respuesta positiva a los desarrollos del mundo contemporáneo y su impacto en la ciencia del derecho son el procedimiento judicial en tres partes: a) crear y establecer nuevas normas, b) complementar las normas existentes en el sistema legal y c) proteger los derechos y libertades de las personas, que han sido reconocidos como consecuencia del estatus de los procedimientos judiciales entre las fuentes del derecho público y su promoción.

Palabras clave: Derechos y libertades; Derecho Público; procedimiento judicial; reglamentación; norma.

Table of Contents: 1. Introduction. 2. The Concept and Place of Judicial Procedure in Public Law. 2.1. The Concept of Judicial Procedure. 2.1.1. Source of Public Law. 2.1.2. The Place of Judicial Procedure in the Source of Public Law. 2.1.3. Manifestations of Procedure Prominence in Contemporary Public Law. 2.1.3.1. Founding Role: Creating New Norms and Rules. 2.1.3.2. Judicial Procedure and Norm Creation: The Evolution of Rule-Making in the Public Law System. 2.1.3.2.1. Examples. 2.2. Protective Role: Protection of Rights and Freedoms. 2.2.1. Legal Proceeding in Spanish Courts. 2.2.2. European Court of Human Rights. 2.2.3. International Court of Justice. 2.2.3.1. The Supreme Court of the United States. 2.2.3.2. Court of Administrative Justice of Spain. 3. Conclusion. 4. References.

1. INTRODUCTION

Jurisprudence is one of the social sciences and is a function of the changes that have taken place in society. The sources of legal science are definite, but the evolution of society determines the evolution of these sources. As an example, the avoidance of dictatorial regimes led to the tendency of society towards the rule of law and to make the source of the law in law more prominent. In fact, the main concern at this time was the end of lawlessness and dictatorship. Subsequently, with the establishment of democratic systems, the issue of development became a major concern of societies and the need to change laws was felt in the wake of social change. Community

developments were highlighted. Numerous economic, social, cultural, and political developments such as globalization, development of communications and technologies and increasing pluralism in these areas are among the factors influencing this prominence.

Public law has also had the greatest influence in this field due to its dynamic nature and subject matter (sovereignty and power). The jurisprudence established by authorities such as the Constitutional, Administrative, and Financial Judges in domestic public law and institutions such as the International Court of Justice, the European Court of Justice, and the American Court of Human Rights in international public law has gained considerable prominence. It is in domestic societies and in the international system. The French Constitutional Council recognizes the maintenance of public order, which is not enshrined in the constitution of this country, as having a value equal to the principles of the Constitution. And the Supreme Court of the United States of America on several occasions declares the United States government fully responsible for the damages caused to the citizens of this country; These and similar cases occur in the field of jurisprudence, which go beyond the traditional jurisdiction to resolve disputes and interpret the law. Research literature on the subject is scarce, and the only work that has been discovered by authors in this field is part of the book *The Power of Judicial Procedure* by Michael GERHARDT¹, a professor of constitutional law at the University of North Carolina. The present is trying to study the subject with a different perspective.

Accordingly, the present article seeks to answer the question of whether culture has influenced the formation of judicial procedure in Spanish public law. And in case of a positive answer, in what form? These cases will be explained by using the relevant legal sources and developments in the field of public law with a descriptive-analytical approach. It is important to note that the material will be used to refer to the performance of various judicial authorities in the field of public law, and since it is not possible to describe all the relevant institutions, it is appropriate to focus on the French Constitutional Council and The Supreme Court of the United States will be the European Court of Human Rights, the International Criminal Court, and the International Court of Justice.

2. THE CONCEPT AND PLACE OF JUDICIAL PROCEDURE IN PUBLIC LAW

What comes to mind from a judicial point of view is the performance of judicial institutions and authorities in the field of a subject that has the character of connection and connection with the subject in question. This practice has a special place among legal sources and is among legal sources.

1. GERHARDT, M. 2008: *The Power of Precedent Oxford University Press*.

2.1. The Concept of Judicial Procedure

The procedure is defined in words in terms of method, style, and order. Therefore, judicial procedure can be defined in words in the usual way of judicial authorities in a field. In legal terms, jurisprudence refers to a case in which the courts or a group of them follow the same procedure in relation to an issue and the rulings are repeated in such a way that it can be said that if the courts face the said case, the same decision is made. They will take. In this definition, the binding nature of the judicial procedure has been considered. In fact, jurisprudence is a priori decisions that acts as a model for future decisions and use past knowledge to solve current and future problems². In other words, the jurisprudence is the previous decisions that are used as a guide for the current action³. In another definition, jurisprudence is defined as a solution that courts typically find for a legal issue in which the voluntary nature of the judicial process is specified. Jean CARBONIER, a French jurist, also sees judicial procedure as a habit of the courts.

- The place of jurisprudence among the sources of public law

Judicial practice has a different place in the sources of public law. After looking at the sources of public law, this issue is examined.

2.1.1. Sources of Public Law

The sources of public law should, as a rule, be sought in the general sources cited for law. Legal sources have been studied in four categories: a) law, b) judicial procedure, c) custom d) doctrine. Most jurists have cited these sources in that order. Some, with a sociological approach, have placed custom at the forefront of these sources⁴. Mentioning the sources of public law has also often been the priority of law over custom approved by jurists. Of course, it should be noted that given the nature of public law and the subject matter of governance and related issues, the sources of public law cannot be limited to the above, and according to some jurists, the sources of public law in two categories: a) Philosophical and political sources (political history - political philosophy), b) Legal sources (law, jurisprudence, procedural sources, and legal teachings) have been classified and studied.

2. SUMMERS, Robert S. and MACCORMICK, Neil (eds.). 1997: *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth.

3. DUXBURY, Neil. 2008: *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.

4. LÉVY-BRUHL, Henri. 1950: «La Science du Droit ou 'Juristique'». *Cahiers internationaux de sociologie*, 1950, 8: 123-133.

2.1.2. The Place of Judicial Procedure in the Sources of Public Law

In public law, the definition given in the previous speech is also valid from a judicial point of view, and this phenomenon is created by the authorities and the basic, administrative, and financial courts. Among the sources of public law, the judicial procedure has a special place. A point that is worth mentioning in the context of the position and role of judicial procedure in public law sources is the status of judicial procedure among legal sources in different legal systems and in different legal fields. The written legal system argues for the French leadership not recognizing jurisprudence as the source of law, while Common Law emphasizes the role of jurisprudence as one of the main sources of law⁵. This is the general rule of law⁶. But it seems that the role of jurisprudence in the written legal systems in the field of public law is getting closer to the system. The point that distinguishes the jurisprudence in public law from other areas of law is the increase of the power of influence of this legal source and because of the promotion of its position among other sources. In fact, jurisprudence in public law, which is also called procedural sources, can positively or negatively change the entire political legal system of the country. This influential role and position distinguish judicial procedure in contemporary public law from other areas of law.

The judicial procedure has been written in legal systems and in legal fields other than public law, it has been responsible for creating an action in accordance with legal norms, assuming the silence, ambiguity, or conciseness of legal materials.

But in contemporary public law, jurisprudence plays a more important role. In the realm of norms and rules, jurisprudence sometimes creates new norms that are not mentioned in the legal texts and sometimes complements norms in areas where there are shortcomings in those legal texts. Also, jurisprudence in contemporary public law, with regard to the competencies established for the competent institutions in this field, protects the rights and freedoms of individuals, which is rarely seen in other legal fields. The Influence of Judicial Procedure on Contemporary Public Law is such that some experts have spoken of the judicialization of public law areas under the influence of the judicial procedure of the basic and administrative institutions⁷. All of these issues, which will be explored in the next section, indicate a special place of jurisprudence among the sources of public law.

Another point that should be noted in this article is the separation of jurisprudence in the field of domestic law and international law. Domestic public law has judicial bodies that create judicial procedures such as the basic and administrative judge, and in the field of international law, this is the responsibility of international judicial bodies such

5. SUMMERS, Robert S. and MACCORMICK, Neil (eds.). 1997: *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth.

6. ALGERO, Mary Garvey. «The Sources of Law and the Value of Precedent, A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation». *La. L. Rev.*, 2004, 65: 775.

7. FAVOREU, Louis. 1998: *La constitutionnalisation du droit*.

as the International Court of Justice, the European Court of Human Rights, the American Court of Human Rights, and the United States. Considering the dominance of states and governments in the field of operation of the international legal system, their function in the field of public law is international public law (as opposed to domestic public law). The issues and examples presented in the present article will be examined in accordance with the subject and its subjectivity in the mentioned field in both sections of domestic public law and international public law.

2.1.3. Manifestations of Procedure Prominence in Contemporary Public Law

The jurisprudence created in contemporary public law has had a prominent and significant performance in many areas. The source of this practice should be considered in the numerous changes and developments in various fields of contemporary public law based on the accepted developments in the political, social, economic, and cultural fields of the contemporary world.

2.1.3.1. Founding Role: Creating New Norms and Rules

The first highlight of jurisprudence in contemporary public law is the role of this phenomenon in creating new norms and rules that have not previously been relevant to jurisprudence, especially in legal systems. The fact that jurisprudence can directly introduce norms into the case law system is a completely new function that contemporary public law has recognized for jurisprudence. This is often done through the «fundamentalization» tool. Fundamentalism means incorporating some norms and rules into a number of principles of the constitution or giving a value equal to the principles of the constitution to these norms.

2.1.3.2. Judicial Procedure and Norm Creation: The Evolution of Rule-Making in the Public Law System

As stated, jurisprudence has recently taken on a founding role in establishing norms and regulations in contemporary public law. It is worth mentioning that regularization and creation of norms in legal systems, especially the written legal system, according to the classical principle of separation of powers, was considered only at the discretion of the legislature and there was no violation of the powers of the legislature in this field. With the passage of time and the occurrence of many developments in various fields of social, economic, cultural, and political, the complexity of public affairs and their management is considered one of the most prominent features of contemporary societies. This has led to some adjustments in the way we approach the organization of the structure of government and the administration of public affairs, and the principle of separation of powers has also been exempt from this. Thus, in the context of

this principle, the participation of other powers in the legislature with the legislature is acceptable today, and in many contemporary legal systems, this has been foreseen and prescribed. But this is the beginning of the debate, and in the above cases, the Constitution has supported these matters. But in the field of judicial procedure, the constitutional legislature has no competence in establishing established norms. In this regard, the important point is the change in the sources and methods of creating legal norms and standardization in contemporary legal systems, which has led to the establishment of the authority to create norms for the judicial process. This is emphasized by historical-social positivists such as SAVINI, who consider the origin of the creation of legal rules as the social requirements of the group and emphasize the role of the judicial process in the form of the creation of norms. In the general law of the system, this function is completely similar to private law for the competent judicial institutions in this field, and the judicial procedure has a founding role in matters that are not normative or have ambiguity in the field⁸, as exemplified by the United States Supreme Court as a superior legislature (albeit with limited jurisdiction) It acts in the constitutional law of this country⁹. This founding role is realized in three forms: a) creation of procedure, b) declaration of legal contradiction or unconstitutionality of the enacted laws, c) issuance of court rules (decisions of unity and creation of procedure, etc.)¹⁰. But in written legal systems, due to the lesser role of jurisprudence in legal sources than Kamenla, the role of jurisprudence in creating and establishing norms is a new practice that has become relevant.

In the international legal system, the role of the judicial system, inspired by the statute of the International Court of Justice, is not prominent from the findings of the written legal system and is merely one of the secondary sources for deriving the necessary requirements. But developments in modern international law have highlighted this marginal role of jurisprudence. The evolution and dynamism of international law indicate that law is spoken of by an international judge and that he is on the path of regulation; International criminal law is one of them. A look at the statements and approaches outlined in Sadra's rulings from the International Criminal Courts, in particular the International Criminal Court, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and the International Court of Justice, which The citation system and the law empowering itself to compensate for those shortcomings and to implement and enforce rules such as the protection of human nature, the compensation of victims of human rights and humanitarian law violations, and the face of corporal punishment. They have turned to the old procedures.

8. BARNETT, Hilaire. 2009: *Understanding public law*. Routledge. ELLIOTT, Mark and VA-RUHAS, Jason. 2017: *Administrative law: text and materials*. Oxford University Press. KOZEL, Randy J. 2012: *Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent*. Tex. L. Rev., vol. 91, 1843.

9. LEITER, Brian. 2014: «Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature». *Hastings LJ*, 2014, 66: 1601.

10. PIZZORUSSO, Alessandro; CAPOTORTI, Francesco and STRÖMHOLM, Stig. 1988: *Law in the making: a comparative survey*. Springer-verlag.

2.1.3.2.1. Examples

The actions of the French Constitutional Council in creating some new norms by establishing certain rights and freedoms of individuals are a clear example in this regard. It should be noted that the Council, which is the competent authority for the conformity of ordinary and organizing laws with the basic norms of the French legal system, does not strictly limit the basic norms to which these laws must conform, but to Article 89 of the Constitution. The 1958 and 1946 constitutions and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, as well as constitutional values such as «the maintenance of public order» and the «rights and freedoms of others», are among the basic reference norms¹¹. In a vote on December 27, 1973, the Council ratified the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, recognizing the principles contained therein as having constitutional value. This is due to the reference and the basic norm of recognizing the preamble of the 1958 Constitution. Paragraph 1 of this preamble states: «The French people declare their allegiance to human rights and to the principles of national sovereignty, as set forth in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789 and endorsed by the Preamble to the 1946 Constitution». «The French people also express their dependence on the rights and obligations set out in the 2004 Declaration of the Environment». By accepting this preamble and the principles enshrined in it as the basic norms to which ordinary and organizing laws must conform, with reference to the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 and the preamble to the 1946 Constitution, there are two documents. The number of basic norms is set.

In this regard, we can refer to the Council of Government of France and the role of this institution in completing the rules and legal norms in the legal system of this country. The role of the French Council of State and judges of the French administrative courts in establishing principles such as equality of citizens in public office (gender equality, equality of access to public office, equality of public expenditure, etc.), the right to object to the legality of any action Administrative proceedings before the court, the non-retroactivity of administrative acts, the principle of freedom of trade and industry, the prohibition of dismissal of employees who are imposed on the office in the absence of legal documents, are a clear example of this. For example, in 1982, citing the principle of equality, Article 7 of Law 24 of 1825 on the legal establishment of women's religious councils and associations, whose provisions made religion more strictly religious to men than religious men, made it stricter. Or we can refer to the council's May 27, 1992, decision to repeal an ordinance opposing the fundamental principle recognized by republican law (the principle of the independence of university professors)¹². The jurisprudence established by this institution in the French legal system and in the field

11. HAMON, Francis and WIENER, Céline. 2001: La justice constitutionnelle: Présentation générale, France, Etats-Unis, Documentation française, N 1/15.

12. FAVOREU, Louis. 1998: *La constitutionnalisation du droit*.

of administrative law in order to complete the rules and norms is exemplary. In fact, in French law, the source of many rules of administrative law must be sought in the procedures and initiatives of the administrative courts, especially the Council of State.

2.2. Protective Role: Protection of Rights and Freedoms

Another important function of the procedure in contemporary public law is the protection of the fundamental rights and freedoms of individuals, which has fundamentally highlighted the procedural nature of contemporary public law in this area. In addition to the task of resolving disputes and lawsuits that have been assigned to judicial authorities, the protection of the rights and freedoms of citizens is one of the most important duties and powers of these institutions. An example of this can be seen in Article 66 of the French Constitution. This principle states that the judiciary is the «guardian of the freedom of the individual».

2.2.1. Legal Proceedings in Spanish Courts

In Spain, the court performs its duties through a variety of procedures:

- Unconstitutional appeal (*Recurso de inconstitucionalidad*). This is an appeal that is unconstitutional to acts and laws that have the force of action and is governed by Article 161.1.a and Title II, Chapter II, Articles 31-34 of the LOTC.
- The issue is unconstitutional (*Cuestión de inconstitucionalidad*). If a judicial authority, in the case of a case, finds that the provisions enforced by law may be unconstitutional, it may refer the matter to the Constitutional Court. This is regulated by Article 163 SC and Title II, Chapter III, Articles 35-37 of the LOTC.

Both procedures are considered unconstitutional (Title II, Articles 27 to 40 of the LOTC).

Individual appeal for protection (*Recurso de Amparo*) is designed to protect citizens against violations of the fundamental rights and freedoms protected in Part I, Chapter II, Articles 15 to 29 SC, which is carried out by any public authority. It is regulated by Articles 53.2 and 161.1.b CE and by Title III, Articles 41 to 58 of the LOTC.

The persons or persons who have the right to submit to the mentioned formalities are mentioned in. Article 162 BC Proceedings against unconstitutional matters are the sole responsibility of the judiciary.

If an international treaty contains conditions that are unconstitutional, its conclusion requires prior amendment of the constitution. As stated in Article 95 of the Constitution and Article 78 of the LOTC, the Constitutional Court may be questioned by the State or Parliament as to the constitutionality of the provisions of such a treaty.

The Constitutional Court also has the right to hear disputes between the various organs of the country (Article 59.3 of the LOTC and Title IV of Chapter III, Articles 73 to 75 of the LOTC).

- Judicial Protection of rights and Freedoms in public international law

In the present article, the prominence of the judicial procedure in protecting the rights and freedoms of individuals in the procedure of some international judicial authorities in the field of international public law will be examined.

2.2.2. European Court of Human Rights

The European Convention on Human Rights, adopted in 1950, is the founding document of the European Court of Human Rights. Under the convention, for the first time, a judicial body was established to implement and control the International Covenant on Human Rights. An important and fundamental point in the context of this institution is the right of individuals and non-governmental organizations to complain in addition to the states, member states in accordance with Article 34 of this Convention, which is a unique step in promoting the international value of individuals and the reduction of the absolute sovereignty of states with regard to the sovereignty of states in the international arena are considered. Although it bears the European title, its member states have transcended Europe and seen a quadruple increase in membership since its inception. The practice and performance of this institution has also made it a prominent model among institutions that protect the rights and freedoms of citizens. In its rulings, the Court has repeatedly emphasized the existence of parties and their role in the realization of democracy, and the existence of parties implies the existence of pluralism in a democratic state. Prohibition of governments expelling asylum seekers at risk of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, Violation of the right to privacy by intercepting telephone conversations of suspected drug traffickers and discrediting findings: And the commitment to pay compensation in the event of the arbitrary detention of suspects of international piracy are other findings of the Court in support of individual rights and freedoms.

2.2.3. International Court of Justice

The International Court of Justice is the main judicial body of the United Nations. The plaintiffs in this court are only countries. This first brings to mind the ineffective role of individuals and individual rights and freedoms. However, the procedure and performance of this court show the opposite, and this issue also shows the prominence of this institution in protecting and protecting human rights and freedoms and limiting the power of governments.

This institution, with its approach to human rights issues and the protection and protection of fundamental human rights throughout its life, has played an important role in highlighting the position of the individual and his rights and freedoms in public law and the legal system in general. And has not played a major role. Although the jurisdiction of individuals in this court is inconceivable, its humane and rights-oriented approach to issues such as humanitarian law, the right to self-determination and human rights is evident through its votes. In this regard, we can refer to the Barcelona transaction as a declaration of international support for the fundamental rights of the human person; Case of hostage-taking of US diplomatic personnel in Tehran as a sentence of deprivation of liberty and unlawful detention; Diallo case as a conviction of arbitrary deportation and detention; He cited the retaining wall case as imposing illegal restrictions on Palestinian freedoms.

First, the Barcelona Transaction case: In this judgment, the Court makes a fundamental distinction between the obligations of States to the international community as a whole and the obligations of States to one another within the framework of political protection of the obligations of the first category to all States. Given the importance of these rights, all governments can have a legal interest in safeguarding them. Such commitments are called universal commitments. For example, these obligations in contemporary international law derived from the principle of the prohibition of rape, and the prohibition of mass murder, as well as the principles and rules relating to the protection of fundamental human rights, including protection against slavery and racial discrimination. Some related protection rights have been included in the body of general international law (the provision on the right to the conditionality of the Convention on the Prohibition of the Punishment of Mass Destruction) and others have been globalized or quasi-globalized by international instruments¹³.

Second, the case of the US diplomatic and consular staff in Tehran: In this ruling, the Court, while emphasizing the violation of international rules governing diplomatic and consular rights, believes that depriving individuals of their liberties and placing them in harsh and rigorous conditions. The law itself is contrary to the principles of the Charter of the United Nations and the fundamental principles enshrined in the Universal Declaration of Human Rights. In addition, the host government has undertaken to take all appropriate measures to safeguard the dignity and professional and personal dignity of diplomatic agents and to prevent harm to persons, their dignity, and liberty¹⁴.

Third, the Diallo case: In order to comply with Article 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 12 4 4 of the African Charter on Human

13. GRISEL, Etienne. 1970: «The lateral boundaries of the continental shelf and the judgment of the International Court of Justice in the North Sea Continental Shelf Cases». *American Journal of International Law*, 1970, 64(3): 562-593.

14. BASSIOUNI, M. Cherif and DERBY, Daniel H. 1980: «Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments». *Hofstra L. Rev.*, 1980, 9: 523.

and Peoples' Rights, the legal expulsion of an alien from the State party on which these instruments are based must apply domestic law and must comply with other requirements of the African Charter and must not be arbitrary. The Court notes that this interpretation has been fully endorsed by the Committee on Human Rights established by the Covenant, as well as by the case law of the African Commission on Human Rights and Peoples. The Court considers that the deportation order of 31 October 1995 does not comply with Congolese law for two reasons: 1. In this case, no consultation has been held with the National Immigration Board. Whereas, pursuant to Article 16 of the Parliamentary Decree of 12 September 1983 on the control of immigration, the opinion of the said Board is required; 2. There was no reason to dismiss Diallo, which is necessary under Article 15 of the same decree. Accordingly, Diallo's expulsion did not comply with Congolese domestic law and violated Article 13 of the Covenant and Article 12 4 4 of the African Charter. In addition, the Court considers that Guinea, as a State party, has a claim in this regard that the right set forth in Article 13 of the Covenant on Dialogue has not been complied with. According to this article, an alien who is the subject of an expulsion action has the right to be informed of the reasons for the expulsion, as well as to have his case reviewed by a competent authority. Congo has also failed to provide convincing reasons for its national security in the face of Diallo's expulsion, on the basis of which the waiver of the rights set forth in Article 13 of the Covenant is justified.

Fourth, the issue of the effects of the construction of the retaining wall: The Court, in evaluating the construction of the retaining wall from the perspective of international human rights and its effects and consequences for the human rights of the Palestinian people, refers to some articles of the Covenant. Including the construction of a wall that restricts many restrictions on the freedom of movement of Palestinians, their freedom of access to holy sites, the Palestinian people's access to health services, shelter and shelter, the provision of water, education, shelter, shelter, housing and housing.

- Judicial protection of rights and freedoms in domestic public law

The performance of the Supreme Court of the United States and the Court of Administrative Justice of Spain will be discussed.

2.2.3.1. The Supreme Court of the United States

In this regard, we can refer to the Supreme Court of the United States of America, which, according to the decentralized judiciary, plays the role of the main judge in the legal system of the United States. This role is especially important because jurisprudence in the legal system of Anglo-Saxon countries is much more important than that of the legal states. The role of this institution and the resulting judicial practice in the field of constitutional law, especially after the Second World War, has been significant and prominent. This court has sometimes maintained the current order with its

interpretations and sometimes has acted contrary to the current situation with different interpretations, which have also had important political effects.

The Court's common practice in upholding and defending rights such as civil liberties in the areas of opinion and expression, criminal guarantees, the right to life and abortion, and support for equality by law in the areas of racial equality, condemnation of racial discrimination, equality, and equality. It has had a brilliant and effective performance. In the area of freedom of expression, for example, the Court considers this freedom to be almost unrestricted, including cases such as the right to insult public officials and the publication of government documents. Or the area of privacy which this court includes in three parts: a) the right of a person to be free in personal affairs from government oversight and interference, b) the right of a person not to disclose private matters, and c) independence in deciding on important matters such as marriage; Sex, birth, contraception, abortion, family relationships, child-rearing, and education are known to be the fourth and fourteenth constitutions of the Constitution under the First Amendments¹⁵. In the Texas case against Johnson, the court also ruled that the government was not allowed to deem and prohibit any kind of speech that was detrimental to peace¹⁶. and further in the case of *Virginia v. Belek*. States that the First Amendment to the Constitution merely authorizes the government to prevent real threats of violence and that the real threat to freedom of expression includes statements in which the speaker intends to make serious statements aimed at the perpetrators of violent acts or violence against individuals. Has a special¹⁷. Or, it considers the freedom of association, although not specified in the constitution, to be a right inherent in the value of the constitution, which is implicitly enshrined in the First Amendment of the Constitution, and the state only in cases such as national security and the promotion of social equality at all. Has a strong justification, it is allowed to limit this right¹⁸. Thus, the institution plays an important role in the constitution of the United States of America, and in particular in the protection of civil rights and freedoms.

2.2.3.2. Court of Administrative Justice of Spain

The Organic Law on the Judiciary defines the Office of the Judiciary (Oficina Judicial) as an administrative organization that acts as a supporter of the judicial work of judges and courts.

15. DIMITRAKOPOULOS, Ioannis G. 2007: *Individual Rights and Liberties Under the US Constitution: The Case Law of the US Supreme Court*. BRILL.

16. DIMITRAKOPOULOS, Ioannis G. 2007: *Individual Rights and Liberties Under the US Constitution: The Case Law of the US Supreme Court*. BRILL.

17. DIMITRAKOPOULOS, Ioannis G. 2007: *Individual Rights and Liberties Under the US Constitution: The Case Law of the US Supreme Court*. BRILL.

18. STEPHENS JR, Otis H. *et al.* 2011: *American Constitutional Law: Civil Rights and Liberties, volume II*. Cengage Learning.

The plan is designed to improve the efficiency, effectiveness and transparency of judicial proceedings, simplify case resolution, and encourage cooperation and coordination between different departments. Therefore, the establishment of this office is a response to the commitment to guarantee quality public services that are close to the people, in accordance with the values of the Constitution and in accordance with the real needs of the citizens.

It is a new organizational model that introduces modern management techniques based on a combination of different administrative units: units that provide direct support for judicial procedures similar to the old courts (*juzgados*), which assist the judge in the performance of his or her judicial functions and services A common procedure called the *Registros* (*secretarios judiciales*), which performs all non-judicial functions such as receiving documents, handling summonses, enforcing decisions, non-judicial proceedings, accepting petitions for trials, notifying the parties, and resolving problems.

There are three common types of procedural services:

- Shared public services.
- Shared file management service.
- Joint execution service.

The new organizational model was launched in November 2010 in Burgos and Murcia. In February 2011, the courthouse was established in Cáceres and Ciudad Real, and in June 2011 in Leon, Cuenca and Merida. It will also be established in 2011 in Ceuta and Melilla. 2013. This model coexists with the former model of courts (*juzgados* and *tribunales*) found elsewhere in Spain.

This can be done only after the end of the trial and within the time limit for issuing the appropriate verdict or judicial decision. The request from the Constitutional Court must specify:

The law in question and the principle of the constitution that has been violated.

With supporting evidence, the extent of the relevant judgment depends on the validity of the decision.

In cases where the constitution of a law is challenged, the judicial procedure is suspended until the decision of the Constitutional Court.

3. CONCLUSION

Judicial practice has not always been limited to the usual orientation of the courts on a matter, but in some cases has gone beyond the usual texts and rules. Of course, the place of jurisprudence in written law has been quite different. This source has a prominent place in *Kamenla* and is considered as a document of the votes cast. Judicial practice has also played a prominent role in public law, and it is written in the law of the countries that have witnessed the greatest prominence of judicial procedure in

the legal system. Of course, in the Commonwealth countries, the role of the judiciary and the competent authorities in this regard in protecting the rights and freedoms of individuals is significantly prominent.

Judicial procedure in contemporary public law has become one of the main actors in this field with the change in the rules and the process of creating legal norms as a result of social, economic, political, and cultural changes. This is especially evident in constitutional law, and basic judges are one of the most influential institutions at the level of the legal system and determine its direction. In supplementing the norms, which are under the establishment and creation of norms, jurisprudence in public law, especially in written legal systems, has taken on more functions, especially in the third function, namely the protection of rights and freedoms.

Spain, as one of the richest countries in terms of culture and historical background, has special cultural conditions although the legal and judicial system of this country has written and predetermined laws and principles, but due to the rapid expansion of societies and leading issues in The field of technology and transnationalism has led to an increase in the use of legal procedures in court rulings influenced by the culture of this country.

4. REFERENCES

- ALGERO, Mary Garvey. 2004: «The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation». *La. L. Rev.*, 2004, 65: 775.
- BARNETT, Hilaire. 2009: *Understanding public law*. Routledge.
- BASSIOUNI, M. Cherif and DERBY, Daniel H. 1980: «Final Report on the Establishment of an International Criminal Court for the Implementation of the Apartheid Convention and Other Relevant International Instruments». *Hofstra L. Rev.*, 1980, 9: 523.
- BEDERMAN, David J. 2010: *Customs as a Source of Law*. New York: Cambridge University Press.
- BO, Marta. 2015: «Hassan and Others v. France; Ali Samatar and Others v. France». *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2015, 30(3): 551-558.
- CRAIG, Paul. 2013: «A general law on administrative procedure, legislative competence and judicial competence». *European Public Law*, 2013, 19(3).
- DIMITRAKOPOULOS, Ioannis G. 2007: *Individual Rights and Liberties Under the US Constitution: The Case Law of the US Supreme Court*. BRILL.
- DUXBURY, Neil. 2008: *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press.
- ELLIOTT, Mark and VARUHAS, Jason. 2017: *Administrative law: text and materials*. Oxford University Press.
- FAVOREU, Louis. 1998: *La constitutionnalisation du droit*.
- EVANS, Alona E. 1970: «Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Second Phase». *American Journal of International Law*, 1970, 64(3): 653-693.

- FILE-NUMBER, See Explanatory Note. COURT EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.
- FRIEDMAN, Leah. 2005: «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), International Court of Justice, 9 July 2004». Sydney L. Rev., 2005, 27: 715.
- GERHARDT, M. 2008: *The Power of Precedent*. Oxford University Press.
- GIORGETTI, Chiara. 2012: Introductory Note to The International Court of Justice: Ahmadou Sadio Diallo (Republic Of Guinea v. Democratic Republic of The Congo) Compensation Owed By The Democratic Republic of The Congo to The Republic of Guinea. *International Legal Materials*, 2012, 51(4): 737.
- GRISEL, Etienne. 1970: «The lateral boundaries of the continental shelf and the judgment of the International Court of Justice in the North Sea Continental Shelf Cases». *American Journal of International Law*, 1970, 64(3): 562-593.
- GROSS, Leo. 1980: «The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures». *American Journal of International Law*, 1980, 74(2): 395-410.
- HAMON, Francis and WIENER, Céline. 2001: *La justice constitutionnelle: Présentation générale, France, Etats-Unis, Documentation française*, N 1/15.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION et al. «First Report on Jus Cogens by Dire Tladi, Special Rapporteur, UN Doc». A/CN, 2016, 4(693): 8.
- KOZEL, Randy J. 2012: «Settled Versus Right: Constitutional Method and the Path of Precedent». *Tex. L. Rev.*, 2012, 91: 1843.
- LEITER, Brian. «Constitutional Law, Moral Judgment, and the Supreme Court as Super-Legislature». *Hastings LJ*, 2014, 66: 1601.
- LÉVY-BRUHL, Henri. 1950: «La Science du Droit ou 'Juristique'». *Cahiers internationaux de sociologie*, 1950, 8: 123-133.
- PIZZORUSSO, Alessandro; CAPOTORTI, Francesco and STRÖMHOLM, Stig. 1988: *Law in the making: a comparative survey*. Springer-Verlag.
- STEPHENS JR, Otis H. et al. 2011: *American Constitutional Law: Civil Rights and Liberties*, volume II. Cengage Learning.
- SUMMERS, Robert S. and MACCORMICK, Neil (eds.). 1997: *Interpreting precedents: a comparative study*. Ashgate/Dartmouth.
- TURDUSH, Rukiye and FISKESJÖ, Magnus. 2021: «Dossier: Uyghur Women in China's Genocide». *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2021, 15(1): 6.

Judgment & Report

- ECHR, cases of Ali Samatar and Others v. France and Hassan and Others v. France, applications nos. 17110/10 and 17301/10, applications nos. 46695/10 and 54588/10, 04.12.2014.
- ECHR, Cases of A.A. v. France and A.F. v. France application no. 80086/13, application no. 18039/11, 15.01.2015.
- ECHR, Case of Dragojević v. Croatia, Application no. 68955/11, 15/1/2015.
- ECHR, Case of yazar and others v. turkey, applications nos. .22723/93, 22724/93 and 22725/93, 9.4.2002.
- ICTR, trial judgment, prosecutor v. Clément kayshema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-9S-I-T, 21 May 1999.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN

JULIO-DICIEMBRE 2022

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

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

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

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

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual [BOE-A-2022-11311], por Emilio GUICHOT
2. Real Decreto-Ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural [BOE-A-2022-12925], por Irene RUIZ OLMO
3. Real Decreto-Ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales [BOE-A-2022-12926], por Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
4. Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego [BOE-A-2022-18037], por Noemi MATEOS GONZÁLEZ
5. La nueva Ley del Deporte en España: claves para una primera aproximación. Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte [BOE-A-2022-24430], por M.ª Josefa GARCÍA CIRAC

DERECHO CIVIL

1. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589], por María José VAQUERO PINTO
2. Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios [BOE-A-2022-19403], por José Antonio MARTÍN PÉREZ

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589], por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA
2. Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-5364], por María Concepción TORRES DÍAZ
3. Acuerdo de 15 de marzo de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica [BOE-A-2023-7531], por María Concepción TORRES DÍAZ
4. Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja [BOE-A-2023-11337], por María Concepción TORRES DÍAZ

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

1. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630], por Ana GARCÍA GARCÍA
2. Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366], por Ana GARCÍA GARCÍA

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

1. Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre [BOE-A-2022-10852], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
2. Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual; se modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios [BOE-A-2022-19403], por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
3. Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes [BOE-A-2022-21739], por María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
4. Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 [BOE-A-2022-22128], por Rosa María ALFONSO GALÁN
5. Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias [BOE-A-2022-22684], por María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO

DERECHO MERCANTIL

1. Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) [DOUE L 2654, de 12-X-2022], por Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
2. Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre [BOE-A-2022-10852], por Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS

3. Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre reestructuración y solvencia) [BOE-A-2022-14580], por Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
4. Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas [BOE-A-2022-15818], por Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
5. Real Decreto 991/2022, de 29 de noviembre, por el que se modifica el régimen reglamentario de competencias sancionadoras y de control oficial en materia de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico [BOE-A-2022-19913], por M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO

DERECHO PENAL

1. Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, de modificación del Código Penal [BOE-A-2022-11588], por Cecilia CUERVO NIETO
2. Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria [BOE-A-2022-21676], por Cecilia CUERVO NIETO

DERECHO PROCESAL

1. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589], por Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT
2. Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo [BOE-A-2022-14682], por Selena TIERNO BARRIOS
3. Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630], por Cristina RUIZ LÓPEZ

Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual¹ [BOE-A-2022-11311]

NUEVOS RETOS EN LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL

La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA) es transposición de la Directiva 2018/1808, cuya enseña es la llamada «convergencia mediática». Es un dato incontrovertido el aumento radical en el consumo de productos audiovisuales a través de plataformas de internet, tanto a través de las llamadas «televisiones no lineales» o «por catálogo de programas» (Netflix, Disney Channel, HBO, Amazon Prime o, con sede en España, Movistar plus, Filmin...), como en las de intercambio de vídeos (con Youtube como protagonista). Por ello, la reforma de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual (en adelante, DSCA) aprobada en 2018 tiene como uno de sus principales objetivos «nivelar el terreno de juego». La premisa es que todos ellos llevan a cabo una actividad concurrente en el «mercado único digital» y deben someterse a las mismas reglas en todo aquello que se adapte a su propia naturaleza. De este modo, se equiparan en gran medida las obligaciones de prestadores lineales y no lineales y se incorpora una regulación de las plataformas de intercambio de vídeos (en inglés, Video Sharing Platforms), con contenidos generados a menudo por usuarios cualificados que son protagonistas de la comunicación actual de masas —los llamados influencers—.

En transposición de esta directiva, el legislador de la LGCA ha optado por derogar su antecesora de 2010, incorporando —eso sí, con casi dos años de retraso— los cambios introducidos en 2018 en la DSCA. La tramitación parlamentaria de la LGCA estuvo marcada por las exigencias de los socios parlamentarios nacionalistas-independenistas del Gobierno de imposición de porcentajes específicos de cuotas de pantalla y obligaciones de financiación de producto audiovisual en lenguas autonómicas cooficiales, además de todo tipo de fondos para ayudas a la producción y al doblaje en estas lenguas, que se incorporaron a LGCA, como revelan las actas de la sesión plenaria en el Congreso de los Diputados. Sin embargo, el entendimiento con muchos de estos aliados nacionalistas-independenistas se torció durante la tramitación parlamentaria por la regulación del concepto de productor independiente, que tiene la consecuencia de que la productora de un gran grupo mediático puede tener la consideración de «independiente» cuando vende sus productos a otro gran grupo mediático, de modo que

1. Esta crónica de legislación se corresponde, con pequeñas alteraciones y sin notas al pie, con un apartado del artículo «Introducción a la reforma y ámbito de aplicación de la LGCA», publicado en el número especial de mayo de 2023 de la *Revista General de Derecho Administrativo*, a cuyo coordinador agradece el autor su comprensión al permitir la publicación.

pueden «intercambiarse» productos, lo que convenía en todo punto a los dos grandes grupos televisivos privados; esto produjo un gran rechazo en el mundo del cine y motivó el voto en contra de diversos aliados parlamentarios del Gobierno. De este modo, finalmente, la LGCA se aprobó con el voto favorable del Partido Socialista y el Partido Nacionalista Vasco, Nueva Canarias y Coalición Canarias; la abstención de sus socios de gobierno, Unidas Podemos, el Partido Popular y Ciudadanos, y los votos en contra de Junts per Catalunya, PDeCAT y Vox y de CUP, Bildu, ERC y Compromís. En cuanto a las reivindicaciones o intereses del oligopolio de prestadores privados del servicio de comunicación televisiva, la LGCA de 2022 exime a las televisiones estatales privadas de una cuota de pantalla en lenguas autonómicas cooficiales. A ello se le une la eliminación de las franjas horarias de protección reforzada en televisión para la protección de los menores, cuya vulneración había dado origen a las sanciones más cuantiosas para los principales grupos mediáticos privados. En fin, el favor de los grandes grupos mediáticos y el apoyo de los grupos independentistas fueron factores claves que, finalmente, entraron en colisión.

No es este el lugar de analizar con detalle el contenido de la LGCA de 2022. Baste señalar que se estructura del siguiente modo:

- Título preliminar. Disposiciones generales. Regula el objeto, las definiciones y el ámbito de aplicación. Sobre su contenido versa el siguiente epígrafe de este trabajo.
- Título I. Principios generales de la comunicación audiovisual. Muchos de estos principios estaban ya acogidos en la LGCA de 2010, y ahora son reformulados y se les dedica un título específico. Algunos son aplicables no solo a la comunicación «clásica» radiotelevisiva, sino también, y en consonancia con su ámbito de aplicación, a las nuevas formas de comunicación audiovisual por internet (los de dignidad humana, igualdad de género e imagen de las mujeres, alfabetización mediática y autorregulación y correulación), mientras que otros adicionales se predicen solo de la actividad de radio y televisión (pluralismo, protección de las personas con discapacidad, protección de las lenguas cooficiales, veracidad de la información, conciliación de la vida personal y familiar y protección de la propiedad intelectual).
- Título II. La prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo. Este título integra el régimen jurídico y títulos habilitantes para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo, la comunicación previa y la licencia y los negocios jurídicos sobre la misma; materias cuya regulación, favorable a la concentración, permanece básicamente inalterada. Se regula también el régimen del registro de prestadores y la publicidad del régimen de propiedad de los servicios de comunicación audiovisual y los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, adecuando así el objeto registral al ámbito de aplicación extendido de la nueva ley respecto de su predecesora. Se disciplina la prestación transfronteriza del servicio de comunicación audiovisual televisivo, en línea con la DSCA y con la LGCA de 2010 y, finalmente, se regula la prestación del servicio de comunicación

audiovisual televisivo comunitario sin ánimo de lucro mediante ondas hertzianas terrestres, de un modo algo menos restrictivo que en la LGCA de 2010, ya que ahora sí se permite la emisión de comunicaciones comerciales cuyo objeto sea exclusivamente promocionar bienes y servicios relacionados con la actividad de personas físicas o jurídicas establecidas en el ámbito de cobertura del servicio, así como los anuncios de servicio público o de carácter benéfico.

- Título III. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual. Se regulan aquí los aspectos generales, la gobernanza, el control, la financiación y el régimen de la prestación estatal, autonómica y local. La LGCA de 2022 es continuista en materia de servicio público audiovisual. Apura la regulación para el prestador estatal y se limita a establecer el marco básico aplicable a los demás, consecuentemente con el régimen de reparto de competencias en la materia audiovisual y con las condiciones de sus socios parlamentarios nacionalistas-independentistas. De este modo, define el servicio público y sus misiones; prevé la posible existencia de operadores públicos de comunicación audiovisual en los respectivos ámbitos territoriales del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales que presten el servicio en abierto, de carácter generalista o temático; su necesaria suficiencia de medios; la prohibición de participación en el capital de prestadores privados o de dedicar canales en exclusiva a comunicaciones comerciales audiovisuales; que sean los máximos órganos representativos del territorio respectivo en los que recaiga el control de la gestión y del cumplimiento de la función de servicio público de los operadores públicos de su respectivo ámbito, sin olvidar las funciones generales de control que corresponden a las autoridades audiovisuales competentes. Es más, como es sabido, la LGCA de 2010 asumió, en un principio, que la televisión autonómica tendría el carácter de un servicio público autonómico de gestión directa, en línea con lo que disponía la Ley del Tercer Canal. No obstante, una modificación operada bajo gobierno popular por la Ley 6/2012, de 1 de agosto, abrió la posibilidad de toda suerte de formas de gestión directa o indirecta, e incluso permitió que la comunidad autónoma traspasase a un tercero el servicio mediante la privatización o venta al mercado de sus empresas prestadoras. Estas medidas se adoptaron en un contexto de endeudamiento generalizado de los operadores autonómicos que motivó el cuestionamiento público de ciertos canales autonómicos y la desaparición y cierre de alguno (el Canal Nou valenciano, en 2013). Pues bien, la LGCA de 2022, aprobada como la de 2010 bajo gobierno socialista, ha mantenido esta libertad, sin volver a la fórmula de 2010. Junto a ello, y como novedades, ha generalizado la fórmula de los mandatos-marco (para un periodo de ocho años prorrogable) y de los contratos-programa (cada cuatro años) para todos los operadores públicos autonómicos, además del estatal, y ha introducido como novedad relevante para los operadores públicos la obligación de que, al introducir nuevos servicios, y siempre que su estimación supere el 10 % del presupuesto anual del operador, se realice un análisis previo de «su valor público»

por parte de las autoridades audiovisuales de ámbito estatal o autonómico que en cada caso corresponda. Por lo demás, la LGCA permite al Estado, a las comunidades autónomas y entidades locales determinar, para su ámbito de competencia, el sistema de financiación de su servicio público de comunicación audiovisual dentro del respeto a los principios de compatibilidad con la normativa de competencia, garantía de la estabilidad presupuestaria, con contabilidad separada de los ingresos y costes de la actividad de servicio público de las restantes actividades y prohibición de utilizar sus recursos públicos para distorsionar el mercado. Para el ámbito estatal, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación RTVE, ha sido objeto de importantes modificaciones por la Disposición Final 4.^a de la LGCA de 2022 para adaptarla a las previsiones que acabamos de enunciar y ha sustituido las aportaciones de las empresas de telecomunicaciones —que en realidad no se beneficiaron de la supresión de la publicidad en RTVE— por las de las plataformas de intercambio de vídeos, lo que parece mucho más coherente, porque ellos sí compiten por un mismo mercado de la publicidad.

- Título IV. La prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico y sonoro a petición. Como novedad respecto de su antecesora, la LGCA de 2022 incorpora un título dedicado a la radio que se alinea con el régimen previsto para la televisión en todo aquello en que ambas formas de comunicación son homologables, con reglas propias de pluralismo que son continuistas respecto de las contenidas en la anterior LGCA de 2010.
- Título V: La prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma. Se trata de un título novedoso que se corresponde con la inclusión de estos servicios en el ámbito de la regulación audiovisual operada, como vimos, por la reforma en 2018 de la DSCA, bajo la enseña del mercado único digital y la nivelación del terreno de juego. De este modo, la LGCA extiende la aplicación de su regulación a todo aquello que es homologable a la vista de la diferente naturaleza la televisión y de las plataformas de intercambio de vídeos —por ejemplo, no en cuanto a franjas horarias de protección del menor o a tiempos y momentos de emisión de publicidad, por motivos obvios—; algunos principios —aunque no todos, como ya notamos, supra—; la inscripción registral, la protección de los usuarios y los menores, la imposición de cláusulas de respeto a la legalidad en las condiciones del servicio, de cauces para denunciar infracciones e informar de la tramitación de las denuncias, de mecanismos de calificación por edades y de verificación de la edad, de sistemas de control parental, de herramientas de alfabetización mediática, de protección de datos, etc. Además, incorpora una regulación de las obligaciones de los usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma —los conocidos como youtubers o influencers—, que han de respetar las reglas de diferenciación entre contenidos y publicidad e inscribirse en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.

- Título VI. Obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo. En este título, la LGCA de 2022 retoma lo dispuesto por su predecesora de 2010 adaptándolo a la reforma de 2018 de la DSCA en materia de protección de menores, accesibilidad, promoción de obra audiovisual europea y diversidad lingüística, comunicaciones comerciales audiovisuales. En protección de menores, sin duda, la gran novedad «aportada» por la LGCA respecto de su antecesora es la eliminación de otras restricciones horarias dirigidas a la protección del menor, las llamadas «franjas de protección reforzadas». Su sistemático incumplimiento por algunas cadenas dio origen a la imposición por la CNMC de cuantiosas sanciones. En «compensación», la LGCA ha añadido que la autoridad audiovisual competente pondrá en marcha actuaciones dirigidas a fomentar la producción y la emisión de programas de televisión especialmente recomendados para menores de edad, adaptados a su edad, madurez y lenguaje que promuevan su desarrollo y bienestar integral. En lo que hace a la accesibilidad, la LGCA de 2010 estableció obligaciones concretas de porcentajes u horas de emisión tan solo para las televisiones lineales en abierto de cobertura estatal o autonómica; la LGCA de 2022, por el contrario, concreta las obligaciones no solo para esta modalidad —respecto de la que las aumenta—, sino también para las demás modalidades de televisión, con la salvedad de que no son de aplicación a los prestadores con un bajo volumen de negocio y con una baja audiencia, en los términos que se determinen reglamentariamente, y de que las comunidades autónomas pueden regular obligaciones adicionales para los prestadores de ámbito autonómico. Todas estas medidas se fijan como mínimos, ya que se prevé que la autoridad audiovisual competente fomente la adopción de códigos de autorregulación por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual con el fin de alcanzar la accesibilidad universal de dicho servicio y mejorar la calidad de las medidas obligatorias, consultando en la elaboración de los códigos a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Solo en el caso de que no se adopten los códigos o se juzgue por la autoridad audiovisual que no se muestre eficaz, el Gobierno puede fijar reglamentariamente el alcance de las obligaciones adicionales. En cuanto a la materia de la promoción de la obra audiovisual europea y de la diversidad lingüística, ya vimos como centró en gran medida el debate parlamentario y marcó las alianzas y desencuentros entre grupos parlamentarios. Por una parte, por cuanto los grupos nacionalistas-independentistas condicionaron su apoyo al Gobierno a la introducción mediante enmiendas al proyecto de LGCA de porcentajes mínimos dentro de las cuotas de pantalla («subcuotas») y de los porcentajes de financiación obligatoria («subporcentajes») en relación con las obras producidas en sus lenguas autonómicas cooficiales. Por otra, por cuanto el concepto de «productor independiente», y la enmienda pactada entre los grupos socialista, popular y Ciudadanos, motivaron finalmente el voto negativo a la mayor parte de los aliados nacionalistas-independentistas del Gobierno. En efecto, la LGCA define «productor independiente» como la persona física o jurídica que no está vinculada de forma estable en

una estrategia empresarial común con un prestador del servicio de comunicación audiovisual obligado a cumplir con la obligación de financiación anticipada de obra audiovisual europea y que asume la iniciativa, la coordinación y el riesgo económico de la producción de programas o contenidos audiovisuales, por iniciativa propia o por encargo, y a cambio de una contraprestación los pone a disposición de dicho prestador del servicio de comunicación audiovisual. Se presume que existe una vinculación estable entre un productor independiente y un prestador del servicio de comunicación audiovisual cuando son parte del mismo grupo de sociedades o cuando existen acuerdos estables de exclusividad que limitan la autonomía de las partes para contratar con terceros. La formulación es similar a la contenida en la anterior ley e idéntica a la inicialmente contenida en el proyecto de ley, salvo en una palabra: «dicho». Este cambio, fruto de una enmienda pactada entre los diputados del PSOE, PP y Ciudadanos, tiene la consecuencia —o al menos esa parece la interpretación literal— de que la productora de un gran grupo mediático puede tener la consideración de «independiente» cuando vende sus productos a otro gran grupo mediático. Este cambio juega a favor de estos grandes grupos, que siempre se han opuesto a la obligación de financiación de obra audiovisual europea, y que en todo caso han tratado de descafeinar la obligación cumpliéndola en lo posible con productos elaborados por sus propias productoras. El cambio de redacción, como avanzamos, constituyó uno de los puntos críticos en la tramitación de la LGCA, que provocó la ruptura final en la votación entre el PSOE, su socio de gobierno Unidas Podemos (que se abstuvo) y algunos de los demás partidos que conformaban la mayoría parlamentaria en que se apoyaba el Gobierno en esa legislatura (entre ellos, ERC, Bildu, BGN o Compromís, que votaron en contra), y granjeó al Gobierno las críticas de las principales asociaciones del sector de la cinematografía, que anunciaron su intención de denunciar ante la Comisión Europea lo que consideran un atentado contra la mencionada DSCA y su intención de fomentar la creación de un sector empresarial de productores (verdaderamente) independientes. Finalmente, en lo que hace al régimen de las comunicaciones comerciales audiovisuales, la mayor novedad, cuyo origen está en la reforma de 2018 de la directiva, está en la flexibilización de los límites horarios aplicables a las televisiones lineales, que pasan a ser sustituidos por límites por franjas horarias: un máximo de 144 minutos entre las 6:00 y las 18:00 horas y un máximo de 72 minutos entre las 18:00 y las 24:00 (el llamado prime time u horario de máxima audiencia), lo que supone en ambos casos el 20 % del tiempo total. También, como novedad, se permite la comunicación comercial audiovisual de bebidas alcohólicas con un nivel superior a veinte grados entre la 1:00 y las 5:00 horas, publicidad que estaba prohibida de forma absoluta en la LGCA de 2010.

- Título VII. La contratación en exclusiva de la emisión de contenidos audiovisuales. En este título se regulan los acontecimientos de interés general para la sociedad, que deben ser transmitidos en abierto y para todo el territorio español cualesquiera

que sean la naturaleza y el ámbito territorial del prestador que haya adquirido en exclusiva los derechos de retransmisión, así como el acceso de los demás medios a la información sobre ellos. El legislador de 2022, al igual que lo hiciera su predecesor de 2010, ha mantenido, frente al espíritu de la DSCA de la que esta regulación es transposición y a la práctica de los demás Estados miembros, la retransmisión de un partido de cada jornada de la Liga de fútbol profesional como uno de esos acontecimientos que puede ser incluido en el catálogo. La nueva LGCA prevé que el catálogo de los acontecimientos de interés general para la sociedad que deben emitirse en televisiones en abierto y de ámbito estatal, sean total o parcialmente en directo o en diferido, se apruebe por acuerdo del Consejo de Ministros, y vuelve a incluir un partido por jornada de la Liga de Fútbol Profesional. Las novedades respecto de su precedente son la exclusión del listado de la final de la Champions league y la incorporación expresa de los juegos paralímpicos, del deporte femenino y de dos acontecimientos no deportivos sino culturales: la gala de los Premios Goya y de los Max.

- Título VIII. Política audiovisual estatal. En el ámbito estatal, la LGCA de 2022 incorpora la novedad de regular la llamada «política audiovisual estatal», articulada en torno a los siguientes elementos. En primer lugar, la aprobación de un plan estratégico audiovisual cada seis años que incluya en todo caso apartados de diagnóstico, perspectivas de futuro, líneas de trabajo e implementación y seguimiento del plan, con publicación posterior de los resultados de su implementación. El plan se aprueba por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, previo informe de la CNMC y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En segundo lugar, la aprobación de un plan de ordenación e impulso del sector. Lo aprueba por acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, previo informe de la CNMC y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. En tercer lugar, la elaboración de un informe anual sobre la situación del sector audiovisual por parte de la autoridad audiovisual competente. Además, contempla la protección del patrimonio audiovisual y su acceso, tanto de los archivos de RTVE como de los demás prestadores, cuya formación se fomenta, al tratarse de instrumentos de interés histórico y cultural de primer orden.
- Título IX. Autoridades audiovisuales competentes. La nueva LGCA establece la siguiente distribución de competencias. Por una parte, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital ejerce las siguientes competencias: propuesta, elaboración y modificación de las normas en materia audiovisual que se consideren necesarias para el cumplimiento de las finalidades de esta ley; gestión de títulos habilitantes y recepción de comunicación previa de inicio de actividad relativa a la prestación de servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal; llevanza del Registro estatal de prestadores; promoción de la autorregulación y corregulación

a nivel nacional, europeo e internacional; promoción de programas especialmente recomendados para menores; propuestas de estrategia audiovisual, y elaboración de un informe anual sobre la situación del sector audiovisual. Por otra, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce el control y la supervisión del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LGCA. Además, es competente para resolver los conflictos que se susciten en relación con el acceso a estadios y recintos deportivos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica. Ambas autoridades deben colaborar e intercambiarse información y los prestadores de su ámbito de competencia están obligados a colaborar con ellas. A ello se suma que la aprobación del catálogo de los acontecimientos de interés general para la sociedad que deben emitirse en televisiones en abierto y de ámbito estatal, sean total o parcialmente en directo o en diferido, se ha reservado ya no al Ministerio de la Presidencia, como en la LGCA de 2010, sino a acuerdo del Consejo de Ministros. La LGCA de 2022, siguiendo el modelo del ERGA, ha creado el llamado «Grupo de Autoridades de Supervisión para los Servicios de Comunicación Audiovisual», como órgano de cooperación integrado por representantes de las autoridades independientes de ámbito estatal y autonómico en el ámbito de los servicios de comunicación audiovisual que tengan la responsabilidad primaria de la supervisión de los servicios de comunicación audiovisual o, en los casos en que no exista una autoridad u organismo, por otros representantes elegidos a través de sus propios procedimientos. Sus cometidos son los de intercambio de información, experiencias y mejores prácticas y la realización o encargo de los informes que considere oportunos sobre la prestación del servicio de comunicación audiovisual.

- Título X. Régimen sancionador. En el ámbito estatal, la competencia sancionadora está repartida entre el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en atención al respectivo ámbito material de competencias en materia audiovisual que antes estudiamos. En el autonómico, que incluye a los prestadores de ese ámbito y del local, ha de estarse a lo que establezca la respectiva normativa. La LGCA establece una banda de sanciones pecuniarias adecuada a la ampliación de su ámbito de aplicación, distinguiendo entre los servicios de comunicación audiovisual televisiva lineales y a petición, de agregación de servicios de comunicación audiovisual y de intercambio de vídeos a través de plataforma, de una parte; y los radiofónicos, lineales o a petición, de otra. Pero, además, y esto es una novedad de la LGCA, en el caso de las televisiones se diferencian bandas en función de los ingresos devengados en el ejercicio anterior obtenidos por la prestación del servicio en el mercado español, todo ello para tratar de adecuar la sanción a la capacidad económica de las empresas. La nueva LGCA obliga a la publicidad de las sanciones en el Registro audiovisual correspondiente en el apartado de cada prestador. La LGCA de 2010 disponía que la autoridad competente para su imposición podía acordar que la

sanción llevara aparejada la obligación de difundir la parte resolutive de las mismas, lo cual podía contribuir a la ejemplaridad de las sanciones o como advertencia a los posibles perjudicados que puedan utilizar la resolución como argumento de apoyo en una eventual reclamación de daños y perjuicios. Pero, obsérvese, se establecía tan sólo como una potestad discrecional de la autoridad audiovisual, sin criterio alguno que la delimite. Ahora se ha cambiado por el modelo antes reseñado.

La LGCA de 2022 se completa con cinco disposiciones adicionales, siete transitorias, una derogatoria y nueve finales.

Emilio GUICHOT
Catedrático de Derecho administrativo
Universidad de Sevilla
eguichot@us.es

Real Decreto-ley 14/2022, de 1 de agosto, de medidas de sostenibilidad económica en el ámbito del transporte, en materia de becas y ayudas al estudio, así como de medidas de ahorro, eficiencia energética y de reducción de la dependencia energética del gas natural
[BOE-A-2022-12925]

MEDIDAS DE SOSTENIBILIDAD PARA SECTORES ESPECÍFICOS. INCIDENCIA EN LA ENERGÍA

La invasión rusa de Ucrania ha provocado una crisis energética de primer orden que ha evidenciado la alta dependencia de los combustibles fósiles que seguimos teniendo¹ y, consecuentemente, que estamos expuestos a la volatilidad de sus precios, lo que a la postre provoca un fuerte efecto inflacionista².

En este contexto, la Comisión puso de manifiesto en la Comunicación «REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible»³ la necesidad de aumentar rápidamente el uso de energías renovables para reducir la dependencia de la Unión de los combustibles fósiles, cuestión que se ha materializado recientemente en la revisión realizada sobre la Directiva de energías renovables⁴. En el caso de España, el problema no radica tanto en el gas, ya que no somos dependientes de las importaciones procedentes de Rusia y el nivel de reservas se encuentra a niveles suficientes para evitar problemas de desabastecimiento, tal y como se pone de manifiesto en el preámbulo de norma que nos proponemos analizar. No obstante, eso no nos libra de consecuencias como el incremento en el precio de la electricidad⁵, que incide directamente en nuestros niveles de crecimiento y de bienestar. Por su parte, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC) subraya que, para alcanzar los objetivos de sostenibilidad, eficiencia energética y reducción de la dependencia de fuentes convencionales y afrontar el cambio climático, es necesario

1. GALÁN VIOQUE, R. 2021: «La contratación pública local: ordenación del territorio, urbanismo y movilidad». Anuario del Gobierno Local, 2021: 149.

2. DELGADO PIQUERAS, F. 2023: «Seguridad hídrica y nuevas fuentes de recursos de agua». En A. Embid Irujo (dir.): Seguridad hídrica y cambio climático. Aranzadi, 99.

3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible» [COM (2022) 108 final].

4. Directiva (UE) 2018/2001, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

5. Para paliar dicho incremento, se han aprobado entre otros el Real Decreto-Ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista.

que primen las energías renovables⁶. Y, precisamente para lograr estos objetivos, el Gobierno ha considerado oportuno —en consonancia con los acuerdos solidarios de reducción de demanda alcanzados en el Consejo Extraordinario de Ministros de Energía del 26 de julio de 2023— aprobar el Real Decreto-Ley 14/2022, de 1 de agosto, una disposición normativa que adopta medidas con un contenido muy variado, y que puede parecer que carecen de conexión entre ellas. Y que van desde la regulación de la temperatura ambiental (contenida dentro del Plan de choque de ahorro y gestión energética en climatización reguladas en el Título IV) a medidas económicas en materia de becas y ayudas al estudio (Título IV) y la regulación de un nuevo sistema de cotización a la Seguridad Social de autónomos. No cabe duda de que es necesario atender a los intereses de todos los sectores afectados por la difícil coyuntura actual, pero es de dudosa calidad técnico-legislativa que se haga a través de un popurrí que remeda las denostadas «leyes de acompañamiento»⁷.

De los cinco títulos en los que se estructura la norma, las medidas contenidas en el Plan de choque de ahorro y gestión energética en climatización, las del artículo 29 han sido las más polémicas. Por un lado, se modifican las limitaciones de temperaturas de calefacción y refrigeración contenidas previamente en el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) a través de un RD Ley. De otro, se impone a los comercios tener apagado el alumbrado de sus escaparates a partir de las veintidós horas, aunque el local permanezca abierto⁸, lo que puede entrar en conflicto con normativa en materia de comercio interior dictada por las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos de Autonomía⁹. Es el caso de la Comunidad de Madrid que, en el ejercicio

6. ALONSO GARCÍA, C. 2023: «La incidencia de las potestades de los entes locales en el desarrollo y la implantación de las energías renovables». Cuadernos de Derecho Local, 2023, 61: 114.

7. Por todos, MORENO GONZÁLEZ, S. 2004: Constitución y leyes de «acompañamiento» presupuestario. Thomson Reuters Aranzadi.

8. El citado precepto impone otras medidas como exigir a los edificios y locales con acceso desde la calle incluidos en el ámbito de aplicación de la I. T. 3.8 del RITE disponer de un sistema de cierre de puertas adecuado independientemente del origen renovable o no de la energía utilizada para la generación de calor y frío por parte de los sistemas de calefacción y refrigeración (esta medida ya la exigía el RITE para la producción de generación de calor y frío si para ello se estuviere empleando energía convencional, extendiéndose ahora a todo tipo de energías); la obligación de mostrar en carteles o pantallas las medidas de ahorro obligatorias, así como otras opcionales adoptadas; o adelantar la siguiente inspección de eficiencia energética en aquellos edificios obligados a ello cuya última inspección sea anterior al 1 de enero de 2021. Estas nuevas inspecciones deben realizarse antes del 31 de diciembre de 2022.

9. Así lo ha entendido el Gobierno de la Comunidad de Madrid en el Recurso de inconstitucionalidad núm. 7079-2022, contra el artículo 1, uno; artículo 1, cuatro; artículo 2, uno; artículo 10; artículo 29, uno; y artículo 29, cuatro. Por su parte, el Grupo Parlamentario VOX también ha promovido el recurso de inconstitucionalidad núm. 7079-2022, contra los mismos preceptos; sendos recursos han sido admitidos a trámite.

de sus competencias reconocidas en el artículo 26.3.1.2 de su Estatuto de Autonomía y de lo dispuesto en su Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior de la Comunidad de Madrid, permite que los establecimientos comerciales puedan abrir las veinticuatro horas del día si el comerciante lo considera oportuno y, lógicamente, si el RD Ley obliga a apagar los escaparates a partir de las 22:00 horas estaría incidiendo en esa posibilidad que tienen los comerciantes, limitando a su vez las competencias autonómicas, en la medida que este horario de iluminación de escaparates estaría imponiéndose sobre la normativa de las comunidades autónomas sin permitirles ningún margen de actuación ni de desarrollo en torno a esa limitación.

Cabe cuestionarse, además, hasta qué punto es adecuada la utilización del RD Ley como instrumento para abordar estas medidas, si tenemos en cuenta que algunas van a tener vigencia hasta el 1 de noviembre de 2023. La concurrencia del presupuesto habilitante para su utilización exige la existencia de situaciones excepcionales, en las que concurren circunstancias tan extraordinarias que requieran de una actuación legislativa inmediata, que no pueda esperar a su promulgación a través de los procedimientos legislativos convencionales, tal y como exige el art. 86.1 de la CE.

Ahora bien, la doctrina del Tribunal Constitucional (declarada entre otras en STC 39/2013, de 14 de febrero, FJ 8) considera que «como consecuencia de la gran incidencia que el sector energético tiene en la actividad económica, el Gobierno tiene plena capacidad para apreciar cuál es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar sus decisiones». Así, la regla general sería que la utilización del RD Ley se estima legítima

en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernanza del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta. Ahora bien, aquí habría que cuestionar la existencia de una situación de «extraordinaria y urgente necesidad».

En este caso, la propia norma reconoce que son medidas que se adoptan con vistas al próximo invierno, por lo que quizá sí habría dado tiempo a tramitarlas por medio de una ley.

A pesar de ello consideramos que las restricciones y medidas de ahorro contenidas en la norma son necesarias para evitar que lleguemos a una situación de riesgo. Son más incómodas que poder consumir toda la energía que queramos en cualquier momento, que es a lo que estamos acostumbrados, pero pueden resultar imprescindibles en un momento de crisis energética. Ahora bien, en la concreción de estas medidas sí es necesario contemplar los diferentes escenarios y, ahí, la flexibilidad es clave; acomodar las temperaturas en función del uso que se vaya a dar a cada espacio, respetando en todo caso los derechos de salud laboral de los trabajadores¹⁰.

10. Si bien es cierto que, respecto a los umbrales de temperatura, la norma exonera de su cumplimiento a aquellos recintos que justifiquen la necesidad de mantener condiciones

No obstante, algunas de estas medidas (v. gr. los valores mínimos de refrigeración y máximos de calefacción contenidos en el art. 29) son muy difíciles de controlar. Y, por otro lado, en su mayoría ya estaban contempladas en el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios. Y, según la doctrina constitucional, el recurso al RD Ley para regular materias que no están sujetas a reserva de ley y que previamente se encontraban reguladas en disposiciones de rango reglamentario requiere de un plus de justificación:

La utilización del decreto-ley solamente será constitucionalmente legítima si la norma reglamentaria no permite dar la respuesta urgente que requiere la situación que según el Gobierno es preciso resolver. Es decir, si de lo que se trata es de utilizar un real decreto-ley para ordenar una materia que antes era regulada por normas reglamentarias, la justificación del empleo de ese producto normativo impone al Gobierno la necesidad de razonar por qué esa regulación requería precisamente la elevación de ese rango en el momento en que se aprobó el real decreto-ley en cuestión¹¹.

Pues bien, el RD Ley 14/2022 omite cualquier justificación de la utilización de este instrumento normativo para regular unas obligaciones que, con límites distintos, ya se encontraban recogidas en una norma de rango reglamentario.

Por último y haciendo alusión a las carencias de la norma, cabe destacar la ausencia de un régimen sancionador propio, puesto que se remite al contenido en la Ley 21/1992 de Industria y el Reglamento de Instalaciones Térmicas del año 2007¹², con sanciones totalmente desproporcionadas que van desde los 600 a los 100 millones de euros, por lo que su configuración podría atentar contra los principios de tipicidad y proporcionalidad. Además, no deja de ser controvertido y paradójico que sean las comunidades autónomas las que tengan que velar por su cumplimiento.

Todo ello induce a concluir que, en una coyuntura de crisis como la actual, las medidas tienen que ser materialmente acordes con los objetivos ambientales definidos por la Unión Europea y los compromisos internacionales de sostenibilidad ambiental, como eje central del desarrollo económico y como uno de los principios estructurales del Derecho de la energía¹³. En ese sentido, la iniciativa del Gobierno resulta loable. Pero también es cierto que el instrumento normativo elegido tiene que ser coherente e idóneo, sin exceder de las bases de las que dispone el Estado para regular la materia.

Irene RUIZ OLMO
Profesora Ayudante Doctora
Departamento de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla
iruiz4@us.es

ambientales especiales o dispongan de una normativa específica que así lo establezca.

11. Por todas, STC 14/2020, de 28 de enero (FJ 5).

12. Aprobado por el Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio.

13. DEL GUAYO CASTIELLA, I. 2020: «Concepto, contenidos y principios del derecho de la energía». *Revista de Administración Pública*, 2020, 212: 321.

**Real Decreto-Ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se
adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales**
[BOE-A-2022-12926]

LA IMPORTANCIA DE UNA REGULACIÓN EFICIENTE EN MATERIA DE INCENDIOS FORESTALES

Como es regla habitual en este Gobierno, se ha vuelto a echar mano de un instrumento jurídico, el real decreto-ley —no olvidemos, pensado para solventar situaciones de extraordinaria y urgente necesidad— para intentar solucionar o paliar uno de los grandes males o cánceres que padece nuestro país desde hace demasiado tiempo: los incendios forestales. Ahora bien, no todo puede ser extraordinario y urgente, pues se convierte en normal lo excepcional y se confunde la finalidad para la que estaba pensado originariamente el instrumento aludido. Considero que esta lacra de los incendios forestales hubiera sido mejor intentar mitigarla, paliarla o solventarla, desde el punto de vista jurídico, a través del procedimiento legislativo ordinario, lo que permitiría realizar, con serenidad, un análisis de la situación y llevar a cabo tanto la previsión como proponer mecanismos reactivos más razonados y debatidos, así como someterse al control parlamentario debido, algo que no parece gustar mucho al actual Ejecutivo.

Como es sabido, la regulación básica estatal en materia de incendios aparece recogida en la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. A dicha norma, deben sumarse una batería normativa prolífica: leyes, normas y planes generales o específicos de carácter estatal, autonómico y local —no puede olvidarse que las entidades locales también ejercen competencias propias en materia de prevención y extinción de incendios atendiendo a la LBRL—. Ahora bien, aunque es cierto que este marco regulatorio, organizativo y estructural ha pretendido actuar, con los medios puestos a su disposición, con el objetivo de conseguir una reducción de la incidencia de los incendios forestales, lo cierto es que, aun reconociendo dicho esfuerzo, los resultados no han sido los esperados; a modo de ejemplo: desde el 1 de enero de 2022 hasta el 24 de julio del mismo año, se produjeron la escalofriante cifra de 31 grandes incendios, es decir, los que afectan a superficies superiores a quinientas hectáreas.

Además, aunque el Comité de Lucha contra los Incendios Forestales (CLIF), desde el punto de vista organizativo, lleva a cabo la coordinación nacional de los incendios forestales, y ejerce, por lo tanto, de forma colegiada, un papel esencial en la coordinación de las principales administraciones competentes, lo cierto es que la gestión estratégica de los incendios forestales se sigue abordando de manera parcial. Ello obliga al establecimiento de un marco de acción común a escala nacional, capaz de integrar a todos los agentes, públicos y privados, que tienen algún tipo de responsabilidad en la materia.

Por todos estos motivos, fundamentalmente, el Real Decreto-Ley 15/2022, de 1 de agosto, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de incendios forestales, modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, introduciendo modificaciones en tres ámbitos desde los que deben abordarse dichos incendios forestales: prevención, extinción y mantenimiento y restauración de los terrenos forestales afectados. Además, concede a las comunidades autónomas un plazo de cinco meses para adaptar sus servicios de prevención, vigilancia y extinción a lo contemplado en la norma.

Así, en materia de prevención, y en sustitución de los planes de defensa sólo previstos para las zonas de alto riesgo, se disponen los nuevos planes de prevención, vigilancia y extinción de los incendios forestales que incluirán todas las actuaciones que deben desarrollarse abarcando la totalidad del territorio de cada comunidad autónoma, que deberán actualizarse con la suficiente antelación y aplicarse continuamente durante todo el año.

En lo que respecta a la gestión del riesgo de incendio, se prevé un catálogo mínimo de prohibiciones y las correspondientes sanciones por su incumplimiento, que las comunidades autónomas deberán aplicar cuando el riesgo de incendio sea muy alto o extremo. A mayores, el ministerio competente ha de elaborar una herramienta de zonificación de incendios forestales que facilite, entre otras cuestiones, la toma de decisiones en materia de prevención y lucha contra los incendios.

En lo atinente a la extinción de los incendios, se estima necesario el refuerzo de la coordinación, a través de la implantación de un sistema de emergencias que asegure la interacción eficaz entre diferentes equipos cualquiera que sea la Administración a la que pertenezcan, así como para favorecer la acción conjunta y la asistencia recíproca entre los mismos. Dicha coordinación requerirá: primero, la adopción de directrices comunes relativas a la calificación homogénea de las unidades de extinción por sus capacidades operativas, de conformidad con las diferentes certificaciones profesionales existentes; segundo, un protocolo de coordinación común en materia de medios aéreos; tercero, la adopción de indicativos de radio unívocos; cuarto, una simbología común para la elaboración de los mapas operativos; y quinto, las condiciones mínimas de seguridad de las dotaciones y los equipos de protección individual de los que deberá disponer el personal que participe en labores de prevención y extinción de incendios forestales. Asimismo, se garantiza la coordinación de los dispositivos de extinción de incendios en el caso de incendios de zonas limítrofes de dos o más comunidades autónomas y se prevé la constitución de una dirección unificada de los trabajos de extinción cuando en ellos intervengan medios de la Administración General del Estado. Y, por último, se garantizan con rango legal las actuaciones estatales de apoyo a los servicios de prevención, vigilancia y extinción de incendios forestales de los que dispone el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para la lucha contra incendios.

Por su parte, en lo relativo a la restauración de los terrenos afectados por los incendios, se consolida el mecanismo de colaboración entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas para la restauración forestal y medioambiental,

cuando los incendios se hayan producido en zonas donde las medidas de prevención y extinción previstas por la ley se hayan cumplido y siempre que las superficies afectadas tengan una extensión mínima. Además, las actuaciones de restauración en las que la Administración General del Estado y la comunidad autónoma colaborarán, previa declaración de zona de actuación especial y de emergencia de las obras a ejecutar, podrían incluir desde medidas de restauración hidrológica forestal hasta la reparación de infraestructuras rurales de uso forestal.

Para concluir, sin desmerecer el empeño del Ejecutivo en poner coto e intentar paliar, en la medida de lo posible, los efectos perniciosos, tanto personales como materiales, que causan los incendios forestales en nuestro país, lo cierto es que este problema o se toma en serio por todos los responsables y gestores en las Administraciones Públicas competentes y se dota de los medios económicos y presupuestarios necesarios para poder combatirlos o seguirá pasando lo mismo que ha pasado hasta ahora: se seguirán produciendo dichos incendios forestales (lo tenemos bien presente con el incendio ocurrido recientemente en la provincia de Castellón).

Miguel Ángel GONZÁLEZ IGLESIAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
miguelin@usal.es

Ley 23/2022, de 2 de noviembre, por la que se modifica la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego [BOE-A-2022-18037]

LA REGULACIÓN DEL JUEGO COMO GARANTÍA DE ORDEN PÚBLICO

La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, publicada en el BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011, y vigente desde el 29 de mayo de 2011, tenía por objeto la regulación de la actividad del juego en todas sus modalidades y a nivel estatal para poder garantizar la protección del orden público, prevenir conductas adictivas, luchar contra el fraude y la manipulación de las competiciones deportivas, proteger los derechos de los menores y amparar los derechos de los participantes en los juegos, sin perjuicio de lo establecido en los Estatutos de Autonomía.

Esta nueva Ley 23/2022, de 2 de noviembre, pretende no minimizar la complejidad de la actividad del juego ni sus efectos perjudiciales. Las modificaciones con mayor relevancia que realiza son referidas al artículo 7, se añade un nuevo artículo 7 bis, en el que se alude a los principios generales para la publicidad, promoción y patrocinio de las actividades del juego. Las comunicaciones comerciales de los operadores del juego deben hacerse con sentido de la responsabilidad social y, por ello, prohíbe la siguiente serie de comunicaciones comerciales (consideradas contrarias al principio de responsabilidad social) que:

- a) Inciten a actitudes o comportamientos antisociales o violentos de cualquier tipo, discriminatorios por razones de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión o convicción, edad, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- b) Inciten a actitudes o comportamientos humillantes, denigratorios o vejatorios.
- c) Asocien, vinculen, representen o relacionen de forma positiva o atractiva las actividades de juego con actividades o conductas ilícitas o perjudiciales para la salud pública, así como con aquellas que den lugar a daños económicos, sociales o emocionales.
- d) Desacrediten a las personas que no juegan u otorguen una superioridad social a aquellas que juegan.
- e) Incluyan mensajes que desvaloricen el esfuerzo en comparación con el juego.
- f) Realicen apelaciones expresas a que el receptor de la comunicación comercial comparta con otras personas el mensaje previsto en la comunicación comercial.
- g) Transmitan tolerancia respecto al juego en entornos educativos o de trabajo.
- h) Sugieran que el juego puede mejorar las habilidades personales o el reconocimiento social.
- i) Incluyan contenido sexual en las comunicaciones comerciales, vinculen el juego a la seducción, el éxito sexual o el incremento del atractivo.
- j) Presenten el juego como indispensable, prioritario o importante en la vida.
- k) Presenten la familia o las relaciones sociales como secundarias respecto del juego.
- l) Utilicen representaciones gráficas del dinero o de productos de lujo.

El artículo 8 se modifica añadiendo un apartado 3 en el que se indica que

El Gobierno pondrá en marcha un Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego e instará a las distintas autoridades autonómicas responsables de los correspondientes registros de interdicción de acceso al juego (registro de prohibidos), en el ámbito de sus competencias, a la firma de convenios de colaboración para la interconexión automatizada entre los distintos sistemas de información de los mencionados registros, así como a la realización de los desarrollos informáticos y las modificaciones normativas necesarias para la implementación de la misma.

De este modo, el acceso de los usuarios tiene un mayor control en todos los sistemas de las diferentes comunidades autónomas.

Se añade una disposición adicional novena que hace referencia al Servicio de investigación global del mercado de apuestas con la pretensión de prevenir y luchar contra el fraude en el mercado de apuestas del deporte y la manipulación de este tipo de competiciones a través del intercambio pertinente de información de sus integrantes. A este servicio pueden unirse, adoptando un adecuado instrumento jurídico de carácter vinculante, actores como el Consejo Superior de Deportes, las federaciones deportivas, las ligas profesionales y los operadores de juego; las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los cuerpos de policía autonómica. Los datos personales tratados en el Servicio de investigación global en ningún caso se conservarán más de un año desde su obtención. Se establece un deber de confidencialidad y se garantiza el rastreo del acceso de todos los actores adheridos. La Dirección General de Ordenación del Juego tiene potestad para restringir los derechos de acceso, rectificación, limitación, supresión, oposición y portabilidad respecto al tratamiento de datos en el Servicio con el objetivo de no obstaculizar las investigaciones del Servicio de investigación del mercado de apuestas y evitar posibles daños en la detección, investigación y enjuiciamiento de las infracciones.

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, es transformado. Entre los cambios principales prevé la posibilidad de que la Administración Pública competente pueda restringir determinadas formas y aspectos de las visitas comerciales no solicitadas realizadas por el empresario en el domicilio del consumidor (nuevo apartado 7 añadido al artículo 19). Las asociaciones de consumidores pueden personarse en el procedimiento administrativo sancionador cuando no haya resolución definitiva si se ven afectados los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Se podrán considerar partes interesadas en el proceso cuando el propósito de las actuaciones administrativas coincida con los fines establecidos en los estatutos respectivos y al estar probada la afección concreta de los derechos e intereses legítimos de alguno de sus socios por las prácticas objeto del procedimiento (nuevo apartado undécimo en el artículo 46). En cuanto a la imposición de sanciones debe garantizarse que cometer la infracción no sea más beneficioso para la parte infractora que cumplir la norma (nueva redacción del

apartado primero del artículo 49). Partiendo de esto, se establecen sanciones de multa comprendidas entre estos importes máximos y mínimos:

- a) Infracciones leves: entre 150 y 10.000 euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre dos y cuatro veces el beneficio ilícito obtenido.
- b) Infracciones graves: entre 10.001 y 100.000 euros pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre cuatro y seis veces el beneficio ilícito obtenido.
- c) Infracciones muy graves: ente 100.001 y 1.000.000 de euros, pudiéndose sobrepasar esas cantidades hasta alcanzar entre seis y ocho veces el beneficio ilícito obtenido.

Si la sanción impuesta es desproporcionada respecto a la capacidad económica del infractor se puede utilizar el rango asignado a la calificación de un menor nivel de gravedad para calcular el importe de la sanción.

El artículo 50 recoge las sanciones accesorias y queda redactado nuevamente con cuatro puntos:

- 1) El comiso de las mercancías objeto de la infracción que sean propiedad del responsable. Se elegirá el destino que debe dar la administración competente dentro de las previsiones establecidas en la normativa aplicable.
- 2) La publicidad de las sanciones leves y graves impuestas, cuando hayan adquirido firmeza en vía administrativa, así como los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas naturales o jurídicas responsables y naturaleza de las infracciones, siempre que exista riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, reincidencia en infracciones análogas o manifestada intencionalidad en la infracción.
- 3) El cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años en los casos de infracciones muy graves.
- 4) La exigencia al infractor de rectificación de los incumplimientos identificados en la resolución que ponga fin al procedimiento.

El artículo 52 es la última reforma destacable llevada a cabo por esta ley en sus apartados sexto y séptimo, en los cuales recoge cómo se producirá la caducidad del procedimiento sancionador. El proceso caducará si transcurridos nueve meses desde la iniciación no ha recaído resolución alguna. En el propio transcurso del proceso este puede suspenderse a través de una resolución motivada, cuando se deba solicitar a terceros la aportación de documentación u otros elementos de juicio necesarios o en caso de requerir la coordinación o cooperación de autoridades de consumo de diferentes comunidades autónomas o de la Unión Europea.

Noemi MATEOS GONZÁLEZ
Doctoranda en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social
Universidad de Salamanca
NoemiMateos@usal.es

Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte [BOE-A-2022-24430]

LA NUEVA LEY DEL DEPORTE EN ESPAÑA: CLAVES PARA UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Siguiendo la definición de la Carta Europea del Deporte¹ podemos entender como deporte «todo tiempo de actividades físicas que, mediante una participación organizada o de otro tipo, tengan por finalidad la expresión o la mejora de la condición física y psíquica, el desarrollo de las relaciones sociales o el logro de resultados en competiciones de todos los niveles».

La Constitución española preceptúa en su artículo 43.3 que «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

Son tres las leyes del deporte aprobadas con posterioridad a la Constitución española en el ámbito estatal. La Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y el Deporte de 1980, vino a establecer un nuevo modelo de organización deportiva, respondiendo a la obligación de fomento del deporte y la tutela por parte de los poderes públicos en equilibrio con la organización privada. Diez años después se aprobaría la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, vigente durante más de tres décadas.

El deporte es, sin lugar a duda, una de las actividades humanas más enriquecedoras y generadoras de bienestar personal, así como instrumento de cohesión social y de transmisión de valores. Asimismo, hemos de considerar la relevancia del deporte en otros ámbitos, como el laboral, turístico, económico y sanitario. La necesaria adecuación normativa a las actuales necesidades del deporte ha impulsado la aprobación de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte. Hemos de situar la elaboración de la ley en un contexto marcado por la pandemia de la COVID-19, constituyendo la primera reforma del Componente 26, relativo al Fomento del Sector Deporte, del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Estado.

La ley consta de 124 artículos, estructurados en el título preliminar y nueve títulos. Son dieciocho las disposiciones adicionales, tres las transitorias y ocho las finales. Por su parte, la disposición derogatoria única viene a derogar la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y el capítulo III del título II de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, a excepción de lo dispuesto en su Sección 3.^a.

La vigente ley viene a efectuar un reconocimiento de la actividad física y el deporte, en tanto que actividad esencial, como derecho de toda la ciudadanía. Recordemos que mientras la ley de 1980 reconocía en el primero de sus artículos el derecho de

1. Carta aprobada por los Ministros europeos responsables del deporte, reunidos en la séptima Conferencia, celebrada en Rodas los días 14 y 15 de mayo de 1992.

todo ciudadano al conocimiento y práctica del deporte, la ley de 1990 no mencionaba este derecho.

El Título Preliminar recoge los principios generales de la ordenación deportiva, dedicando un capítulo a las disposiciones generales y otro a contemplar el interés público estatal en el deporte de alto nivel y la representación internacional. El principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución española inspira toda la ley². Distintos artículos establecen precisiones encaminadas a lograr la igualdad efectiva en el deporte entre hombre y mujer, atendiendo también al colectivo de personas LGTBI³. Otra de las líneas esenciales de la ley viene dada por la promoción del deporte inclusivo y practicado por personas con discapacidad. Contempla también la práctica deportiva de distintos colectivos que han de gozar de especial protección, como los menores, las personas mayores o los extranjeros.

Al abordar en el Título I la organización administrativa del deporte, se detallan las competencias del Consejo Superior de Deportes y se regulan las relaciones de cooperación entre las Administraciones Públicas⁴.

El Título II, dedicado a los actores del deporte, recoge la tipología de personas deportistas, así como un amplio elenco de sus derechos y deberes, y la protección de la salud. Se contempla también el arbitraje de alto nivel, el personal técnico deportivo y el voluntariado deportivo.

La regulación de las entidades deportivas se lleva a cabo en el Título III de la ley, el cual destina un capítulo a las federaciones deportivas españolas y otro a las ligas profesionales. Por lo que se refiere a las primeras, establece que son «entidades privadas de naturaleza asociativa, sin ánimo de lucro y con personalidad jurídica propia que tienen como objeto el fomento, la organización, la reglamentación, el desarrollo y la práctica, en el conjunto del territorio del Estado, de las modalidades y especialidades deportivas que figuran en sus estatutos». Se justifica el régimen especial del que gozan por la actividad que desarrollan y por las funciones públicas delegadas que les son encomendadas, funciones que se reducen respecto a las previstas en la ley de 1990, al mismo tiempo que, según se apunta en el preámbulo, se las pretende dotar

2. La ley se inspira además en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres. La importancia del papel de la mujer en el deporte obliga a los poderes públicos a actuar en consecuencia, para conseguir la igualdad material.

3. Para su protección se atenderá a lo dispuesto en la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

4. Relaciones que se desarrollarán principalmente en el marco de la Conferencia Sectorial de Deporte, como órgano permanente de cooperación y colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y las entidades locales, en materia de actividad física y deporte, con la finalidad de promover la cohesión del sistema deportivo. Recordemos que el artículo 148.1.19 confiere a las comunidades autónomas la competencia en materia de «promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio».

de un mayor grado de autonomía en su organización interna, si bien se apuesta por un modelo de control económico. El control ha de extenderse al buen gobierno de las federaciones deportivas y al establecimiento de normas de transparencia. Así, hemos de destacar, dentro de las disposiciones comunes a federaciones deportivas y ligas profesionales, el control económico que se prevé y el establecimiento de normas de gobernanza, códigos de buen gobierno y exigencia de transparencia de la información. Además, se reservan al Consejo Superior de Deportes facultades de actuación y supervisión.

El Título III viene a reconocer el papel esencial de los Comités Olímpico y Paralímpico en el desarrollo del deporte y en la difusión de los ideales y valores de los movimientos olímpico y paralímpico, garantizando la igualdad de ambos en lo relativo a sus funciones. La declaración de utilidad pública de ambos comités, como entidades privadas, es recogida en el articulado.

En el marco de la actividad deportiva, Título V, se encuentran novedades en torno a la clasificación de las competiciones, ya que desaparecen las competiciones no profesionales y se regulan las aficionadas⁵. Se regulan además el deporte universitario, el deporte escolar y el deporte militar. El desarrollo de una política de fomento y participación de la comunidad universitaria en la actividad física y el deporte corresponde a las Universidades, mientras el desarrollo de una política de fomento y participación en la actividad deportiva de las personas estudiantes en edad escolar corresponde a las comunidades autónomas, estableciéndose cuándo queda reservada a la Administración General del Estado la organización de fases finales en competiciones en los dos ámbitos, universitario y escolar.

El Título V aborda la organización de las competiciones profesionales, tanto en lo referente a las competencias de las ligas profesionales como en lo que respecta a los convenios suscritos ente la federación deportiva y la liga profesional.

El régimen sancionador se contempla en el Título VII, delimitando ámbito de aplicación, régimen de responsabilidad y procedimiento sancionador. Se recogen las infracciones, clasificadas en muy graves, graves y leves, y las sanciones, así como los órganos competentes.

Tenemos que acudir al Título VIII de la ley para encontrar el tratamiento de la solución de conflictos en el deporte y las funciones del Tribunal Administrativo del Deporte, como órgano colegiado de ámbito estatal que actúa con independencia funcional de la Administración General del Estado, cuya composición, organización y funciones se desarrollarán reglamentariamente. Precisamente una de las cuestiones más polémicas suscitadas por la ley de 2022 es la supresión de competencias a este Tribunal.

El Título IX prevé la planificación de las instalaciones deportivas al servicio del deporte, comenzando por señalar que «el desarrollo de competiciones de carácter estatal

5. En la clasificación de competiciones se atiende a competiciones oficiales y no oficiales (por su naturaleza); internacionales, estatales y supraautonómicas (por su ámbito territorial), y profesionales o aficionadas (por su importancia económica y naturaleza de sus participantes).

y la participación del deporte español en la actividad internacional se consideran un elemento estratégico de la política deportiva del Estado», lo cual justifica que la Administración General del Estado establezca mecanismos de fomento de la construcción, conservación accesibilidad universal y reparación de instalaciones deportivas. Se regulan en este último título de la nueva norma la Red de Centros de Alto Rendimiento y de Tecnificación Deportiva y las consideraciones sobre los centros de alto rendimiento y centros de tecnificación.

María Josefa GARCÍA CIRAC
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
cirac@usal.es

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589]

ASPECTOS CIVILES

1. UN RÉGIMEN GENERAL DE DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El art. 14 CE contempla el principio general de igualdad que exige que los supuestos iguales sean tratados de la misma forma, si bien cabe admitir alguna diferencia, entre los mismos, si concurre una justificación suficiente y las consecuencias no son desproporcionadas (así, STC 200/2001, de 4 de octubre). El precepto se refiere también a una serie de motivos concretos de discriminación y, en particular, «nacimiento, raza, sexo, religión y opinión», que representan la explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población en posiciones desventajosas, contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE. Según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional español, cuando los factores de discriminación expresamente mencionados en el art. 14 CE se utilizan como criterios de diferenciación, el juicio de legitimidad constitucional se sujeta a un canon más estricto y las exigencias materiales de proporcionalidad se valoran con mayor rigor (entre otras, STC 66/2015, de 13 de abril).

El art. 14 CE constituye el arranque del derecho antidiscriminatorio español, pero el principio de no discriminación se recoge también en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE), y constituye uno de los principios básicos de la Unión Europea cuyo desarrollo ha dado lugar a un importante acervo normativo sobre el particular. Como es sabido, las numerosas normas antidiscriminatorias del ordenamiento jurídico español —incluidas las de ámbito autonómico— han experimentado un particular desarrollo en lo que se refiere a la discriminación por razón de género, aunque, últimamente, también se ha prestado especial atención a la derivada de la discapacidad y, más recientemente, de la orientación e identidad sexual.

La [Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación \[BOE n.º 167, 13-VII-2021\]](#) surge con el propósito de ofrecer un marco de regulación general, frente a las leyes sectoriales, siendo la más reciente de estas últimas la [Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI \[BOE n.º 51, 1-III-2023\]](#). También pretende ser una ley integral respecto a los motivos de discriminación y, en este sentido, proporciona una lista mucho más amplia que la contemplada en el art. 14 CE, aunque la misma ya había sido superada hace tiempo por diversas normas (por ejemplo, incluía ya el art. 27 de la [Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales,](#)

[administrativas y del orden social \[BOE n.º 313, 31-XII-2003\]](#) la «orientación sexual»). En particular, dispone el art. 2.1 Ley 15/2022:

Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En cualquier caso, se admiten diferencias de trato con sujeción a criterios razonables y objetivos para lograr propósitos legítimos (cfr. arts. 2.2 y 4.2 Ley 15/2022).

La norma, siguiendo la estela de otras anteriores, contempla obligaciones, tanto para el sector público como para las personas de carácter privado que residan, se encuentren o actúen en territorio español (arts. 1.2 y 2.3 Ley 15/2022), y regula exhaustivamente los ámbitos objetivos de aplicación entre los que se encuentra el «acceso, oferta y suministro de bienes a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar» (art. 3 Ley 15/2022). Aunque establece un extenso marco normativo para la prevención, atención y eliminación de la discriminación, daremos noticia, exclusivamente, de las principales novedades con implicaciones en el derecho civil.

2. EFECTOS CIVILES DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

2.1. Nulidad de pleno derecho

Dispone el art. 26 de la Ley 15/2022: «Son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley». La fórmula de la nulidad absoluta de los contratos celebrados vulnerando la prohibición de discriminación no es en sí misma novedosa. Además de contemplarse en el ámbito del derecho laboral (art. 17.1 [Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores \[BOE n.º 255, 24-X-2015\]](#)), es la que ya estableció el art. 10 de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres \[BOE n.º 71, 23-III-2007\]](#): «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto [...]». Ahora bien, la nulidad absoluta, como consecuencia, se extiende actualmente a todos los contratos o cláusulas contractuales que impliquen discriminación por cualquiera de los numerosos factores que enumera la ley (art. 2.1 Ley 15/2022).

Cabe recordar que la nulidad de los contratos discriminatorios por razón de sexo —total o parcial, si solo afecta a alguna cláusula— no tuvo en su momento buena

acogida en la doctrina civilista. Por un lado, porque supone cierta dificultad conciliar la nulidad por discriminación con la libertad, principio inspirador de la contratación privada (art. 1255 CC) que incluye el derecho a elegir la parte con la que se contrata. Por otro lado, existen dudas sobre la idoneidad de la nulidad como remedio reparador para la víctima de discriminación en dicho ámbito, siendo más adecuados otros recursos como la indemnización del daño. De hecho, se muestra mucho más flexible el DCFR (Draft Common Frame of Reference), que prevé la nulidad como consecuencia de los contratos que infringen algún principio fundamental, pero solo si la anulación es necesaria para que el principio sea efectivo (art. II.-7: 301 DCFR). Parece evidente que el legislador ha ignorado las críticas doctrinales sobre este asunto que pueden hacerse extensivas, con más intensidad, dado su alcance, a la Ley 15/2022. Sin embargo, entiendo que será posible que el sujeto discriminado no plantee la acción de anulación si la misma le perjudica, limitándose a reclamar la reparación del daño y, atendido el interés protegido por la norma, no debería reconocerse legitimación para instar la nulidad a la contraparte que causó la discriminación.

2.2. Medidas de reparación: presunción de daño moral

El art. 27.1 de la Ley 15/2022 se refiere a la reparación del daño y la novedad reseñable es la relativa a la presunción del daño moral derivado de la discriminación: «[...] Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida [...]». Tampoco es la primera vez que el legislador presume el daño moral cuando se produce la lesión de un derecho fundamental, aunque ahora lo haga en forma más amplia. Así, es bien conocida, por ejemplo, la presunción del art. 9.III de la [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen \[BOE n.º 15, 14-V-1982\]](#): «La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida [...]». Al recurrir la Ley 15/2022 a la expresión «se presumirá», se plantea el problema de determinar la naturaleza de la presunción (iuris tantum o iuris et de iure). Aunque, conforme a la regla general, la presunción legal admite prueba en contrario (art. 385.3 LEC), lo cierto es que otras normas antidiscriminatorias sectoriales resultan mucho más contundentes, y parecen abonar la solución contraria. Así, conforme al art. 75.2 del [Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social \[BOE n.º 289, 3-XII-2013\]](#): «[...] La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión». Y, según el art. 183.1 de la LRJS: «[...] el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus

derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados». Precisamente, en la aplicación de este último precepto, tiene declarado el Tribunal Supremo que «los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización» (por todas, STS [Sala de lo Social, Sección 1.ª], n.º 179/2022, de 23 de febrero).

2.3. Breve apunte sobre otras cuestiones

El art. 30 de la Ley 15/2022 proporciona reglas relativas a la carga de la prueba de la discriminación, disponiendo: «De acuerdo con lo previsto en las leyes procesales [...] cuando la parte actora o el interesado alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada o a quien se impute la situación discriminatoria la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». También en este caso cabe descartar la novedad de la regla, expresada en términos muy similares, en otras normas, tanto sustantivas (cfr. arts. 32 y 36 Ley 63/2003; art. 77 Real Decreto Legislativo 1/2013; art. 66 Ley 4/2023), como adjetivas (cfr. arts. 96 LRJS; art. 60 LJCA; art. 217 LEC). Antes de la Ley 15/2022, el art. 217 LEC solo establecía la regla especial probatoria para los casos de discriminación «por razón de sexo», pero aquella modificó el precepto que pasó a referirse a cualquier «alegación de discriminación». Sin embargo, curiosamente, la Ley 4/2023 ha modificado nuevamente el art. 217.5 LEC que ahora menciona, exclusivamente, las «actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales» (la misma suerte ha corrido el art. 60 LJCA). Sin embargo, el art. 217.6 LEC deja a salvo los criterios especiales sobre prueba contenidos en otras disposiciones legales expresas, entre las que parece encontrarse el art. 30 de la Ley 15/2022, en cuyo caso no se entiende muy bien la modificación incorporada por la Ley 4/2023.

Finalmente, cabe destacar que, siguiendo la línea del progresivo reconocimiento de acciones de representación para la defensa de intereses colectivos y difusos, se articula una regla de legitimación en el art. 20 de la Ley 15/2022 en favor de las entidades que incluyan entre sus fines la defensa y la promoción de los derechos humanos, y de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, que crea la norma, a la que se atribuyen diversas funciones (art. 40 Ley 15/2022). De forma coordinada, se modifica el art. 19 de la LJCA y se incorpora el art. 15 bis de la LEC sobre legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación y el art. 15 ter de la LEC sobre publicidad e intervención en los procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

María José VAQUERO PINTO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
chevaq@usal.es

Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, se modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios [BOE-A-2022-19403]

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO POR RAZONES COYUNTURALES ANTE EL ESCENARIO DE ABRUPTA SUBIDA DE LOS TIPOS DE INTERÉS

Tras las recurrentes crisis que se han sucedido en los últimos años, cuando se trata del mercado hipotecario, nuestros gobernantes parecen haber aprendido la lección de la necesidad de intervenir de manera ágil y de anticiparse, para evitar consecuencias económicas más graves y los dramas sociales que ocasiona.

Como señalamos al comentar la Ley 1/2013, de 14 de mayo —la conocida como «ley antidesahucios»—, aquellas respuestas legislativas al drama social de las ejecuciones hipotecarias motivadas por la crisis económica y financiera resultaron tardías y escasamente ambiciosas (AIS, 2013, 1[2]).

El RDL 19/2022, que entró en vigor el 24 de noviembre de 2022 y ha sido convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 15 de diciembre de 2022 (BOE de 21 de diciembre de 2022), viene a reformar de forma relevante el régimen de protección del deudor hipotecario, especialmente cuando es vulnerable. Se promulga en un contexto económico que obedece a claras razones coyunturales: el proceso inflacionario provocado por la crisis de Ucrania y, en concreto, la vertiginosa subida de los tipos de interés. Tras haber permanecido seis años en terreno negativo, el euríbor, el principal índice de referencia para calcular el tipo de interés anual de los créditos a interés variable, subió más de 3,5 puntos en menos de un año.

Esa elevación acelerada de los tipos de interés es la que provoca la necesidad de adoptar medidas para moderar la incidencia que puede tener en la situación de los hogares con créditos a interés variable garantizados con hipoteca sobre la vivienda habitual, en cuanto está provocando un fuerte aumento de las cuotas mensuales y puede llevar a afrontar dificultades para su pago. Si bien se reconoce que, ya antes de la subida, tres de cada cuatro nuevas hipotecas se venían constituyendo a tipo de interés fijo.

Las medidas tratan de anticiparse, proporcionando diversas soluciones para dar certidumbre a las familias ante las nuevas condiciones de financiación. La nueva norma reconoce que, si bien el deudor hipotecario ya disponía de una amplitud de mecanismos de protección, la actual coyuntura exige la adopción urgente de medidas que los complementen y refuercen.

Las medidas se estructuran en torno a tres ejes: el alivio de la carga hipotecaria de los hogares de clase media en riesgo de vulnerabilidad; la reestructuración de la deuda de los hogares vulnerables; y mejoras estructurales dirigidas a fortalecer el mercado hipotecario, aumentando la competencia y la transparencia.

1. LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DEL RDL 6/2012, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

El Código de Buenas Prácticas establece posibilidades para reconducir la deuda hipotecaria que son voluntariamente asumidas por las entidades financieras que estén adheridas. Sólo se aplica al deudor hipotecario que se considera más vulnerable si cumple determinadas condiciones, tanto por sus bajos ingresos como por el esfuerzo para el pago de la cuota, y permite plantear una reestructuración o refinanciación viable de su deuda; de no ser posible, puede plantear una quita, extinguir la deuda mediante la dación en pago e incluso acceder al alquiler social en la misma vivienda en trámite de desahucio.

El RDL 19/2022 amplía el Código de Buenas Prácticas modificando tanto los requisitos como los efectos. Ahora basta que el esfuerzo se haya incrementado, aunque no llegue al 50 % de la renta disponible, pero en este caso las medidas son más limitadas. Se gradúa el tratamiento de estas situaciones: a) cuando el incremento del esfuerzo hipotecario es superior al 50 %, se establece una carencia para el pago del principal del crédito de cinco años y una reducción del tipo de interés aplicable durante el plazo de carencia hasta el euríbor menos el 0,10 % (desde el euríbor más el 0,25 % actual); b) cuando el esfuerzo hipotecario es inferior al 50 % se establece una carencia de dos años y un alargamiento del plazo de hasta siete años; «el tipo de interés aplicable durante la carencia será tal que suponga una reducción del 0,5 % del valor actual neto del préstamo».

Entre las mejoras en el procedimiento, destacan la ampliación a veinticuatro meses del plazo para solicitar la dación en pago por los deudores desde la solicitud de reestructuración de la deuda —frente al plazo anterior fijado en doce meses—; también prevé que se puede instar el estudio por la entidad de una segunda reestructuración si al término de la primera el deudor continúa, por las mismas u otras causas, en una situación de vulnerabilidad; y se amplía de 6 a 12 meses el plazo para solicitar el alquiler social de la propia vivienda a la entidad financiera, por un importe máximo del 3 % de su valor, cuando estén sometidas a una situación de desahucio. Se incorpora como nueva obligación para las entidades adheridas la de garantizar la salvaguarda de los derechos de los deudores en el caso de cesión de créditos a terceros, para evitar la desprotección de las familias vulnerables en los casos de venta de carteras de créditos hipotecarios.

2. UN NUEVO CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS DE CARÁCTER TEMPORAL

El nuevo Código de Buenas Prácticas se caracteriza por su naturaleza coyuntural y transitoria, con una duración de dos años, para amortiguar la carga financiera de los deudores hipotecarios de clase media «en riesgo de vulnerabilidad» por la subida de tipos de interés. El carácter temporal es razonable, dado que las variaciones de tipos de interés son algo normal y contempladas en los contratos, siendo el carácter abrupto de la subida lo que justifica una norma excepcional.

Lo cierto es que se delega su desarrollo al Acuerdo del Consejo de Ministros, en concreto, para establecer los requisitos de elegibilidad que han de cumplir los prestatarios —nivel de renta y aumento del esfuerzo hipotecario— y el contenido, a fin de detallar las operaciones de refinanciación de los préstamos hipotecarios a interés variable sobre vivienda. Tal delegación normativa, que ya ha señalado algún autor que implica una deslegalización abusiva, se cumple con la Resolución de 23 de noviembre de 2022 (BOE de 24 de noviembre de 2022) que aprueba el «Código de Buenas Prácticas (de medidas urgentes) para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad».

Las medidas se configuran como buenas prácticas a las que voluntariamente pueden adherirse las entidades de crédito y, también, las demás entidades que de manera profesional realizan la actividad de concesión de préstamos hipotecarios. Con ello se promueve la implicación del sector financiero en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación socioeconómica de muchas familias. La Resolución de 17 de enero de 2021 del Ministerio de Asuntos Económicos publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión (BOE de 19 de enero de 2023).

Se aplica sólo a los préstamos sobre vivienda habitual anteriores a 31 de diciembre de 2022 y con el límite del precio de adquisición de 300.000 euros. Los requisitos de ingresos se modifican, pero de manera muy limitada al exigir una renta familiar inferior a 3,5 veces el IPREM. Además, no sólo se requiere que aumente el esfuerzo financiero como en el CBP ordinario, sino que aumente en un 20 %. Sí existe una flexibilización respecto al esfuerzo hipotecario total (cuota/ingresos totales de la unidad familiar), al pasar del 50 % al 30 %.

Las ventajas de refinanciación son mucho más limitadas: se prevé el cambio a tipo fijo, pero ha de ser pactado con el banco. La principal ventaja es la «congelación» o reducción de la cuota, que será como máximo al valor que tenía a 1 de junio de 2022 o a la primera cuota pagada si el préstamo es posterior. Para reducir la cuota se pueden utilizar tres instrumentos: a) el alargamiento del plazo, que no puede ser superior a 7 años ni que se extienda a más de 40; b) la reducción del tipo de interés tal que suponga una reducción del 0,5 % del valor neto del préstamo; c) la carencia del capital. Parece que ante la solicitud del deudor es el banco el que realiza la oferta, que parece que puede tener varias alternativas, incluyendo siempre la reducción del tipo de interés.

Se añaden modificaciones fiscales, para eximir de la cuota de documentos notariales de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados las escrituras que formalizan

las novaciones contractuales, dándoles el mismo tratamiento que a las sujetas al CBP del RDL 6/2012. Asimismo, se establece una bonificación de los aranceles de notarios y registradores de las novaciones que serán satisfechos en todo caso por el acreedor.

3. OTRAS MODIFICACIONES LEGALES

Se introducen otras medidas estructurales de refuerzo de la competencia, la transparencia y la educación financiera en el mercado hipotecario. Se pretende facilitar tanto la conversión de créditos de tipo variable a tipo fijo como la amortización anticipada de los préstamos hipotecarios vivos, con independencia de si los deudores son elegibles o no por encontrarse en una situación vulnerable o de riesgo de vulnerabilidad. También se incentiva la competencia del mercado de préstamos hipotecarios y se promueve el conocimiento de las medidas más novedosas.

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ya introdujo medidas: limitó los costes de la novación de préstamos de tipo de interés variable a fijo y endureció los plazos para dar por vencida anticipadamente la deuda por impago y, por consiguiente, retrasar el inicio de las ejecuciones hipotecarias que hasta entonces podían activarse con el impago de sólo tres cuotas. Ahora, se incide en el apartado 6 del art. 23. Por un lado, para los préstamos a interés variable, se establece una medida transitoria consistente en la suspensión durante un año del cobro de las compensaciones y comisiones por amortización anticipada o paso a tipo fijo. Con ello se crean incentivos para el pago anticipado de la deuda o el cambio por subrogación del acreedor. Y como medida permanente, para facilitar el paso de tipo variable a tipo fijo, se reduce del 0,15 % al 0,05 % la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada en los primeros tres años de vida del préstamo en aquellos casos en que se pasa de tipo variable a tipo fijo.

También se revisan algunos aspectos del procedimiento de subrogación del acreedor contemplado en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Se mejora la transparencia en cuanto a los gastos para los prestatarios, de modo que ahora será aplicable no sólo a entidades financieras, sino también a los «prestamistas inmobiliarios» que define la Ley 5/2019.

Por último, se adoptan medidas de promoción de la educación financiera de los deudores hipotecarios en dificultades o en riesgo de vulnerabilidad que consisten en la previsión de publicación por el Banco de España de una Guía de herramientas y los simuladores para el deudor hipotecario en dificultades de pago. A ello se une la centralización y accesibilidad de la información sobre instituciones públicas de apoyo a los deudores hipotecarios en dificultades.

José Antonio MARTÍN PÉREZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Salamanca
jamp@usal.es

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589]

ASPECTOS CONSTITUCIONALES

El día 14 de julio de 2022 entró en vigor la ley de referencia (Disposición Final Décima). Es la última de las normas de derecho antidiscriminatorio aprobada por el legislador español desde que a comienzos del presente siglo se comenzasen a elaborar normas en pro de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres de la prevención y erradicación de la lacra de la violencia de género. Entiendo que con esta norma se incide en el desarrollo amplio del art. 3 de la LOIMH de 2007 y en salvar, en parte, las carencias apreciadas después de quince años de vigencia de la Ley de Igualdad; de ahí que las novedades mayores de la norma «in commento» consisten en incorporar nuevos conceptos de derecho antidiscriminatorio y la jurisprudencia más avanzada al respecto.

Fundamentos jurídicos de esta norma son los arts. de la CE 9.2 (igualdad material), 14 (igualdad formal) y 10.1 (dignidad de la persona humana). La prohibición de discriminación se prevé de forma amplia en la normativa internacional de la ONU (pactos, convenciones, declaraciones...), en la OIT; también en la normativa regional europea tanto del Consejo de Europa como en el ámbito de la UE en los preceptos correspondientes del TUE, de la CDFUE, en distintas directivas y decisiones de la Comisión, del Consejo y del Parlamento. La Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030 pretende aplicar el principio de la igualdad de trato y no discriminación a las personas con discapacidad; adoptar un marco europeo de estrategias nacionales de la inclusión de los gitanos y la lista de acciones de la Comisión Europea para avanzar en la igualdad de las personas del colectivo LGTBI.

El Derecho tiene como función principal dar respuestas a los problemas sociales y esta Ley de Igualdad de trato nace con vocación de convertirse en el mínimo común normativo que contempla las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio y sus garantías básicas. La Ley persigue un doble objetivo: prevenir y erradicar cualquier forma de discriminación y proteger a las víctimas combinando el enfoque preventivo con el reparador. Las características del texto articulado son tres: es una ley de garantías, es una ley integral y es una ley general. Sus ámbitos de aplicación son objetivo y subjetivo porque su eficacia se despliega frente a los poderes públicos y a los particulares.

El Título I de la Ley contiene una parte básica de definiciones de acuerdo a los avances doctrinales y jurisprudenciales en la materia. Destacan la definición y la regulación de la discriminación múltiple e interseccional y las medidas de acción positiva para su erradicación. También se hace hincapié en el «antigitanismo» como forma

histórica de discriminación. Por otra parte, se regula el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en determinados ámbitos de la vida política, cultural y social: empleo y trabajo, educación, atención sanitaria, servicios sociales, seguridad ciudadana, acceso a la oferta de empleo público de bienes y servicios, vivienda... También se prohíbe la discriminación en el ámbito de los medios de comunicación y publicitarios y la promoción de acuerdos de autorregulación en la materia. También se aborda la igualdad de trato en el ámbito de la inteligencia artificial y los mecanismos de toma de decisiones automatizadas.

El Título II se ocupa de las garantías de los derechos regulados definiendo las medidas de protección que comprende e introduciendo como novedad la legitimación colectiva a una serie de entidades y organizaciones que tengan entre sus fines la defensa y protección de los derechos humanos. Se regulan también las reglas de la carga de la prueba por las dificultades existentes para su obtención.

El Título III se dedica a regular la tutela institucional, novedad en nuestro ordenamiento jurídico, creando la Autoridad para la Igualdad de Trato y la no Discriminación; se trata de una institución de derecho público independiente, unipersonal y dotada de «auctoritas» para realizar sus funciones de protección a los servicios de asistencia a las personas discriminadas, mediar y conciliar en casos de trato discriminatorio e iniciar de oficio o a instancia de parte las investigaciones sobre discriminaciones graves.

El Título IV recoge el régimen de infracciones y sanciones por exigencia de la transposición de directivas antidiscriminatorias y que ampliando lo previsto actualmente en el ámbito laboral fortalecerá las funciones de mediación de la Autoridad Independiente.

El Título V incluye preceptos dedicados a la información, atención integral y apoyo a las víctimas de discriminación, incluyendo el asesoramiento y la asistencia tanto sanitaria como medidas sociales para facilitar la recuperación integral especialmente en los casos en que las agresiones se hayan cometido por redes sociales y con nuevas tecnologías.

La norma contiene disposiciones adicionales en relación con la configuración de la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y su reestructuración administrativa y diversas disposiciones finales que recogen las necesarias modificaciones legales para adaptar la legislación vigente a los contenidos de la presente norma y a la jurisprudencia comunitaria relacionada con la igualdad de trato y la no discriminación.

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca
anfi@usal.es

Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo [BOE-A-2023-5364]

LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SEXUALES Y DERECHOS REPRODUCTIVOS

El 1 de marzo de 2023 el Boletín Oficial del Estado publicaba la [Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo](#). Una norma clave para el reconocimiento, tutela y garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas y, especialmente, de las mujeres. Una norma troncal para el avance de la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Una norma que, sin duda, cabe esperar que coadyuve a sentar las bases de una futura reforma constitucional sensible al género en donde el reconocimiento de la sexuación de los sujetos de derecho sea una realidad. Y es que la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, no duda en conceptualizar los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos fundamentales en el marco de un reconocimiento más amplio, y con sustento internacional, de la salud sexual y salud reproductiva como elementos inescindibles de los derechos de todas las personas en el ámbito sanitario. Para dotar de fundamentalidad a los derechos sexuales y derechos reproductivos la ley orgánica modifica el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Su dicción literal reza:

Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción. Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo.

Sin duda, la referencia expresa al carácter fundamental de los derechos sexuales y derechos reproductivos recogida en la norma no es baladí en la medida en que permite enmarcarse en la delimitación conceptual articulada a nivel internacional, y de la que se hace eco su exposición de motivos, a saber: Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994, IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y, más reciente en el tiempo, el propio Parlamento Europeo en su [Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión](#). Resolución que pone el foco en garantizar los derechos

sexuales y derechos reproductivos en la Unión Europea, en el marco del reconocimiento de la salud de las mujeres, al definir la salud sexual y salud reproductiva como

un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y al afirmar que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción, ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho [...].

Junto a esta modificación central de la dicción literal del artículo 1 de la ley orgánica de 2010, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, contiene otras novedades importantes, a saber:

- (a) Delimita normativamente salud sexual y salud reproductiva, siendo de reseñar el enfoque integral de sendas dimensiones de la salud en aras de responder a las necesidades de la población y garantizar los derechos sexuales y derechos reproductivos.
- (b) Introduce por primera vez a nivel normativo la expresión «salud durante la menstruación», entendiendo por tal «el estado integral de bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia, en relación con el ciclo menstrual». En esta misma línea, define «menstruación incapacitante secundaria» como la situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada.
- (c) Conceptúa (y, por ende, visibiliza) la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo. Define dicho tipo de violencia como «todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamiento y oportunidad». Como ejemplos de violencia en el ámbito reproductivo la propia norma alude a la esterilización forzosa, la anticoncepción forzosa y el aborto forzoso.
- (d) En el ámbito de los principios, como mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos, son de significar los siguientes: respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales, con especial énfasis en la obligación de los poderes públicos de reconocer que todas las personas, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afecten a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del resto de derechos y de las demás personas, y el orden público garantizado por la Constitución y las leyes. De forma pareja a la articulación de los principios de actuación, la ley reseña el deber del Estado de garantizar que la interrupción voluntaria del embarazo se realice respetando el bienestar físico y psicológico de las mujeres.
- (e) Como principio troncal, la norma alude a la diligencia debida, siendo responsabilidad de los poderes públicos el actuar siguiendo dicha máxima para la protección de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos. En este apartado,

la ley apela a la responsabilidad institucional y al deber de hacer efectiva dicha responsabilidad a las autoridades y agentes públicos en caso de incumplimiento.

- (f) Especial atención cabe prestar al enfoque de género que se articula como principio de actuación, instando a las Administraciones Públicas a tener en cuenta cómo operan los estereotipos y las relaciones de género, sus raíces y consecuencias a la hora de la aplicación, materialización y evaluación de los preceptos de la ley. Junto al enfoque sensible al género, la ley articula como principio de actuación la prohibición de discriminación instando a las instituciones públicas a que apliquen la ley sin discriminación alguna por motivos de sexo, género, origen racial o étnico, etc.
- (g) Como novedad importante en materia de principios cabe reseñar la observancia en la aplicación de la ley de la no discriminación interseccional y/o múltiple, de acuerdo con lo dispuesto en la ley de igualdad de trato de 2022. Esto es, la norma insta a que los poderes públicos tengan en cuenta, a la hora de su materialización y cumplimiento, factores superpuestos de discriminación.
- (h) Otros principios que sin constituir una novedad sí se concretan y precisan son los de accesibilidad universal, empoderamiento, participación y cooperación.
- (i) Finalmente, la norma apela a la implicación de los hombres en la prevención de embarazos no deseados y de infecciones de transmisión sexual. En este punto, la norma insta a las Administraciones Públicas a promover la corresponsabilidad en el ámbito de la salud sexual.

Centrando el análisis en las novedades que incorpora la ley en el ámbito de la salud sexual como estándar de salud, la ley incorpora un nuevo apartado al artículo 5 (bis) en el que insta a que los poderes públicos reconozcan la salud durante la menstruación como parte inherente del derecho a la salud sexual y salud reproductiva de las mujeres. En este sentido, se dirige a las Administraciones Públicas para que combatan los estereotipos sobre la menstruación que impacten negativamente en el acceso o el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, las adolescentes y las niñas. En el ámbito laboral y de la Seguridad Social, se incorpora una novedad importante y es el reconocimiento del «derecho a una situación especial de incapacidad temporal» dirigida a mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias. Asimismo, la ley incorpora un apartado sexies al artículo 5 bajo el rótulo: «Servicios de asistencia integral especializada y accesible». Bajo dicho rótulo se conceptúa el «derecho a la asistencia integral especializada y accesible», debiéndose garantizar por parte de las Administraciones Públicas.

Como medidas dirigidas a la atención a la salud sexual y salud reproductiva se incorporan notables novedades al artículo 7 de la ley de 2010, siendo de destacar el respeto del derecho a la libertad; la autonomía personal y el reconocimiento de las distintas opciones y orientaciones sexuales; el enfoque no discriminatorio e interseccional en todas las prácticas; la información y el acceso a anticonceptivos de última generación; el fortalecimiento de la prevención y tratamiento de las infecciones y enfermedades de

transmisión sexual; la garantía de información accesible sobre derechos reproductivos; las prestaciones públicas; la cobertura sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, así como sobre los derechos laborales y otro tipo de prestaciones y servicios públicos vinculados a la maternidad y el cuidado de hijas e hijos. En esta misma línea, la regulación de la situación de especial incapacidad temporal para la mujer que interrumpa, voluntariamente o no, su embarazo; la regulación de una situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación; la provisión de asistencia, apoyo emocional y acompañamiento de la salud mental a las mujeres que lo requieran durante el posparto o en el supuesto de muerte perinatal. En supuestos de interrupción voluntaria del embarazo la ley también prevé la atención integral durante todo el procedimiento de interrupción del embarazo, con recursos de acompañamiento y atención especializada.

Otra novedad a significar —recogida en el nuevo artículo 7 ter— son las garantías de acceso a la anticoncepción en tanto en cuanto la norma se dirige a las Administraciones Públicas para que garanticen el acceso público y universal a las prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción y la distribución gratuita de métodos anticonceptivos de barrera previstos en la ley. En materia de anticoncepción la propia ley prevé incidir desde el ámbito de la educación y la salud en corresponsabilidad eliminando, para ello, estereotipos y roles sociales discriminatorios para las mujeres.

Un aspecto importante de la ley lo constituye el dedicado a la formación de los profesionales de la salud, incidiendo en una formación con perspectiva igualitaria de mujeres y hombres, integral de derechos humanos e interseccional.

En el ámbito de la educación y la sensibilización se aboga por que sean las Administraciones educativas las que contemplen la formación en salud sexual y reproductiva como parte del desarrollo integral de la personalidad, con base en el reconocimiento de la dignidad humana (valor superior del ordenamiento jurídico) y con un enfoque interseccional. En esta línea, la clave se circunscribe a la implementación de la educación afectivo-sexual en el currículo durante toda la educación obligatoria.

Junto a todo lo anterior, la norma dedica un apartado del artículo 10 (bis) a la educación para la prevención de las violencias sexuales, de ahí que se inste a incluir, en los currículos de las diferentes etapas educativas, la educación afectivo-sexual, la igualdad de mujeres y hombres y la educación en derechos humanos como medidas dirigidas a garantizar la libertad sexual y la prevención de las violencias sexuales, incluidas (y, esto es importante) las violencias sexuales que se puedan dar en el ámbito digital.

Especial atención en materia formativa cabe prestar a la formación en los ámbitos de las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales (artículo 10 sexies). En este punto, la ley se dirige a las Administraciones educativas para que promuevan contenidos de calidad sobre salud, derechos sexuales y reproductivos en titulaciones vinculadas con dichas áreas de conocimiento. Sin duda, una novedad importante que no cabe minusvalorar en el ámbito universitario.

Centrando las líneas que siguen en la interrupción voluntaria del embarazo, la ley modifica el artículo 13 de la ley orgánica de 2010. En este sentido, se regulan los

requisitos a observar para la interrupción voluntaria del embarazo, a saber: que se practique por un médico-a especialista, que se lleve a cabo en centro sanitario público o en un centro privado acreditado, que se realice con el consentimiento expreso informado y por escrito de la mujer embarazada o de su representante legal, eliminándose el consentimiento expreso de los representantes legales a partir de los 16 años de edad.

La ley refuerza el sistema de plazos articulado en 2010 quedando la dicción literal del artículo 14 redactada en los siguientes términos: «Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada». La redacción en los términos citados refuerza el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente sobre su maternidad. En el ámbito de las garantías de dicha prestación la ley incorpora un nuevo apartado al artículo 18 (bis), concretando los términos de la información pública sobre el proceso y las condiciones de la prestación en el ámbito público. En este punto, la regulación de la objeción de conciencia resulta nuclear por la colisión de derechos susceptibles de generar. El artículo 19 bis reconoce a las personas profesionales sanitarias directamente implicadas en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo el poder ejercitar dicho derecho de manera individual, sin que en ningún caso pueda menoscabar el derecho humano a la vida, la salud y la libertad de las mujeres que decidan interrumpir su embarazo. La norma refuerza la idea de que el rechazo o la negativa a realizar la prestación por parte del personal sanitario directamente implicado es una decisión individual que debe manifestarse con antelación y por escrito. Dicha exigencia formal deviene necesaria en aras de garantizar el acceso y la calidad asistencial de la prestación, a efectos de que el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia no vulnere los derechos de las mujeres. Con esta finalidad se crea el registro de personas objetoras de conciencia (artículo 19 ter), con efectos organizativos y para una adecuada gestión de la prestación, previéndose su creación en cada comunidad autónoma, así como en el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. El artículo prevé que quienes se declaren objetores de conciencia lo serán a los efectos de la práctica directa, tanto en el ámbito de la sanidad pública como privada.

Junto a todas las novedades anteriores, la norma articula medidas importantes para la protección del derecho a la intimidad, confidencialidad y protección de datos, en conexión con el resto de normativa afecta sobre la materia. Asimismo, el artículo 23 regula la supresión de datos transcurridos cinco años desde la fecha de alta de la intervención.

Un apartado importante a efectos de garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos es el atinente a la responsabilidad institucional (artículo 24). La redacción del precepto busca la efectividad y la materialidad de los derechos articulados normativamente y para ello insta a proteger, investigar, sancionar, erradicar y reparar posibles vulneraciones de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres.

En el terreno de medidas preventivas frente a cualquier forma de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, la ley articula mecanismos

de actuación frente al aborto forzoso y la esterilización, así como la anticoncepción forzosa. Asimismo, conceptúa como violencia reproductiva la gestación por subrogación o sustitución, reforzando la nulidad de pleno derecho (en el marco de la Ley 14/2006) de este tipo de contratos. Con esta finalidad la ley prohíbe la promoción comercial de la gestación por sustitución en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.º) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Lo sucintamente expuesto sobre las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, evidencia el amplio contenido de la norma y su enfoque integral. Una ley que, cogiendo el testigo de lo ya articulado a nivel normativo en el ámbito de los derechos sexuales y derechos reproductivos (2010), trata de su afianzamiento ante determinadas disfunciones detectadas. De ahí, la delimitación de los derechos sexuales y derechos reproductivos como derechos fundamentales, así como la conceptualización como formas de violencia de género de la violencia obstétrica, la gestación por subrogación, etc., y la articulación normativa de las condiciones de ejercicio de la objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo.

Sin duda, se trata de una norma importante y ambiciosa dado el ámbito subjetivo y objetivo-material de aplicación que requiere de un despliegue reglamentario importante, así como de una consciente y consecuente labor pedagógica de difusión y sensibilización en apartados específicos de su contenido. En cualquier caso, la ley objeto de comentario constituye un peldaño más en ese reconocimiento de los derechos sexuales y derechos reproductivos a todas las personas, pero, específicamente, de las mujeres. Derechos que, por su particular afectación a la vida de estas, es necesario que se encuentren reconocidos a nivel constitucional. Repárese que el reconocimiento de fundamentalidad recogido en la dicción literal del artículo 1 es un reconocimiento realizado vía legislación infraconstitucional, por tanto, al socaire de voluntades políticas y sensibilidades que no siempre están a favor de los avances en igualdad. Y, menos, cuando dicha igualdad se articula sobre el cuerpo de las mujeres y en el reconocimiento de estas a su autonomía sexual y reproductiva. A mayor abundamiento, obsta señalar que dicha fundamentalidad no es fruto del pacto de convivencia social y, por ende, en puridad no le serían aplicables las tutelas y garantías reforzadas articuladas constitucionalmente para los derechos ubicados en la Sección I, del Capítulo II, del Título I de la CE.

Llegados a este punto, a expensas del pronunciamiento constitucional sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la ley de 2010, bienvenida la nueva ley necesaria, pero insuficiente si a lo que se aspira es a la plena subjetividad jurídica y política de las mujeres.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Acuerdo de 15 de marzo de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica [BOE-A-2023-7531]

A VUELTAS CON LA «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL» COMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD EN LOS RECURSOS DE AMPARO

El 23 de marzo de 2023 el Boletín Oficial del Estado publicaba el Acuerdo de 15 de marzo de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica, en el marco de lo preceptuado en el artículo 2.2, en conexión con el artículo 10.1m) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. El acuerdo aprobado por el pleno gubernativo del máximo intérprete constitucional no resulta anodino, toda vez que afecta de forma muy directa a uno de los requisitos de admisibilidad de las demandas de amparo. Repárese que dicho recurso, vía constitucional, constituye una de las garantías constitucionales y, por ende, jurisdiccionales más importantes en materia de tutela de derechos fundamentales. De ahí la relevancia del acuerdo gubernativo del 15 de marzo. Y es que no se puede olvidar que fue en 2006, con la reforma de la Ley Orgánica 2/1979 operada mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, cuando saltaron las alarmas al advertirse indiciariamente como la llamada «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1 LOTC), cuya carga a efectos de justificación se articulaba normativamente sobre los recurrentes de amparo, perfilaría un amparo constitucional de difícil acceso (vía acción) para el principal sujeto legitimado a efectos de su interposición: las personas (físicas o jurídicas) con interés legítimo en el caso de autos. Esto es, la ciudadanía —en general— que recurre al máximo intérprete constitucional como garante último de sus derechos y libertades cuando todo lo demás ha resultado infructuoso (carácter subsidiario), a efectos de ver tutelados derechos y libertades troncales (cognición limitada) en el marco de la subjetividad jurídica y política de las personas.

El propio Tribunal Constitucional alude a la objetividad de los datos recogidos en sus memorias anuales a efectos de colegir las consecuencias de esta exigencia constitucional en tanto que requisito de admisibilidad de las demandas de amparo. Sin ir más lejos, en el año 2022, el porcentaje de inadmisiones fue de un 76 % por una insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional.

Ahora bien, ¿en qué términos se perfiló, en su día, la especial trascendencia constitucional normativa y jurisprudencialmente? ¿Qué efectos, desde el punto de vista de la praxis del control jurisdiccional constitucional vía recurso de amparo, cabe prever que tenga el acuerdo gubernativo del Pleno de 15 de marzo de 2023?

Sin duda las preguntas formuladas con carácter previo son claves para entender el acuerdo del 15 de marzo de 2023. En este sentido, se hace necesario referenciar

brevemente algunas notas características del recurso de amparo en tanto que procedimiento a través del cual el Tribunal Constitucional lleva a cabo un control abstracto y reparador de constitucionalidad en materia de tutela de derechos fundamentales, propio del modelo de Justicia Constitucional concentrado vigente en España. Téngase en cuenta que desde el punto de vista del recurso de amparo su objeto tiene tres dimensiones de análisis. Una primera dimensión que se centraría en los derechos susceptibles de protección vía amparo. Esto es, los derechos residenciados en los artículos 15 a 29 de la CE, más el artículo 14 y el artículo 30.2 CE. Una segunda dimensión de estudio centrada en los actos sometidos a control de constitucionalidad, pudiéndose distinguir entre: (a) actos que proceden del Poder legislativo (decisiones o actos no legislativos, o sin valor de ley de los Parlamentos (estatal y autonómicos), o de cualesquiera de sus órganos); (b) actos que proceden del Poder Ejecutivo (disposiciones de rango reglamentario, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho del Gobierno, sus autoridades o funciones), así como (c) actos del Poder Judicial (acto u omisión de un órgano jurisdiccional: sentencias, autos o providencias). Y una tercera dimensión focalizada en las modalidades del recurso de amparo, a saber: (a) recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (artículo 42 LOTC), (b) recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (artículo 43 LOTC), (c) recurso de amparo contra decisiones jurisdiccionales (artículo 44 LOTC), (d) recurso de amparo contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidaturas y candidatos/as (artículo 49.3 LOREG) y, finalmente, (e) recurso de amparo contra los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes/as de las Corporaciones locales (artículo 114.2 LOREG).

En líneas anteriores se hacía referencia al carácter subsidiario del amparo constitucional. Un carácter que exige agotar la vía previa tanto frente a los actos del Poder Legislativo sin valor de ley (mediante la articulación de los recursos internos previos de las Cámaras), como frente a los actos del Poder Ejecutivo (repárese en el procedimiento ordinario ante el orden jurisdiccional competente, o bien, mediante el procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción contencioso-administrativa), así como frente a los actos del Poder Judicial mediante el agotamiento de la vía judicial previa, debiéndose observar el incidente de nulidad de actuaciones en los supuestos en los que sea preceptivo (artículo 241 LOPJ).

Llegados a este punto, procede aludir de forma específica a la especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad de la demanda de amparo. Y es que, es a partir de 2006, cuando para acreditar dicho requisito el recurrente en amparo se ve en la obligación de tener en cuenta una serie de ítems a la hora de la redacción de la demanda de amparo, observándose una inversión del juicio de admisibilidad, ya que el Tribunal Constitucional pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo planteado. En líneas generales son tres los aspectos a valorar en el planteamiento del recurso de amparo, a saber: (a) la importancia para la interpretación de la Constitución, (b) para la aplicación y eficacia de la Constitución, así como (c) para

la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales afectos. No obstante, el carácter vago y difuso de la delimitación normativa de la especial trascendencia constitucional (artículo 50.1 b) LOTC), en esos primeros años de vigencia, devino con posterioridad en una sentencia (STC 155/2009, de 25 de junio) en donde el Tribunal Constitucional trató de delimitar la interpretación del precepto mentado (F.J. 2) con la finalidad de acreditar la especial trascendencia constitucional a efectos de su admisión: (a) que el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que ya no haya doctrina del Tribunal Constitucional; (b) que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina; (c) que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de una disposición de carácter general; (d) que la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental; (e) que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho que se alega esté siendo incumplida de modo general; (f) que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; (g) que el asunto suscitado trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica.

Diecisiete años después de la reforma de la LOTC de 2006, el Tribunal Constitucional —consciente del alto porcentaje de inadmisiones en amparo—, mediante el acuerdo de 15 de marzo de 2023, regula la presentación de los recursos de amparo a través de su sede electrónica. Una regulación en donde las novedades más reseñables son las siguientes: (a) la presentación vía sede electrónica de las demandas de amparo, y (b) la cumplimentación de un formulario tipo al que se accederá desde la sede electrónica del Tribunal, en donde, junto a la identificación de los recurrentes y profesionales que les representen y asistan, contendrá una exposición concisa de las vulneraciones constitucionales denunciadas, así como una breve justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso y la indicación del modo en que se ha producido el agotamiento de la vía judicial previa.

Conviene reseñar que la habilitación de este formulario no exige de presentar el escrito de demanda, así como la documental pertinente. Escrito que también regula el máximo intérprete constitucional al articularse una serie de reglas de redacción, tales como: extensión máxima de la demanda de 50.000 caracteres; utilización del tipo de letra Times New Roman, en tamaño 12 puntos, e interlineado de 1,5.

Llegados a este punto, bienvenido el acuerdo del Pleno de 15 de marzo, en la medida en que el formulario ad hoc para las demandas de amparo pueda ayudar a los recurrentes a concretar y precisar los derechos vulnerados y la especial trascendencia constitucional del caso sometido a control jurisdiccional de constitucionalidad. No obstante, téngase en cuenta que, pese a la buena predisposición del acuerdo mentado en plenario por parte del Tribunal de garantías, la especial trascendencia constitucional continúa articulándose como criterio de admisibilidad, debiéndose observar los siete ítems de la sentencia de 2009 a efectos de concreción al caso concreto. El tiempo

determinará el nivel de impacto del acuerdo de marzo y si este surte efecto y, en consecuencia, el porcentaje de demandas de amparo se incrementa.

No se olvide que los recurrentes en amparo buscan —a través del otorgamiento del amparo solicitado— que el máximo garante en materia de derechos fundamentales y libertades públicas declare la nulidad del acto sometido a control jurisdiccional de constitucionalidad, reconozca el derecho conculcado (o, los derechos) y restablezca en la integridad de su derecho al recurrente.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja [BOE-A-2023-11337]

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO PRINCIPIO DE ACTUACIÓN DIRIGIDO A LOS PODERES PÚBLICOS

El 25 de abril de 2023 el Boletín Oficial de La Rioja publicaba la Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja¹. Una norma importante —a nivel autonómico— que evidencia los avances normativos en materia de igualdad. Avances que llevan de suyo la consolidación de aspectos conceptuales centrales en materia de igualdad de mujeres y hombres y de no discriminación. Una norma que viene a suplir ese vacío normativo en materia de igualdad de mujeres y hombres a nivel autonómico. Y es que, si bien es cierto que en la comunidad autónoma de La Rioja se contaba desde 2011 con una norma específica en materia de violencia de género (véase la Ley 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja, actualizada en 2022 fruto de la aprobación de la Ley 11/2022, de 20 de septiembre, contra la Violencia de Género en La Rioja), no es hasta la aprobación de la norma objeto de comentario en 2023 cuando a nivel autonómico se cuenta con un instrumento jurídico específico sobre la materia y, además, vinculante para todos los Poderes Públicos y Administraciones Públicas. De ahí su relevancia en el momento actual.

La Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja marca un antes y un después en el abordaje jurídico —a nivel autonómico— en materia de igualdad de mujeres y hombres. Esto es así en la medida en que se observa, en su articulado, aspectos muy novedosos y que solamente leyes aprobadas recientemente lo incorporan de forma expresa, fruto de todo el avance normativo y jurisprudencial de los últimos años en España y, por supuesto, a nivel internacional. Sirva como ejemplo la incorporación como principio rector dirigido a las Administraciones Públicas de la implementación de la perspectiva de género como metodología específica de análisis para el desarrollo de las políticas y acciones públicas en materia de igualdad. Consúltese el artículo 4 de la norma en cuestión en donde bajo el rótulo de «Principios generales», en su apartado 2, se referencia lo siguiente: «La integración transversal de la perspectiva de género en todas las políticas y acciones públicas». A su vez, téngase en cuenta la definición que el texto normativo recoge sobre la materia (artículo 3, apartado 3):

1. Consúltese el texto íntegro de la Ley 7/2023, de 20 de abril, de igualdad efectiva de mujeres y hombres de La Rioja en la siguiente dirección url: http://ias1.larioja.org/boletin/Bor_Boletinvisor_Servlet?referencia=24895970-1-PDF-553335 [27 abril 2023].

Perspectiva o enfoque de género: Estrategia destinada a lograr que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales. Esta estrategia integra tanto intervenciones específicas de género como la integración de la perspectiva de género en áreas relevantes, a fin de garantizar la integración de la igualdad de género en el trabajo sustantivo de todos los sectores.

Junto a la definición anterior, el propio artículo 3 recoge otras definiciones importantes en la medida en que cabe prever que, a nivel metodológico, coadyuven a la propia eficacia de la norma. Sirvan como ejemplo las siguientes: transversalidad de género, conciliación y corresponsabilidad, estereotipos de género, segregación profesional, discriminación múltiple, brecha de género, coeducación y discriminación indirecta.

Se echa en falta, no obstante, dada la confusión actual entre sexo y género (TORRES, 2022)², y dada la relevancia constitucional de ambos conceptos en tanto en cuanto se erigen en categorías analíticas del discurso jurídico (TORRES, 2019)³, una delimitación normativa clara —en el marco de lo dispuesto a nivel internacional-regional en el Convenio de Estambul—. Téngase en cuenta que el «sexo», en tanto que categoría de análisis jurídico, es una categoría que tiene reconocimiento constitucional (artículo 14 CE) y que resulta clave para la tutela de los derechos de las mujeres. Repárese en aquellos derechos cuyas narrativas jurídicas se ciernen sobre el cuerpo (biológico) de las mujeres. Desde esta óptica de análisis el artículo 3 de la Ley 7/2023, de 20 de abril, se habría enriquecido en cuanto a ofrecer estándares de seguridad jurídica reforzados. En la misma línea cabría aludir a la oportunidad perdida de diferenciar, a nivel normativo y conceptual, entre discriminación múltiple y discriminación interseccional. Téngase en cuenta que, si bien la Ley 7/2023 define la «discriminación múltiple», no hace lo mismo con la «discriminación interseccional», a pesar de que la interseccionalidad aparece recogida, en tanto que principio rector de actuación, en el artículo 4 de la norma mentada, siendo su delimitación normativa la que se extracta a continuación:

... comprende las técnicas de análisis y planificación que tienen en cuenta la interacción que se produce cuando concurren el género y otras causas de discriminación previstas en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con el objetivo de atender a la diversidad de las mujeres, mediante la puesta en marcha de mecanismos de antidiscriminación de acción integral.

2. TORRES DÍAZ, M. C. 2022: «El 'sexo' como categoría jurídica de relevancia constitucional. Debates actuales para la tutela de los derechos de las mujeres». En G. Campanelli, H. Frazao y C. Luzzi (coords.): *La tutela dei diritti umani tra giurisdizioni interne e sovranazionali: profili teorici, sostanziali e processuali. Scritti scelti a partire dal CAF 2021*. México: Università di Pisa e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Quétaro, 147-169.

3. TORRES DÍAZ, M. C. 2019: «Mujeres y derechos: la categoría 'género' como garantía constitucional y la perspectiva de género como metodología jurídica». *Revista lus Inkarri*, 2019, 8: 35-67. (Perú: Universidad Ricardo de Palma).

Al hilo de la definición anterior, resulta pertinente poner en valor el reconocimiento normativo de la discriminación interseccional como una forma específica y autónoma de discriminación del sistema sexo-género en donde, a partir de la identificación de base de la discriminación por razón de sexo, se advierten otros factores de discriminación que se van superponiendo a esa primigenia discriminación. En definitiva, resulta crucial que las nuevas normas en materia de igualdad sean capaces de incorporar —como principios rectores de actuación— junto al enfoque de género el enfoque interseccional, siendo conscientes de que la interseccionalidad no se puede abordar sin tener en cuenta cómo han operado tradicionalmente (y operan) las narrativas del género sobre el sexo (lo biológico) de los sujetos, específicamente de las mujeres.

Partiendo de estos postulados, la norma objeto de comentario, a nivel organizativo, prevé la creación del Instituto para la Igualdad como un organismo con rango de dirección general y cuyas competencias y/o funciones se centrarán, entre otras, en la elaboración del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres; en el impulso, asesoramiento, coordinación y evaluación de las políticas de igualdad; en la promoción de medidas de acción positiva; en la elaboración del informe anual sobre la igualdad de mujeres y hombres en La Rioja; en garantizar la aplicación transversal del principio de igualdad real y efectiva, etc. Junto al Instituto para la Igualdad, la norma también prevé la creación de Unidades para la Igualdad de mujeres y hombres, la Comisión Interdepartamental para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el Consejo de Participación para la Igualdad, siendo, este último, configurado como un órgano consultivo y de participación superior en la comunidad autónoma de La Rioja en materia de igualdad de mujeres y hombres.

En lo que atañe a medidas específicas para la promoción de la igualdad en la actuación de la Administración de la comunidad autónoma de La Rioja, resulta de interés significar las medidas destinadas a garantizar la representación equilibrada de mujeres y hombres. En este punto, el artículo 21 —bajo el rótulo «Representación equilibrada de mujeres y hombres»— se compromete a garantizar la paridad entre mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración autonómica y de los entes que integran su sector público, siendo este mismo principio el que se deberá seguir para la designación de los órganos colegiados, su modificación y/o renovación. Sin duda, se está ante una medida muy importante desde el punto de vista de la participación (y visibilización) de las mujeres a nivel institucional. No obstante, repárese que, si bien es cierto que el rótulo de la norma alude a «representación equilibrada», el contenido del precepto en cuestión va más allá al hablar de «paridad». Los porcentajes para cumplir con dicha exigencia normativa difieren cuando se habla de representación equilibrada (40-60 %) respecto a la paridad (50-50 %).

Otra medida que requiere ser mencionada es la correspondiente a los informes de impacto de género. En este punto, el artículo 22 señala que la Administración de la comunidad autónoma de La Rioja incorporará un informe de impacto de género en los proyectos de disposiciones de carácter general y en los planes de especial relevancia

económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno. Todo ello como medida específica focalizada a garantizar la incorporación del principio de igualdad real y efectiva de mujeres y hombres. Sin duda, los informes de impacto de género no se pueden ni deben minusvalorar dado su contenido y finalidad. Un contenido que obliga a llevar a cabo una estimación del impacto potencial de cualquier proyecto normativo segregado por sexo, identificando cualquier consecuencia o efecto adverso, así como las medidas dirigidas a neutralizar los impactos negativos, coadyuvando —de esta forma— a promover y garantizar que la igualdad sea real y efectiva. Junto a los informes de impacto de género, la norma también prevé en su artículo 23 la necesidad de implementar el enfoque de género a nivel presupuestario. De ahí que se aluda de forma expresa a que el Proyecto de Ley de Presupuestos a nivel autonómico vaya acompañado de un informe de impacto de género que analice las actuaciones para adecuar el gasto a las necesidades específicas de mujeres y hombres, a efectos de avanzar en la erradicación de las desigualdades. Junto a todo lo comentado, mención especial cabe realizar a las medidas de igualdad dirigidas a la contratación pública en conexión con las llamadas cláusulas sociales de género en el marco de la responsabilidad social corporativa. Medidas que se concretan, entre otras, en la inserción en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios de desempate que prioricen la adjudicación de los contratos a aquellas empresas que hayan adoptado medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral.

En el ámbito de la capacitación del personal al servicio de la Administración de la comunidad autónoma, el artículo 26 resulta central, ya que apuesta por una formación con perspectiva de género: básica, progresiva y permanente en materia de igualdad de mujeres y hombres. Asimismo, se prevé que en los procesos de selección para el acceso a la función pública se incluyan contenidos relativos a la legislación de igualdad real y efectiva y su aplicación a la actividad administrativa. Obviamente, será preciso delimitar y determinar a qué se alude con esa referencia específica a nivel formativo de «formación básica» y cuál es su contenido.

La norma de igualdad autonómica a partir del Título III recoge, por áreas de intervención, distintas medidas para promover la igualdad de mujeres y hombres. En este punto, cabría reseñar a nivel educativo la alusión expresa al respeto de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres y al enfoque de género en la transferencia de conocimientos para el fomento del desarrollo integral de las personas al margen de estereotipos o roles de género. En esta misma línea, la norma apuesta por proyectos coeducativos en los centros educativos que fomenten relaciones afectivas igualitarias y sin violencia basadas en el buen trato. Se habla también de la elaboración de una guía marco por parte de la Consejería para la creación de un Plan de Igualdad en cada centro educativo. A nivel curricular se apuesta por currículos que eliminen prejuicios y estereotipos de género, prevengan la violencia contra las mujeres, desarrollen habilidades sociales y la gestión emocional, así como promuevan la resolución pacífica de conflictos. Las medidas dirigidas al ámbito educativo se extienden a los Consejos Escolares, así como a la formación del personal docente. En lo que atañe a

la Inspección educativa se insta a que la Inspección Técnica Educativa del Gobierno de La Rioja sea la encargada de velar por el cumplimiento de los principios y valores en materia de igualdad, supervisando materiales curriculares, didácticos y programaciones.

Junto a las medidas en el ámbito educativo, la ley autonómica incorpora medidas para fomentar la igualdad en la cultura y el deporte (artículo 36); en el trabajo y el empleo (artículos 38 y siguientes); en materia de conciliación de la vida laboral, familiar y personal (artículos 51 y siguientes), etc. Especial atención en materia de conciliación cabe prestar a su articulación jurídica en la medida en que la norma alude a la responsabilidad como un «derecho» y «deber» de compartir responsabilidades familiares, tareas domésticas y de cuidado y atención, así como en lo que atañe a una distribución equitativa del tiempo.

En el ámbito de la salud (artículos 56 y siguientes) se aboga específicamente por la integración de la perspectiva de género en las políticas de salud, específicamente en los programas dirigidos solo a mujeres (en el ámbito sexual y reproductivo), o que afecten mayoritariamente a las mujeres o tengan relación con el ciclo vital. También merece espacio en las presentes líneas las medidas de igualdad en el ámbito del urbanismo, ordenación del territorio, vivienda, medioambiente y desarrollo rural (artículos 60 y siguientes). De nuevo es la perspectiva de género, en tanto que principio rector, el principio a incorporar en las políticas y programas sobre la materia, fomentando la participación de las mujeres en el diseño y la ejecución de este tipo de políticas y apostando por crear espacios seguros, enmarcado en lo que se cataloga como «ciudades sin riesgo» para las mujeres. Dentro de este tipo de políticas, se incluyen las relativas al desarrollo rural (artículo 61), en donde se prevé incorporar acciones dirigidas a incentivar la cotitularidad en las explotaciones agrarias, visibilizar el trabajo de las mujeres en el medio rural y sus aportaciones a la economía, fomentar el asociacionismo y el empoderamiento de las mujeres y el acceso a la formación de estas. Asimismo, cabe citar las medidas dirigidas a fomentar la participación política y social de las mujeres y niñas (artículos 62 y 63), sin olvidar acciones específicas dirigidas a las mujeres jóvenes (artículo 64) relacionadas con la educación sexual y afectiva, prevención y detección de la violencia de género, integración laboral con el fin de detectar y eliminar situaciones de discriminación en el acceso al empleo y evitar la precariedad laboral. También cabe reseñar las medidas de igualdad a implementar en el transporte (artículo 65). En este punto se insta a las Administraciones Públicas a que incorporen la perspectiva de género en la planificación de los transportes y la movilidad. La perspectiva de género en este ámbito requerirá analizar las pautas de movilidad poblacional a fin de diseñar una movilidad en donde se reduzcan los tiempos de los desplazamientos, se facilite la proximidad y los itinerarios cotidianos relacionados con la organización de la vida familiar.

Junto a todo lo comentado, la norma incorpora un Título IV «Régimen sancionador». En dicho apartado se tipifican acciones y omisiones relacionadas con la normativa estatal y autonómica de igualdad. En este sentido, la norma clarifica que, sin perjuicio

de otro tipo de responsabilidades (civil, penal, etc.) y de las atribuciones inspectoras y sancionadoras en el ámbito laboral, en lo que atañe a la responsabilidad administrativa se actuará ante acciones u omisiones que pudieran ser constitutivas de infracción en materia de igualdad real y efectiva, pudiéndose imputar a la persona física o jurídica, pública o privada que «por acción u omisión, incurra en los supuestos tipificados en este título». Sin duda, se está ante un título que cobra relevancia en cuanto insta a cumplir con la normativa de igualdad.

La norma, siguiendo el modelo administrativo sancionador, califica las infracciones en leves, graves y muy graves, correlacionando las sanciones en función de la conducta infractora, pudiendo ir la sanción desde apercibimiento o multa de hasta 1.000 euros hasta multas de entre 15.000-30.000 euros para las infracciones calificadas como muy graves. A nivel procedimental y de tramitación del expediente sancionador, la norma recurre a los principios en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como a la Ley 4/2005, de 1 de junio, de funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Sin duda, se está ante una norma importante en materia de igualdad de mujeres y hombres y no discriminación por razón de sexo, en consonancia con las demandas ciudadanas actuales. Demandas que obligan a legislar de una forma más ambiciosa en comparación con las primeras normas específicas sobre la materia, en donde, por ejemplo, la perspectiva de género como principio rector —a nivel metodológico— venía siendo una exigencia meramente testimonial. Los mismos comentarios serían extensibles en materia de incumplimiento de la normativa de igualdad. Repárese que introducir medidas sancionadoras de forma específica refuerza y, por ende, revaloriza este tipo de normas enviando un mensaje muy claro a nivel institucional a las administraciones y poderes públicos, así como a la ciudadanía en general.

Llegados a este punto, habrá que estar a los términos de su desarrollo e implementación en los diferentes ámbitos de aplicación. Todo ello a efectos de su evaluación pro futuro en aras de poder determinar el grado de su eficacia y los resultados obtenidos.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]

IMPACTO LABORAL

La entrada en vigor el 7 de octubre del pasado año 2022 de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual ha reforzado el apoyo a las mujeres víctimas de violencias sexuales también en el ámbito laboral, aunque algunas de sus previsiones puedan ser difíciles de concretar.

Ello se explica por la ambiciosa finalidad de esta ley orgánica:

La adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual.

Y si esa estrategia quiere ser integral, justifica la adopción de medidas también en el ámbito laboral.

Para ello, se organiza en un título preliminar, ocho títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y veinticinco disposiciones finales, adoptando una perspectiva integral y novedosa en el ámbito de las violencias sexuales, que se materializa en la modificación de todas aquellas disposiciones del ordenamiento jurídico necesarias para llevar a efecto los objetivos y principios de esta ley orgánica. Es en el capítulo II, «Autonomía económica, derechos laborales y vivienda», dentro del título IV, «Derecho a la asistencia integral especializada y accesible», donde se encuentran las principales disposiciones de contenido laboral, así como en las disposiciones adicionales que introducen modificaciones formales en normas básicas del ámbito laboral.

Se consideran violencias sexuales los «actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad»; los «actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual», así como la «mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual», y el «homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual».

La presente ley orgánica es de aplicación a «las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa; o en el extranjero, siempre que sean de nacionalidad española». Consecuentemente, en el ámbito laboral su ámbito de aplicación subjetivo se concreta en las mujeres trabajadoras, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, así como en la empresa privada y en la Administración Pública.

A continuación, un breve recorrido por las disposiciones normativas que contienen referencias a materias laborales.

Sobre la «Prevención y sensibilización en el ámbito laboral», el artículo 12 incluye tres elementos: medidas de actuación, de prevención de riesgos laborales y de fomento y sensibilización. Respecto a las primeras, parece recoger la obligación de las empresas de «promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo». Más explícita es la norma cuando ya establece el imperativo de que las empresas cuenten con «procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital». Estas medidas, tales como la «elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas, protocolos de actuación o acciones de formación», siguiendo la lógica de intervención del diálogo social y respeto de la autonomía colectiva, «deberán negociarse con los representantes de las personas trabajadoras» e irán dirigidas a todo el personal a su servicio, pudiendo beneficiarse de ellas la plantilla total de la empresa, con independencia del tipo y duración del contrato, con mención expresa a «las becarias y el voluntariado». En relación a ello, y ahondando en la consecución de «centros de trabajo seguros y accesibles» para todas las trabajadoras, el artículo 16.2 hace un llamamiento a las empresas a integrar la perspectiva de género en la organización de sus espacios e instalaciones.

En cuanto a las medidas de prevención de riesgos, la ley obliga a las empresas a incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras la violencia sexual como posibles riesgos laborales concurrentes, con el consecuente deber formar e informar de ello a sus trabajadoras. Por último, el artículo 12 recoge el reconocimiento del distintivo de «Empresas por una sociedad libre de violencia de género» como medida de fomento de la adopción y aplicación de todas estas medidas en las empresas.

En cuanto a medidas de flexibilidad del tiempo y del lugar de la prestación del trabajo, en aras de facilitar la recuperación y el apoyo de la trabajadora víctima de violencia sexual, el artículo 38 recoge las principales medidas sobre «Derechos laborales y Seguridad Social». Así, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales «tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo, a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la

suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y, en su caso, a la extinción del contrato de trabajo». Esta última medida no podrá exceder inicialmente los seis meses, con la posibilidad de prórroga por mandato judicial hasta un máximo de dieciocho meses.

En cuanto a los aspectos de Seguridad Social, esta disposición recoge tres medidas. Por un lado, las trabajadoras víctimas de violencias sexuales tendrán derecho a la protección por desempleo correspondiente según la norma reguladora de la Seguridad Social. Por otro lado, aquellos contratos de interinidad que se celebren

con una persona desempleada para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia sexual que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100 % de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

Y, respecto a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencias sexuales «que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral se les considerará en situación de cese temporal de la actividad, y se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social».

Por último, también recoge expresamente que «las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud».

Por otro lado, la ley incluye medidas de política de fomento del empleo, ya que en su artículo 39 contempla un «Programa específico de empleo» dirigido a «víctimas de violencias sexuales inscritas como demandantes de empleo, que incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia», y a «las trabajadoras desempleadas que hayan sufrido violencias sexuales, así como las trabajadoras autónomas que hubiesen cesado su actividad por ser víctimas de violencias sexuales, quienes tendrán derecho a participar en las ayudas de contenido económico a que se refiere el artículo 41, así como a participar en programas específicos de inserción laboral».

Y puesto que las trabajadoras de la Administración Pública también forman parte del ámbito de aplicación subjetivo de esta ley, el artículo 40 hace referencia a los «Derechos de las funcionarias públicas» que, en la condición de víctimas de violencias sexuales, «tendrán derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia» y a la consideración como justificadas y remuneradas (en los términos expuestos para las trabajadoras laborales) de las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia sexual».

Por último, la disposición final 14.^a introduce cambios formales en los artículos 37.8, 40.4, 45.1.n), 49.1.m), 53.4.b) o 55.5.b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para introducir la expresión «o de violencia sexual» a continuación de «trabajadoras víctimas de violencia de género» en los derechos anteriormente enumerados sin incorporar ninguna otra novedad reseñable. Y en el mismo sentido lo hacen la disposición final 15.^a para incorporar la misma expresión a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, la disposición final 16.^a para modificar la Ley General de la Seguridad Social y la disposición final 11.^a para modificar la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Ana GARCÍA GARCÍA
Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Personal Investigador en Formación (JCyL)
Universidad de Salamanca
ana_garcia_garcia@usal.es

Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI [BOE-A-2023-5366]

DIEZ NOVEDADES EN CLAVE LABORAL

El poseer un empleo tiene una gran significación social: más allá de acceder a los bienes de consumo y facilitar oportunidades, proporciona un sentido de pertenencia y contribuye a la cohesión de la sociedad. Habida cuenta de esta realidad, como normal transversal, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas trans, recoge un gran número de disposiciones aplicables al ámbito laboral. Así, el objetivo de la ley es el desarrollo y la garantía de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales (en adelante LGTBI) para erradicar las situaciones de discriminación y asegurar que en España se pueda vivir la orientación sexual, la identidad sexual, la expresión de género, las características sexuales y la diversidad familiar con plena libertad.

En su Exposición de motivos, la Ley 4/2023 contiene una extensa recopilación de la situaciones de hecho y de derecho que justifican su existencia: la constatación de la igualdad y no discriminación como un principio jurídico universal proclamado en diferentes textos internacionales sobre derechos humanos, su reconocimiento en España en el artículo 14 de la Constitución española junto a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 y el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud en el artículo 9.2; el reconocimiento legal y jurisprudencial del cambio de sexo registral; el matrimonio entre personas del mismo sexo; los cambios en la configuración de los tratamientos hormonales y quirúrgicos para la personas trans y, por último, una muestra de la realidad en datos sobre la discriminación de las personas LGTBI.

Para atender a todos los ámbitos en los que esta ley pretende desplegar sus efectos, ha sido organizada en torno a un título preliminar, que contiene las disposiciones generales que determinan el objeto y el ámbito de aplicación de la ley, así como algunas definiciones básicas importantes a efectos de identificar situaciones de vulneración de derechos y de contribuir a la eficacia de las normas; el título I se refiere a la actuación de los poderes públicos y contiene los criterios y líneas generales de actuación de los mismos y establece un conjunto de políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGTBI, con expresa mención al ámbito laboral; el título II incluye un conjunto de medidas para promover la igualdad real y efectiva de las personas

trans, también con especial mención a las medidas que garanticen su presencia en igualdad de condiciones en el ámbito laboral; el título III regula los mecanismos para la protección efectiva y la reparación frente a la discriminación y la violencia; y el título IV, que se ocupa del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI. Por último, incluye cuatro disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veinte disposiciones finales, siendo estas últimas las que contienen el grueso de las modificaciones de otras leyes, especialmente del ámbito laboral.

En síntesis, las principales novedades de la Ley 4/2023 a la garantía y protección de los derechos de las personas LGTBI en el ámbito laboral son las siguientes:

1. Se incluyen tres nuevas causas de discriminación prohibidas en las relaciones laborales: «orientación e identidad sexual», «expresión de género» y «características sexuales», las cuales darán lugar a la consideración de nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios que incurran en algunas de ellas (artículo 17.1 del Estatuto de los trabajadores, modificado por la disposición adicional 14.^a.4 de la Ley 4/2023).
2. Recoge la obligación de las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras a implementar un conjunto planificado de medidas para la igualdad real y de contar con un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI en un plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley (artículo 15, Ley 4/2023). Se trata de una medida idéntica a los planes de igualdad para la igualdad entre hombres y mujeres, no obstante, en esta materia las medidas sí deberán ser pactadas a través de la negociación colectiva y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras, mientras que no ocurre lo mismo con los protocolos de acoso sexual y por razón de sexo. Además, incluye una mención expresa a la inclusión de las personas trans, con especial atención a las mujeres trans (artículo 55, Ley 4/2023).
3. Modifica la redacción de varios artículos de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social en materia de igualdad de trato y no discriminación (arts. 8.12 y 13 bis; 10 bis.2.b); 16.1.c) de la LISOS) para incluir aquellas por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales (artículos 79 y 80 y disposición final 6.^a, Ley 4/2023). Considera infracciones muy graves las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminación directa o indirecta por los motivos anteriormente mencionados, la ausencia de actuación por parte del empresario para impedir o sancionar situaciones de acoso en el trabajo, así como la solicitud de datos de carácter personal en los procesos de selección que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo por las causas prohibidas en esta norma.
4. En general, obliga a todas las entidades públicas y privadas a efectuar la adecuación de los documentos a la mención registral relativa al sexo modificada y, por

tanto, su traducción al ámbito laboral implica que la persona trabajadora podrá solicitar a su empresa la reformulación de sus datos personales, incluido su contrato (artículo 49, Ley 4/2023).

5. Reconoce expresamente el derecho de las personas trabajadoras contratadas por empresas de trabajo temporal para ser cedidas a empresas usuarias a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de orientación e identidad sexual, la expresión de género o las características sexuales (artículo 11.1 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, modificado por la disposición final 3.ª, Ley 4/2024). En sentido similar, reconoce también el derecho de las personas trabajadoras en régimen autónomo a no sufrir discriminación por estas causas en el ejercicio de su actividad profesional (artículo 4.3.a del Estatuto del Trabajo Autónomo, modificado por la disposición final 9.ª, Ley 4/2023).
6. Amplía la legitimación para ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social en caso de discriminación por orientación e identidad sexual, por lo que, además de las personas afectadas, estarán legitimados los sindicatos, los partidos políticos, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las organizaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y la promoción de los derechos de las personas LGTBI. No obstante, en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, la persona acosada será la única legitimada (artículo 17.5 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, modificado por la disposición final 12.ª, Ley 4/2023)
7. Respecto a las personas trans, introduce una estrategia estatal para la inclusión social de las personas trans destinada al fomento del empleo, incluyendo medidas de acción positiva y planes específicos —especialmente para las mujeres trans—, así como medidas destinadas a la integración sociolaboral como estrategias y campañas, monitorización de las medidas y obtención de datos y subvenciones condicionadas a medidas en esta materia (artículos 52, 54 y 55, Ley 4/2023).
8. Amplía el concepto de madre biológica a efectos del permiso asociado al nacimiento y cuidado del menor al introducir como madre biológica a la persona trans gestante (artículo 48.4 del ET, modificado por la disposición final 14.ª.8, Ley 4/2023).
9. Amplía la prohibición de contratar con la Administración Pública a los supuestos en los que la empresa hubiese incurrido en infracción grave o muy grave en materia de igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, cuando se acuerde la prohibición en los términos previstos en la ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. También añade

la posibilidad de incorporar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares condiciones especiales de ejecución o criterios de adjudicación dirigidos a la promoción de la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación sexual, identidad sexual, expresión de género y características sexuales, siempre que exista vinculación con el objeto del contrato (artículos 71.1.b y 122.3 bis de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público, modificada por la disposición final 17.ª, Ley 4/2023).

10. Una última novedad muy llamativa y controvertida es la eliminación de las referencias introducidas por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual en el Estatuto de los Trabajadores a las víctimas de violencias sexuales. Así, la disposición adicional 14.ª de la Ley 4/2023 hace que los artículos 37.8, 40.4, 40.5, 45.1.n, 49.1.m, 43.4.b y 55.5.b del Estatuto de los Trabajadores (derecho a reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, traslados o cambios de centro de trabajo, suspensión y/o extinción del contrato de trabajo, nulidad de la decisión extintiva por causas objetivas o disciplinarias) vuelvan a la redacción que tenían antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, que equiparó a las víctimas de violencia sexual a las restantes víctimas de terrorismo y de violencia de género y, en consecuencia, ha hecho desaparecer la específica protección de las víctimas de violencia sexual introducida meses antes.

Ana GARCÍA GARCÍA
Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social
Personal Investigador en Formación (JCyL)
Universidad de Salamanca
ana_garcia_garcia@usal.es

Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre [BOE-A-2022-10852]

REFORMAS JURÍDICO-TRIBUTARIAS PARA EL IMPULSO DE LOS PLANES DE PENSIONES

El 2 de julio de 2022 entró en vigor la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y, de forma complementaria, se modifica la regulación tributaria que les afecta. En particular, se introducen cambios en cuatro cuerpos normativos de impuestos claves de nuestro sistema tributario, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), el Impuesto sobre Sociedades (IS) y el Impuesto sobre las Transacciones Financieras (ITF).

El art. 41 de la Constitución española consagra el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que ha de garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. A partir de la consagración de esta institución clave de nuestro Estado de bienestar, el mismo precepto añade que las «... prestaciones complementarias serán libres». Es dentro de este segundo ámbito —que en ningún caso cuestiona la centralidad del sistema público de reparto— donde se incardinan los planes de pensiones como instituciones de previsión social complementaria que se introdujeron en España a través de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, lo que supuso un hito en el desarrollo de la previsión social complementaria. Sin embargo, más de treinta años después el Gobierno ha detectado un desarrollo desigual de los productos de previsión social individuales y los de la previsión social complementaria en el ámbito empresarial.

La reducida dimensión media de los patrimonios de los fondos de pensiones españoles es un elemento que afecta a su eficiencia en términos de costes de gestión y, en definitiva, a su rentabilidad. De ahí que un objetivo esencial de la ley que reseñamos sea favorecer la existencia de fondos de pensiones de empleo de promoción pública con dimensión adecuada para garantizar los menores costes de gestión, permitir una distribución de inversiones diversificada y, con ello, mejorar los niveles de rentabilidad, situándolos en línea con los de otras instituciones de inversión colectiva.

En este sentido, el Pacto de Toledo 2020 incluye en la recomendación 16.^a poner el foco en la necesidad de «dotar de estabilidad al actual modelo de previsión social complementaria» e «impulsar, de forma preferente, los sistemas sustentados en el marco

de la negociación colectiva, de empleo, que integran el denominado segundo pilar del modelo de pensiones», a los que se deberá dotar «de un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado».

Esta recomendación 16.^a también hace mención del informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal sobre la evaluación de gasto público de 2019, al proponer dotar a los instrumentos de previsión social complementaria de «un régimen fiscal y jurídico adecuado y diferenciado, mejorando el existente en la actualidad y entendiendo que en ningún caso dichos sistemas de ahorro puedan ser considerados como meros productos financieros».

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la reforma 5.^a del componente 30, recoge el compromiso de una «Revisión e impulso de los sistemas complementarios de pensiones», debiendo a tal efecto aprobarse durante el segundo trimestre de 2022 un nuevo marco jurídico que impulse los planes de pensiones de empleo y contemple la promoción pública de fondos de pensiones, permitiendo dar cobertura a colectivos de trabajadores sin planes de pensiones de empleo en sus empresas o autónomos. En este plan se establece como una de las medidas de reforma el diseño de un nuevo incentivo fiscal dirigido a impulsar este tipo de instrumentos colectivos, que beneficie especialmente el ahorro de las rentas medias y bajas e incorpore a los jóvenes de manera más eficaz.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, supuso un primer paso en la diferenciación en el tratamiento fiscal de los instrumentos de previsión social empresarial (segundo pilar del sistema de pensiones) y los de previsión individual (tercer pilar), que se consolida ahora con la nueva regulación sustantiva de los fondos de pensiones de empleo de promoción pública. Esta diferenciación en el tratamiento fiscal se mantuvo en la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022, y continúa en la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

- Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio

En lo que respecta al IRPF, se introdujeron tres reformas a la ley. La primera modificación corresponde al apartado 1 del art. 52 relativo al límite de las reducciones por atención a situaciones de dependencia y envejecimiento donde se incluyen los planes de pensiones, y la segunda a la disposición adicional decimosexta relativa al límite financiero de aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social. En ambas disposiciones se introdujo un sistema de cuantificación por coeficientes para permitir el incremento del límite anual de 1.500 euros a 8.500 euros cuando el incremento provenga de las contribuciones empresariales o de las aportaciones del trabajador al mismo instrumento de previsión social. Cabe señalar que se introdujeron cuatro tramos de valoración del importe anual de la contribución con cuatro coeficientes para cada uno, sin embargo, estos coeficientes han sido modificados posteriormente por la

Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, y reducidos a tres, por lo que no nos detendremos a mencionarlos.

Y la tercera modificación responde a la adición al cuerpo normativo de la Disposición adicional quincuagésima segunda relativa a los productos paneuropeos de pensiones individuales. Con esta disposición adicional se otorga el mismo tratamiento fiscal de los planes de pensiones a los productos paneuropeos de pensiones individuales regulados en el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales. Es decir que aplicarán las mismas reducciones a la base imponible general, las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los productos paneuropeos también tendrán la consideración de rendimientos de trabajo y no estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y, por último, se establece la condición de devolución de las reducciones en la base imponible indebidamente practicadas cuando el contribuyente dispusiera de los derechos de contenido económico derivados de las aportaciones a productos paneuropeos de pensiones individuales, total o parcialmente, en supuestos distintos de los previstos en la normativa de planes y fondos de pensiones.

- Modificación de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio

La modificación que se introduce en el IP corresponde a los derechos de contenido económico derivados de las aportaciones a productos paneuropeos de pensiones individuales regulados en el Reglamento (UE) 2019/1238 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a un producto paneuropeo de pensiones individuales. Los incluye en el apartado 5 del art. 4 dentro de los bienes y derechos exentos de aplicación del impuesto. Su exención en el IP es resultado de su asimilación fiscal a los planes de pensiones en el IRPF.

- Modificación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades

Por lo que respecta al IS, se añade un nuevo art. 38 ter que introduce una deducción por contribuciones empresariales a sistemas de previsión social empresarial que el sujeto pasivo podrá practicar en la cuota íntegra del 10 por ciento de las contribuciones empresariales imputadas a favor de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros, siempre que tales contribuciones se realicen a planes de pensiones de empleo; a planes de previsión social empresarial; a planes de pensiones regulados en la Directiva (UE) 2016/2341 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a las actividades y la supervisión de los fondos de pensiones de empleo, y a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social de los que sea promotor el sujeto pasivo.

- Modificación de la Ley 5/2020, de 15 de octubre, del Impuesto sobre las Transacciones Financieras

Por último, se modifican dos apartados del art. 3 del ITF relativo a los supuestos de exención del impuesto. Primero se añade la letra m) al apartado 1 que excluye de la aplicación del IS las adquisiciones realizadas por fondos de pensiones de empleo y por

mutualidades de previsión social o entidades de previsión social voluntaria sin ánimo de lucro. De forma complementaria a lo anterior introduce a la letra i) en el apartado 2 del mismo artículo añadiendo la previsión de que, para que el sujeto pasivo que actúe por cuenta de terceros aplique las exención establecida, el adquirente deberá comunicarle que concurren los supuestos de hecho que originan dicha aplicación y la información relativa a la identificación del fondo de pensiones de empleo, de la mutualidad de previsión social o de la entidad de previsión social voluntaria.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
Investigadora Postdoctoral Margarita Salas
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
nrodriguezp@usal.es

Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre, por el que se establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual; se modifica el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y se adoptan otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios [BOE-A-2022-19403]

MODIFICACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES EN LOS SUPUESTOS DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS

El complejo contexto internacional, marcado por la agresión militar de Rusia contra Ucrania, ha provocado una intensa subida de los precios a nivel global, empujados por el componente energético y los alimentos. Estas presiones inflacionistas han llevado a un rápido giro en las políticas monetarias, que mantenían desde hace años una orientación excepcionalmente expansiva. En la zona euro, el Banco Central Europeo inició en julio de 2022 un ciclo de subidas en sus tipos de interés de referencia que se han trasladado con rapidez a los mercados monetarios y de deuda.

El endurecimiento de la política monetaria ha llevado a una dinámica alcista del euríbor, al que están referenciadas 3,7 millones de hipotecas en España. Este tipo ha subido más de trescientos puntos básicos en apenas diez meses, acercándose al 3 % tras haber permanecido seis años en terreno negativo. Esta alza en el principal índice de referencia está provocando un fuerte aumento en las cuotas hipotecarias mensuales de las familias que se irá extendiendo durante los próximos meses a medida que se produzcan las revisiones periódicas correspondientes.

Sin embargo, la exposición al riesgo de tipo de interés de la cartera hipotecaria se ha ido reduciendo durante los últimos años, aumentando el peso de los préstamos a tipo fijo. Con anterioridad a esta subida abrupta de los tipos de interés, tres de cada cuatro nuevas hipotecas se concedían ya a tipo fijo y el plazo medio residual ha bajado de los dieciocho años en 2017 a apenas diez a finales de 2021. En términos generales, esta circunstancia, entre otras, invita a no prever en este momento un impacto macroeconómico material, ni sobre el mercado hipotecario ni sobre la estabilidad financiera, por el progresivo aumento de los tipos de interés. No obstante, la subida del euríbor puede tener un impacto significativo en la situación financiera de aquellas familias con hipotecas a tipo variable, que se añade al incremento reciente de otros costes de bienes y servicios básicos como los alimentos o la energía que puede llevarlos a afrontar dificultades para el pago de la hipoteca o del resto de bienes y servicios básicos.

De ahí que el Real Decreto-Ley 19/2022 que analizamos introduzca la adopción de un conjunto de medidas que refuercen la protección del deudor hipotecario vulnerable,

permitan el alivio de la carga financiera de los deudores hipotecarios de clase media en riesgo de vulnerabilidad por la subida de tipos de interés y faciliten la adaptación al nuevo entorno de todas las familias con hipotecas a tipo variable. Entre estas medidas destaca la creación de un «Nuevo Código de Buenas Prácticas para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad» que se aplicará a las personas físicas que sean titulares de préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, cuyo precio de adquisición no exceda de 300.000 euros, constituidos hasta el 31 de diciembre de 2022.

En materia fiscal lo que nos interesa es la modificación que introduce al texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

En concreto se modifica el número 23 del art. 45.I.B) que regula los beneficios fiscales aplicables en cada caso a las tres modalidades de gravamen. Así se establece que están exentas del pago del impuesto las escrituras de formalización de las novaciones contractuales de préstamos y créditos hipotecarios que se produzcan al amparo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y del nuevo Código de Buenas Prácticas que se introduce con el Real Decreto-Ley 19/2022, quedando exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados de este impuesto desde su entrada en vigor el 24 de noviembre de 2022.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
Investigadora Postdoctoral Margarita Salas
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
nrodriguezp@usal.es

Ley 28/2022, de 21 de diciembre, de fomento del ecosistema de las empresas emergentes [BOE-A-2022-21739]

Nos encontramos ante una ley que pretende establecer un marco normativo específico para apoyar la creación y el crecimiento de empresas emergentes en España (si van asociadas a la tecnología son más conocidas como *startups*, por eso, esta ley también se conoce como «Ley de Startups»¹) respetando el reparto de competencias en nuestro país entre Estado y comunidades autónomas.

En su texto incluye determinadas medidas fiscales, entre las que destacan, como veremos, las relacionadas con el impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre sociedades e impuesto sobre la renta de no residentes, así como otras de índole migratorio, mercantil o administrativo², con la intención de favorecer la inversión en nuestro país de empresas emergentes, beneficiando la inversión y el crecimiento tecnológico, creando condiciones favorables para la inversión tanto nacional como internacional.

Lo primero que señala la ley es qué se entiende por empresa emergente, señalando como tal a toda persona jurídica, incluidas las empresas de base tecnológica (aquella cuya actividad requiere la generación o un uso intensivo de conocimiento científico-técnico y tecnologías para la generación de nuevos productos, procesos o servicios y para la canalización de las iniciativas de investigación, desarrollo e innovación y la transferencia de sus resultados) creadas al amparo de la [Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación](#), que reúna simultáneamente las siguientes condiciones:

- Ser de nueva creación o, no siendo de nueva creación, cuando no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la escritura pública de constitución, con carácter general, o de siete en el caso de empresas de biotecnología, energía, industriales y otros sectores estratégicos o que hayan desarrollado tecnología propia, diseñada íntegramente en España, que se determinarán a través de una orden ministerial conjunta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. Una startup es una empresa de nueva creación que, gracias a su modelo de negocio escalable y al uso de las nuevas tecnologías, tiene grandes posibilidades de crecimiento.

2. Para una mayor información vid.: ALMUDÍ CID, J. M.; MARTÍNEZ LAGO, M. A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a T. (dirs.). 2022: El Derecho ante realidades disruptivas: Empresas emergentes, sociedades pantalla y criptoactivos. Thomson Reuters-Aranzadi.

- No haber surgido de una operación de fusión, escisión o transformación de empresas que no tengan consideración de empresas emergentes (los términos concentración o segregación se consideran incluidos en las anteriores operaciones).
- No distribuir ni haber distribuido dividendos, o retornos en el caso de cooperativas.
- No cotizar en un mercado regulado.
- Tener su sede social, domicilio social o establecimiento permanente en España.
- El 60 % de la plantilla deberá tener un contrato laboral en España. En las cooperativas se computarán dentro de la plantilla, a los solos efectos del citado porcentaje, los socios trabajadores y los socios de trabajo, cuya relación sea de naturaleza societaria.
- Ser una empresa innovadora que cuente con un modelo de negocio escalable. Se considerará que una empresa emergente es innovadora cuando su finalidad sea resolver un problema o mejorar una situación existente mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos nuevos o mejorados sustancialmente en comparación con el estado de la técnica y que lleven implícito un riesgo de fracaso tecnológico, industrial o en el propio modelo de negocio.

Los emprendedores que quieran acogerse a los beneficios y especialidades de esta ley deberán solicitar a ENISA, Empresa Nacional de Innovación, S. M. E., SA, que evalúe todas las características recogidas en los artículos 3 y 6, además del criterio del carácter innovador y escalable de su modelo de negocio.

Una empresa emergente será innovadora cuando su finalidad sea la de mejorar una situación existente o resolver un problema mediante el desarrollo de productos, servicios o procesos, mejorando la técnica existente previamente.

Por su parte, no podrán beneficiarse de esta ley de startups aquellas empresas emergentes fundadas o dirigidas por sí o por persona interpuesta que no estén al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; hayan sido condenadas por sentencia firme por un delito de administración desleal, insolvencia punible, delitos societarios, delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales o delitos urbanísticos, así como a aquellas condenadas a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

Asimismo, no podrán acogerse a dichos beneficios quienes hayan perdido la posibilidad de contratar con la Administración.

Una vez situado el ámbito de empresas en el que se desenvuelve la ley, vamos a centrar el resto del comentario a analizar las distintas medidas fiscales que recoge la misma, todas ellas incentivos fiscales aplicables en los distintos impuestos.

Así, en el *impuesto sobre sociedades (IS)* y en el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) la ley establece para contribuyentes que obtengan rentas mediante establecimiento permanente situado en territorio español un tipo reducido.

El primer ejercicio en el que las empresas emergentes tengan resultados positivos, así como en los tres siguientes, el tipo impositivo será del 15 %, siempre y cuando durante estos cuatro ejercicios mantengan la condición de empresa emergente. Teniendo en cuenta que el tipo general es de un 25 %, este incentivo supone una gran ayuda a este tipo de empresas en el momento de arrancar, cuando más inversiones se realizan a la espera de obtener resultados.

Además, los citados contribuyentes del IS y del IRNR con establecimiento permanente en España podrán solicitar a la Administración tributaria del Estado, en el momento de la presentación de la autoliquidación, el aplazamiento del pago de la deuda tributaria correspondiente a los dos primeros períodos impositivos en los que la base imponible del impuesto sea positiva.

La Administración tributaria del Estado concederá el aplazamiento, con dispensa de garantías, por un período de 12 y 6 meses, respectivamente, desde la finalización del plazo de ingreso en período voluntario de la deuda tributaria correspondiente a los citados períodos impositivos. Para disfrutar de este beneficio, será necesario que el solicitante se encuentre al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a la fecha de la solicitud de aplazamiento y, además, que la autoliquidación se presente dentro del plazo establecido.

Por otra parte, no podrá aplazarse, según el procedimiento descrito, el ingreso de autoliquidaciones complementarias. El ingreso de la deuda tributaria aplazada se efectuará en el plazo de un mes desde el día siguiente al vencimiento de cada uno de los plazos señalados, sin que tenga lugar el devengo de intereses de demora. No tendrán obligación de presentación de los pagos fraccionados (modelo 202) del período inmediatamente posterior a los dos primeros períodos en los que la base imponible sea positiva.

Por último, estos contribuyentes no tendrán la obligación de efectuar los pagos fraccionados regulados en el [artículo 40 de la Ley del IS](#) y [23.1 de la Ley del IRNR](#), respectivamente, que deban efectuar a cuenta de la liquidación correspondiente al período impositivo inmediato posterior a cada uno de los referidos en el apartado anterior, siempre que en ellos se mantenga la condición de empresa emergente.

Igualmente, se modifica el [artículo 14.1.a. del Texto Refundido de la IRNR](#) en el que se establece expresamente que los rendimientos del trabajo en especie que se encuentren exentos en el IRPF lo estarán igualmente a efectos del IRNR.

Respecto a los incentivos incluidos en el *impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)*, se introduce una mejora de la fiscalidad de las fórmulas retributivas basadas en la entrega de acciones o participaciones a los empleados (stock options), elevándose el importe de la exención de los 12.000 a 50.000 euros anuales en caso de entrega de acciones o participaciones a los empleados de empresas emergentes, exención aplicable igualmente cuando esta entrega sea consecuencia del ejercicio de opciones de compra concedidas previamente a aquéllos. Además, para la parte del rendimiento del trabajo en especie que exceda de esta cuantía, se establece una regla especial de imputación temporal, que permite diferir su imputación hasta el período

impositivo en que se produzcan determinadas circunstancias (que la sociedad salga a bolsa, que las acciones salgan del patrimonio del contribuyente) y, en todo caso, en el plazo de diez años a contar desde la entrega de las acciones o participaciones. Por último, se introduce una regla especial de valoración de los rendimientos del trabajo en especie para esclarecer el valor que corresponde a las acciones o participaciones concedidas a los trabajadores de empresas emergentes. Para facilitar la articulación de esta forma de remuneración, el [artículo 10](#) de la Ley comentada permite a estas empresas emitir acciones para autocartera.

Hay que tener en cuenta que todas las empresas nuevas experimentan lo que en su jerga se conoce como «el valle de la muerte», es decir, el tiempo posterior al desarrollo de una startup, pero antes de que la empresa comience a generar ganancias. Muchas empresas fracasan durante este período, sin escapar nunca de la temida curva de inicio. En esos momentos las empresas pueden tener dificultades para atraer inversores y otras partes interesadas porque aún están desarrollando sus modelos comerciales, por lo que estos incentivos que recoge la ley pueden ayudarles a superar esos momentos de peligro hasta su desarrollo.

Para estimular también a los inversores, se produce además un aumento en la deducción por inversión en empresas de nueva o reciente creación que se incrementa del 30 % al 50 %, elevando igualmente la base de la deducción de 60.000 a 100.000 euros. También se eleva, con carácter general, de tres a cinco años el plazo para suscribir las acciones o participaciones, a contar desde la constitución de la entidad, y hasta siete para determinadas categorías de empresas emergentes. Además, para los socios fundadores de empresas emergentes se permite la aplicación de esta deducción con independencia del porcentaje de participación en el capital social de la entidad.

Otra medida de mejora se encuentra en el régimen fiscal aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español. En este sentido, la ley propone modificaciones en la configuración de este régimen establecido en el [artículo 93 de la Ley del IRPF](#) (también conocido como régimen de impatriados).

En concreto, las modificaciones afectarían a los requisitos de acceso al régimen en los siguientes puntos:

- Hasta ahora, era necesario que el contribuyente tuviera la condición de no residente fiscal en España en los 10 períodos impositivos anteriores a aquel en el que se produzca su desplazamiento a territorio español. La ley reduce este requisito de no residencia en territorio español a los 5 períodos impositivos previos al que se produzca el desplazamiento a dicho territorio.
- Se añaden nuevas circunstancias que permiten entender cumplidas las condiciones de acceso al régimen relativas a la causa del desplazamiento al territorio español, ya sea en el primer año de aplicación del régimen o en el año anterior, y así, a fin de regular la residencia de profesionales itinerantes y de otros muchos que puedan elegir España como lugar de teletrabajo más estable, se crea una nueva categoría de visado y autorización de residencia. Conforme a la nueva ley,

se entenderá cumplida la condición de que el desplazamiento a territorio español sea consecuencia de un contrato de trabajo cuando, sin ser ordenado el desplazamiento por el empleador del contribuyente, la actividad laboral se preste a distancia, mediante el uso exclusivo de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. En particular, se entenderá cumplida esta circunstancia en el caso de trabajadores por cuenta ajena que cuenten con el visado de teletrabajo de carácter internacional previsto en la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización](#). Este nuevo visado para el teletrabajo de carácter internacional permite entrar y residir en España durante un máximo de un año mientras los titulares trabajan para sí mismos o para empleadores en cualquier parte del mundo. Asimismo, la autorización de residencia para el teletrabajo internacional permite a los extranjeros que ya se encuentran de forma regular en España, por ejemplo, aquellos que están estudiando en España o quienes siendo titulares de un visado de teletrabajo agoten este año de residencia y quieran continuar en España, solicitar una autorización por un período máximo de 3 años, renovable por un período de 2 años, pudiendo obtener la residencia permanente a los 5 años.

- Asimismo, también dará acceso al régimen el desplazamiento a trabajadores que, sea ordenado o no por el empleador, se desplazan a territorio español para trabajar a distancia utilizando exclusivamente medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación, así como administradores de empresas emergentes con independencia de su porcentaje de participación en el capital social de la entidad. En caso de entidades patrimoniales, la participación deberá ser inferior al 25 % del capital.
- Se amplía también la aplicación del régimen en una situación muy frecuente en este tipo de empresas: cuando el desplazamiento se produce al tratarse de un profesional altamente cualificado que presente servicios a empresas emergentes o que lleve a cabo actividades de formación, investigación, desarrollo e innovación, percibiendo por ello una remuneración que represente en conjunto más del 40 % de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal. En estos casos se excepciona el requisito de que no se obtengan rentas que se calificarían como obtenidas mediante un establecimiento permanente situado en territorio español.
- También se establece que, tanto el cónyuge del contribuyente, como sus hijos menores de 25 años o discapacitados de cualquier edad, puedan optar por beneficiarse del mismo régimen fiscal que el contribuyente, sin necesidad de que concurra en ellos el requisito por el que el desplazamiento ha de producirse como consecuencia de un contrato de trabajo o de la adquisición de la condición de administrador. Esta exoneración también resultaría de aplicación, en el supuesto de inexistencia de vínculo matrimonial, al progenitor de los hijos del contribuyente menores de 25 años o discapacitados.

La aplicación del régimen especial en este caso está condicionada a que dicho régimen sea de aplicación también al contribuyente en el ejercicio que se considere, así como al cumplimiento de una serie de requisitos.

La ley añade una disposición adicional quincuagésima tercera a la [Ley del IRPF](#) para regular la calificación y tratamiento fiscal de la retribución obtenida por la gestión exitosa de entidades de capital-riesgo (conocida como carried interest). Así, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo los derivados directa o indirectamente de participaciones, acciones u otros derechos, incluidas comisiones de éxito, que otorguen derechos económicos especiales en ciertas entidades, obtenidos por las personas administradoras, gestoras o empleadas de dichas entidades o de sus entidades gestoras o entidades de su grupo. Estos rendimientos del trabajo se integrarán en la base imponible en un 50 % de su importe, sin que resulten de aplicación exención o reducción alguna, cuando se cumplan una serie de requisitos que establece la norma.

Para evitar posibles fraudes, este tratamiento descrito no será de aplicación cuando los derechos económicos especiales procedan directa o indirectamente de una entidad residente en un país o territorio calificado como jurisdicción no cooperativa o con el que no exista normativa sobre asistencia mutua en materia de intercambio de información tributaria en los términos previstos en la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria](#), que sea de aplicación.

Esta ley llega en un momento en que era necesario dotar de un marco regulatorio específico a este tipo de empresas, que constituyen la base de la nueva economía digital, generan puestos de trabajo altamente cualificados y tienen mucho potencial para crecer si logran superar, en sus fases iniciales, dificultades inherentes a su propia naturaleza como la falta de financiación y de capacidad para captar y retener trabajadores de alto valor añadido. Con las medidas fiscales analizadas se allana al menos esta parte tan importante en el éxito de estas empresas cuando comienzan su andadura.

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Universidad
Área de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca
mguervos@usal.es

Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 [BOE-A-2022-22128]

Tras más de tres meses de tramitación parlamentaria, con fecha 24 de diciembre de 2022 se publica en el BOE la [Ley 31/2022 de 23 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2023.

Se trata de una ley de presupuestos que, como se señala en el preámbulo, continúa con el proceso iniciado en los Presupuestos del año 2022, incorporando los resultados de los procesos de revisión y evaluación del gasto público en el ciclo presupuestario.

Se refuerza para 2023 el análisis transversal de los Presupuestos añadiendo para este ejercicio un nuevo informe de alineamiento con la transición ecológica, que acompañará a los de análisis de alineamiento con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030; de impacto de género y del impacto en la infancia, en la adolescencia y en la familia, y a la información presupuestaria sobre la juventud y sobre las actuaciones referentes al reto demográfico y a la lucha contra la despoblación. En este contexto, se ha fijado en 198.221 millones de euros (196.142 en 2022), el límite de gasto no financiero.

En cuanto a la fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, en el propio preámbulo se advierte de la suspensión de las reglas fiscales para el año 2023 por apreciarse la persistencia de circunstancias excepcionales que autorizan la superación de los límites de déficit estructural y deuda pública conforme a lo previsto en los artículos [135.4 de la CE](#) y [11.3 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera](#).

Se trata de una ley, que recoge el testigo de la ley de presupuestos anterior, y se ha redactado con «el propósito de consolidar una recuperación económica y social justa que permita la creación de un escenario económico resiliente y un crecimiento sostenible basado en la modernización estructural del tejido productivo en un contexto de cohesión social y territorial». Además, en esta línea, para la realización de reformas e inversiones sostenibles y favorables al crecimiento, se han incorporado a los presupuestos los fondos procedentes de la puesta en marcha del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dentro del instrumento excepcional de recuperación Next Generation EU.

Como viene siendo habitual, esta ley de Presupuestos contiene en su parte dispositiva una serie de modificaciones de normas tributarias que son las que van a ser objeto de atención. Ello no obstante, queremos resaltar que se trata de una ley estructurada en 8 títulos, 124 artículos, 125 disposiciones adicionales, 9 transitorias, una derogatoria, 39 finales, 14 anexos y un amplio resumen de ingresos y gastos.

En lo que a materia tributaria se refiere es fundamentalmente, aunque no únicamente, el título VI de esta ley de presupuestos, que lleva por título «Normas Tributarias», el que se encarga de poner de manifiesto estas novedades, en concreto los [artículos 59 a 91](#).

En este ámbito, como ya se advierte en el preámbulo, se adoptan numerosas medidas fiscales o presupuestarias, que, dado el actual contexto de la economía española, permitan exigir una mayor contribución a las arcas públicas de aquellos contribuyentes con mayor capacidad económica. También se establecen rebajas impositivas para los contribuyentes con rentas bajas y medias, en tanto que son la población con más dificultades y más castigada por la situación económica del país.

Siguiendo la sistemática de la propia Ley de Presupuestos haremos un breve repaso a las modificaciones que han incidido en primer lugar sobre los impuestos directos ([Cap. I: artículos 59 a 71](#)); en segundo término, sobre los indirectos ([Cap. II: artículos 72 a 84](#)), y, finalmente, sobre otros tributos ([Cap. III: artículos 85 a 91](#)). Daremos cuenta también de otras modificaciones tributarias introducidas fundamentalmente a través de las disposiciones adicionales a la ley.

La sección primera del capítulo I se dedica al impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), en concreto los [arts. 59 a 67](#), que introducen varias modificaciones en el impuesto que sintetizamos en los siguientes puntos:

1. Incremento en las reducciones y del mínimo exento por rendimientos del trabajo.
Para ello el [artículo 59 de la LPGE](#) modifica los [artículos 20, 96.3 y Disp. Adic. 47 de la LIRPF](#) en los términos siguientes:
 - En relación con la reducción [del art. 20 LIRPF](#), que minorra el importe de los rendimientos netos del trabajo para rentas bajas cuando estas no superan un determinado importe, la LPGE modifica tanto el importe máximo hasta el que se permite aplicar la reducción, que pasa de 16.825 euros a 19.747,50 euros, como la cuantía de la reducción.
 - Se modifica el [art. 96.3 LIRPF](#) elevando el umbral inferior de los rendimientos del trabajo que determinan la obligación de presentar declaración. El mínimo para contribuyentes con un solo pagador se mantiene en 22.000 euros anuales, pero el mínimo para contribuyentes con más de un pagador se incrementa de 14.000 a 15.000 euros. Estas cifras se corresponden con rendimientos íntegros del trabajo, es decir, antes de aplicar ningún tipo de reducción o deducción.
 - Se modifica [la disposición adicional cuadragésimo séptima de la LIRPF](#) añadiéndose un apartado 3, en el que se señala que las retenciones e ingresos a cuenta a practicar sobre los rendimientos del trabajo que se satisfagan o abonen en enero de 2023 (correspondientes a dicho mes), a los que resulte de aplicación el procedimiento general de cálculo del tipo de retención, se deberán realizar con arreglo a la normativa vigente a 31 de diciembre de 2022. A partir de febrero se aplicará la normativa en vigor desde 1 de enero de 2023, por lo que se deberá efectuar la correspondiente regularización de tipos.

2. Incremento en la reducción del método de estimación directa normal y simplificada y del porcentaje máximo de gastos de difícil justificación

[El artículo 60 de la LPGE](#) modifica, por una parte, el artículo [32.2, 1.º a\) de la LIRPF](#), cambiando la cuantía de la reducción aplicable al rendimiento neto de las actividades económicas calculado por el método de estimación directa normal y simplificada de trabajadores autónomos económicamente dependientes o con un único cliente no vinculado. Esta modificación es sustancialmente idéntica a la de los trabajadores dependientes que, como hemos visto anteriormente, también se modifica. Por otra parte, se añade la [disposición adicional quincuagésima sexta](#), donde se establece en el método de estimación directa simplificada un porcentaje de deducción para el conjunto de provisiones deducibles y gastos de difícil justificación durante el ejercicio 2023 del 7 % (hasta ahora, el porcentaje era del 5 % con un límite de 2.000 euros). La ley, no obstante, habilita la posibilidad de que reglamentariamente se modifique este porcentaje.

3. Incremento de la reducción del método de estimación objetiva y prórroga de los límites cuantitativos

Es el [artículo 61 de la LPGE](#) el que se ocupa de estas cuestiones, añadiendo una [disposición adicional quincuagésima cuarta a la Ley del IRPF](#) y modificando la [disposición transitoria trigésima segunda](#). Así para aquellos contribuyentes que determinan el rendimiento neto de su actividad económica con arreglo al método de estimación objetiva, se eleva al 10 % la reducción general aplicable sobre el rendimiento neto de módulos obtenido en el período impositivo 2023 (5 % en años anteriores). Adicionalmente, se prorrogan para 2023 los límites cuantitativos que delimitan en el IRPF el ámbito de aplicación del método de estimación objetiva (límites que se vienen aplicando desde el ejercicio 2016).

4. Adaptaciones técnicas en la reducción por aportaciones y contribución a sistemas de previsión social

La LPGE para 2022 introdujo, como se comentó en su día, límites a este tipo de aportaciones, redujo el límite general de reducción aplicable en la base imponible del IRPF por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social y primas de seguros privados, que quedó establecido en 1.500 euros anuales. Al mismo tiempo, permitió incrementar este límite en 8.500 euros (es decir, hasta un máximo de 10.000 euros) mediante la realización de contribuciones empresariales o, en su caso, de aportaciones del empleado al mismo instrumento de previsión social, siempre que estas aportaciones sean de igual o inferior importe al resultado de aplicar sobre la respectiva contribución empresarial un coeficiente. Pues bien, el [artículo 62 de la LPGE](#) realiza para 2023 ciertas mejoras técnicas en la regulación de este límite de reducción para evitar distorsiones entre las aportaciones del trabajador y la empresa, de forma que las aportaciones máximas que pueda realizar un trabajador al mismo instrumento de previsión social al que se hayan realizado contribuciones por parte de la empresa no disminuyan como consecuencia del incremento de las contribuciones empresariales.

Por otro lado, se corrige la remisión que contenía la normativa referida únicamente a los planes de empleo simplificados de trabajadores por cuenta propia o autónomos para incluir de forma diferenciada los planes de pensiones sectoriales. En consonancia con lo anterior, se modifican también los límites financieros de las aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social en el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por [Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre](#).

5. Incremento de los tipos de gravamen del ahorro

Se modifican por el [artículo 63 de la LPGE](#) los artículos [66 y 76 de la LIRPF](#), introduciendo modificaciones al alza en las escalas que contienen los tipos impositivos aplicables a las rentas que se integran en la base del ahorro superiores a 200.000 €.

6. Ampliación del ámbito subjetivo de la deducción por maternidad

Se modifica el [art. 81 de la LIRPF](#), por el [art. 64 de la LPGE](#), en cuanto a los requisitos para poder aplicar la deducción. El artículo 81 de la LIRPF prevé una deducción por maternidad a aplicar sobre la cuota diferencial del IRPF de hasta 1.200 euros por hijo menor de tres años o, alternativamente, en forma de prestación mensual de hasta 100 euros por hijo, hasta que el menor alcance los tres años. Hasta la fecha, esta deducción solo la podían aplicar las mujeres con hijos menores de tres años que realizaran una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estuvieran dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad. La LPGE 2023 mantiene el importe de la deducción, pero amplía su alcance subjetivo, ahora se extiende a las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el [artículo 58 LIRPF](#), que en el momento del nacimiento del menor perciban prestaciones contributivas o asistenciales del sistema de protección de desempleo, o que en dicho momento o en cualquier momento posterior estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad con un período mínimo, en este último caso, de 30 días cotizados.

7. Disminución del tipo de retención para rendimientos de derechos de autor y propiedad intelectual e industrial

Es el [artículo 65 de la LPGE](#) el que modifica el [artículo 101 de la LIRPF](#), en concreto los apartados 3 y 9, en el siguiente sentido:

- Se minora el tipo de retención aplicable a los anticipos de derechos de autor del 15 al 7 por ciento. Los derechos de autor se declararán a medida que se vayan generando, si bien la retención se practica cuando se paga el anticipo correspondiente. El tipo de retención general se aclara que es del 15 %, pero, cuando tales derechos se generen por un contribuyente cuyos ingresos por tal concepto hubieran sido inferiores a 15.000 euros en el año anterior y constituya su principal fuente de renta, esto es, represente más del 75 % de la suma de los rendimientos íntegros de actividades económicas y del trabajo obtenidos por el contribuyente en dicho ejercicio, se rebaja al 7 por ciento.

8. El [artículo 66 de la LPGE](#), prórroga del porcentaje de imputación de rentas inmobiliarias para inmuebles revisados por procedimiento de valoración colectiva general y para ello se añade una disposición adicional, la quincuagésima quinta, a la LIRPF.
9. Finalmente [el art. 67 LPGE](#) recoge la deducción por residencia habitual y efectiva en La Palma, e introduce una disposición adicional, la [quincuagésima séptima, en la Ley 35/2006](#). Ello implica que en los períodos impositivos 2022 y 2023 los contribuyentes con residencia habitual y efectiva en La Palma se deducirán el 60 % de la parte de la suma de las cuotas íntegras estatal y autonómica que proporcionalmente corresponda a las rentas computadas para la determinación de las bases liquidables que hubieran sido obtenidas en ese territorio, en los términos y condiciones previstos en la norma para los residentes en Ceuta y Melilla

Respecto del impuesto sobre sociedades, en [los artículos 68 y 69 de la LPGE](#) se modifica el artículo 29.1 de la [Ley del Impuesto sobre Sociedades](#) y se añade una disposición adicional, en concreto, la disposición adicional décima octava. Las modificaciones se pueden resumir en los siguientes puntos:

- Disminución del tipo impositivo general del 25 % al 23 % para sociedades con un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros, siempre que no tengan la consideración de entidad patrimonial, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2023.
- Posibilidad de aplicar la amortización acelerada en determinados medios de transporte. Las inversiones en vehículos nuevos FCV, FCHV, BEV, REEV o PHEV (según definición del anexo II del Reglamento General de Vehículos) y que entren en funcionamiento en los períodos impositivos que se inicien en los años 2023, 2024 y 2025 podrán amortizarse aplicando el doble de los coeficientes máximos previstos en las tablas de amortización oficialmente aprobadas.
- Se modifica por la [disposición final 5.ª](#) el ámbito de aplicación del Régimen Fiscal de las Cooperativas en lo que a las cooperativas de trabajo asociado se refiere. El resumen es que sigue: aumenta el límite máximo de trabajadores asalariados con contrato por tiempo indefinido al 20 % del total de los socios de la cooperativa (en lugar de al 10 %); en caso de que los socios sean menos de cinco (en lugar de diez), podrá contratarse un trabajador asalariado más, mientras que, si hubiera entre seis y diez socios, podrán contratarse dos trabajadores asalariados más; y aumenta el límite máximo de jornadas legales a realizar por los trabajadores por cuenta ajena no contratados por tiempo indefinido al 25 % del total de jornadas legales de trabajo realizadas por los socios de la cooperativa (en lugar de al 20 %).
- En la [disposición final 7.ª](#), hay modificaciones del régimen fiscal canario, afectando a los artículos 42 y 44 de la Ley del IS que son modificados.
- Especial atención merece la [disposición adicional 70.ª](#) que ha introducido como novedad un régimen fiscal especial en las Islas Baleares, similar al establecido en las Islas Canarias con efectos para los períodos impositivos que se inicien entre el 1 de enero de 2023 y el 31 de diciembre de 2028.

Se podrán beneficiar de esta medida los contribuyentes del impuesto sobre sociedades, los contribuyentes del impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) que tengan establecimientos permanentes situados en Baleares y los contribuyentes del IRPF que obtengan rendimientos de actividades económicas en régimen de estimación directa.

Este régimen fiscal especial contempla los siguientes dos beneficios:

- a) Los sujetos pasivos del IS y del IRNR podrán aplicar una reducción en su base imponible por los beneficios que se destinen a la dotación de una reserva para realizar determinadas inversiones en Baleares. La Reserva para Inversiones en Baleares tiene el límite del 90 % de la parte del beneficio obtenido procedente de establecimientos situados en las Illes Balears. Esta reducción permitirá minorar la base imponible del IS, sin que esta pueda ser negativa.

Las cantidades dotadas a esta reserva deberán destinarse a la realización de inversiones productivas o la creación de empleo. Como regla general, los elementos patrimoniales en los que se materialice la inversión deberán estar situados o ser recibidos en las Illes Balears y deben permanecer, en principio, durante al menos 5 años en la empresa sin ser objeto de transmisión, arrendamiento o cesión a terceros. No obstante, se prevén excepciones a esta regla. Esta reserva será indisponible mientras los bienes en los que se materializó permanezcan en la empresa.

Este beneficio también se prevé, con especialidades, para los contribuyentes del IRPF que realicen actividades económicas y determinen sus rendimientos de acuerdo con el método de estimación directa. Tendrán derecho a una deducción en la cuota íntegra por los rendimientos netos de explotación que se destinen a dotar la reserva, que provengan de actividades económicas realizadas en establecimientos situados en Baleares. La deducción se calculará aplicando el tipo medio de gravamen del IRPF a las dotaciones anuales a la reserva y tendrá como límite el 80 % de la parte de la cuota íntegra que proporcionalmente corresponda a los rendimientos netos que provengan de los establecimientos situados en Baleares.

- b) Régimen especial para empresas industriales, agrícolas, ganaderas y pesqueras.

Los sujetos pasivos del IS, IRPF y del IRNR que estén domiciliados o cuenten con un establecimiento permanente en las Illes Balears podrán aplicar una bonificación del 10 % de la cuota íntegra que se corresponda con rendimientos derivados de la venta de bienes materiales producidos por ellos mismos en las Illes Balears procedentes de actividades agrícolas, ganaderas, industriales y pesqueras, siempre y cuando se mantenga la plantilla media de trabajadores.

La bonificación se ampliará al 25 % en aquellos períodos impositivos en los que, además, se haya producido un incremento de la plantilla media no inferior a la unidad y se mantenga durante un plazo de tres años a partir de la fecha de finalización del período impositivo en el que se aplique esta bonificación incrementada.

La sección 3.ª de este título se dedica a los impuestos locales y en este sentido, y siguiendo el orden sistemático de la ley, en [el art. 70 de la LPGE](#) y en relación con

el impuesto sobre actividades económicas, se modifican las tarifas de los servicios telefónicos, de coworking y otras actividades. Se adapta la tributación del sector de la telefonía al contenido de la [sentencia del Tribunal Supremo 996/2022, de 14 de julio](#), en la que, en aplicación del Derecho de la Unión Europea, se considera injustificada la mayor tributación por dicho impuesto de la telefonía móvil en relación con la telefonía fija. Además, se crea un nuevo grupo con el fin de clasificar de forma específica los servicios prestados por las oficinas flexibles, coworking y centros de negocios.

[El artículo 71 de la LPGE](#) se refiere al IIVTNU, y en esta ocasión se actualizan los coeficientes máximos a aplicar sobre el valor del terreno en el momento de devengo, según el período de generación del incremento de valor a que se refiere el apartado 4 del artículo 107 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

En relación con el impuesto sobre bienes inmuebles, la LPGE establece, con vigencia exclusiva para el ejercicio 2023, la ampliación hasta el 31 de julio de 2023 del plazo para aprobar los nuevos tipos de gravamen del impuesto sobre bienes inmuebles por los Ayuntamientos afectados por procedimientos de valoración colectiva de carácter general que deban surtir efectos el 1 de enero de 2024.

Las modificaciones de la LPGE, en relación con los impuestos indirectos, se recogen en el capítulo II, en concreto en los [artículos 72 a 84 LPGE](#). Se resumen en los siguientes puntos:

- De conformidad con la Directiva (UE) 2019/2235, se establece una exención para las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de bienes, realizadas por las Fuerzas Armadas de los Estados miembros, y ello para asimilar el tratamiento a las Fuerzas Armadas de cualquier Estado miembro respecto de la OTAN ([art. 72](#), con efectos 1 de julio de 2022).
- Modificación de la regla de utilización efectiva en la localización de determinados servicios. Es [el art. 73](#) el que modifica el apartado Dos del art. 70 de la Ley del IVA, en relación con la armonización de la normativa del IVA a la normativa comunitaria respecto del lugar de realización de determinadas prestaciones de servicios. Al objeto de garantizar la neutralidad del impuesto y la efectividad del principio de tributación en destino de las operaciones sujetas, se restringe sustancialmente la aplicación de la regla de localización de las prestaciones de servicios basada en su utilización o explotación efectiva y se incluyen algunos supuestos nuevos en los que la regla se deberá aplicar.

Armonización y adaptación de la Ley del IVA al contenido de la normativa aduanera comunitaria, ([art. 74](#)).

- En el [art. 75 LPGE](#), se introducen modificaciones en el IVA, para su armonización con la normativa comunitaria en materia de supuestos de inversión del sujeto pasivo. Se extiende la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo a las entregas de desechos y desperdicios de plástico y de material textil y se excluye su aplicación en una serie de casos.

- [El artículo 76](#), por su parte, introduce modificaciones a la LIVA en aras de armonizarlo con la normativa comunitaria en relación con las reglas de tributación del comercio electrónico. Se introducen ajustes técnicos en la Ley del IVA para, por una parte, definir de forma más precisa las reglas referentes al lugar de realización de las ventas a distancia intracomunitarias y, por otra, concretar que, para la aplicación del umbral que permite la tributación en origen, los bienes se deben enviar exclusivamente desde el Estado miembro de establecimiento.
- En [el artículo 77](#) introduce modificaciones al artículo 80 LIVA, en aras de flexibilizar los requisitos para la modificación de la base imponible del IVA en caso de créditos incobrables, para armonizarlos a la directiva y jurisprudencia comunitarias.
- En [el artículo 78](#), al objeto de acentuar la perspectiva de género, se establece que las compresas, tampones, protegeslips, preservativos y otros anticonceptivos no medicinales pasan a estar gravados al tipo reducido del 4 %. Esta modificación se realiza de conformidad con los nuevos límites establecidos en la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en materia de tipos impositivos.
- Dentro de este capítulo II, los [artículos 80 a 82](#) están dedicados a realizar diversas modificaciones en la normativa del impuesto general indirecto canario (IGIC) correlativas a las de IVA, para adaptar su normativa a la aduanera comunitaria. En concreto, se adapta la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias a la regulación contenida en la Ley del IVA, en particular, en lo referido a la adecuación a la normativa aduanera, a la regla de utilización efectiva y al régimen general de deducciones, para alinear la regulación de ambos tributos. Como novedad, se desarrolla el método de cálculo de la carga impositiva implícita del IGIC a efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 29 de la norma canaria.
- [El artículo 83](#), por su parte, actualiza la escala aplicable a las transmisiones y rehabilitaciones de títulos nobiliarios en la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD.

Finaliza este capítulo II con [el artículo 84](#), dedicado a la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/2235, del Consejo, de 16 de diciembre de 2019](#), en relación con el régimen general de los impuestos especiales, en lo que respecta al esfuerzo de defensa en el marco de la UE. En concreto, en el ámbito de los impuestos especiales de fabricación, pasarán a estar exentos tanto la fabricación y la importación de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación como los suministros de electricidad destinados a las Fuerzas Armadas de cualquier Estado miembro distinto de España, para uso de dichas fuerzas o del personal civil a su servicio, o para el abastecimiento de sus comedores o cantinas, siempre que dichas fuerzas estén afectadas a un esfuerzo de defensa realizado para llevar a cabo una actividad de la Unión en el ámbito de la política común de seguridad y defensa.

El [capítulo III](#), del título VI que estamos comentando, lleva por título «Otros tributos»; en esta ocasión son los [artículos 85 a 91](#) los que recogen los distintos cambios en vigor desde enero de 2023 que afectan fundamentalmente a la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico del [art. 85 LPGE](#), actualización de las tasas por la prestación de servicios y realización de actividades en materia de seguridad ferroviaria, [art. 87 LPGE](#), o a los cánones ferroviarios del [artículo 86](#). Se produce una actualización de los cánones ferroviarios, que se aprueban con vigencia indefinida aunque, para este ejercicio, se aprueba una modificación temporal de las cuantías unitarias de los referidos cánones ferroviarios, con el objeto de seguir paliando los efectos de la crisis provocada por la COVID-19 en el transporte ferroviario.

Por otra parte, es en [los artículos 88 a 90 de la LPGE](#) donde se establecen las bonificaciones y los coeficientes correctores aplicables en los puertos de interés general a las tasas de ocupación, del buque, del pasaje y de la mercancía, así como los coeficientes correctores de aplicación a la tarifa fija de recepción de desechos generados por buques, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto refundido de la [Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre](#). Finalmente, [en el art. 91](#) se mantienen las cuantías básicas de las tasas portuarias.

El texto de la Ley de Presupuestos recoge como es habitual *más modificaciones tributarias*, en esta ocasión vamos a señalar algunas a la LGT y otras de índole económica con incidencia tributaria.

Respecto a la LGT, señalar que se incluyen modificaciones a la misma en dos cuestiones, *cesión de datos reservados con trascendencia tributaria y nuevo régimen de aplazamientos y fraccionamientos de deudas tributarias*:

En lo que a cesión de datos se refiere, la [LPGE](#) amplía los supuestos en los que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración en el desempeño de sus funciones, a pesar de tener carácter reservado, puedan ser cedidos a terceros.

El [artículo 95 de la LGT](#) establece que éstos pueden ser utilizados únicamente para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros. Se prevén no obstante diversas excepciones a esta prohibición: cuando tenga por objeto la colaboración con las Administraciones Públicas para la lucha contra el delito fiscal y contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos o de la UE. Con efectos desde el 1 de enero de 2023, se amplía esta excepción para los casos en que la cesión tenga por objeto prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses que afecten a los intereses financieros de la UE, para ello se modifica el [artículo 95.1.d\) de la LGT](#).

Respecto al *nuevo régimen de aplazamientos*, la LPGE 2023 amplía, con efectos desde el 1 de enero de 2023, los plazos de los aplazamientos y fraccionamientos establecidos en la [Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal](#).

Esta norma introdujo un nuevo régimen de aplazamientos y fraccionamientos para las deudas tributarias gestionadas por la AEAT, aplicable a las deudas en período voluntario o ejecutivo, cuando la situación económico-financiera del contribuyente le impidiera, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos. Los plazos que establece la Ley de PGE pueden consultarse en la [disposición final trigésima de la LPGE](#), que da nueva redacción a la disposición adicional undécima de [la Ley 16/2022, de 5 de septiembre](#).

Finalmente, hemos de señalar que en la Ley de Presupuestos se han efectuado también las siguientes modificaciones de índole económica y trascendencia tributaria:

- El interés legal del dinero queda fijado para 2023 en la cuantía del 3,25 por ciento que ya estaba fijado en años anteriores ([Disp. Ad. 41](#)).
- El interés de demora se fija para 2023 en el 4,0625 por ciento, un poco superior al 3,75 por ciento de años anteriores. ([Disp. Ad. 42](#)).
- Respecto al indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) ([Disp. Ad. 90.ª](#)), se incrementa en un 3,6 por ciento, así se establece para 2023 un IPREM anual de 7.200 € (en 2022, 6.948,24 €). En los supuestos en los que la referencia al salario mínimo interprofesional haya sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el [Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio](#), la cuantía anual de éste será de 8400 € (en 2022, 8106,28 €), cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual. No obstante, si expresamente se excluyen las pagas extraordinarias, la cuantía será de 7.200 € (en 2022 de 6.948,24 €).

Para el año 2023, es la [Disposición adicional quincuagésima séptima de la LPGE](#) la que relaciona, en su apartado Uno, las actividades que se considerarán prioritarias de mecenazgo a los efectos de las deducciones incrementadas en el impuesto sobre la renta y sociedades (5 puntos porcentuales más) establecidas en [artículo 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre](#). Se mantiene, no obstante, el límite de 50.000 € anuales para cada aportante para alguna de las actividades señaladas. Se consideran las actividades llevadas a cabo, entre otros, por el Instituto Cervantes; por el Museo Nacional del Prado; por el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía; por la Biblioteca Nacional de España; por la Fundación Deporte Joven en colaboración con el Consejo Superior de Deportes, en el marco del proyecto «España Compite: en la Empresa como en el Deporte»; por el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales; por la Agencia Estatal de Investigación para el fomento y financiación de las actuaciones que derivan de las políticas de I+D de la Administración General del Estado; por la Fundación ONCE en el marco del Programa de Becas «Oportunidad al Talento», así como las actividades desarrolladas por esta entidad en el marco del Programa de Formación en Competencias y Profesiones Digitales y Tecnológicas «Por Talento Digital»; las llevadas a cabo por la Fundación ONCE del Perro Guía en el marco del Proyecto 2022-2023 «Avances para la movilidad de las personas ciegas asistidas por perros

guía»; las llevadas a cabo por las Universidades Públicas en cumplimiento de los fines y funciones de carácter educativo, científico, tecnológico, cultural y de transferencia del conocimiento.

Igualmente se da cuenta en las disposiciones adicionales quincuagésima octava y siguientes de la ley de los acontecimientos considerados de excepcional interés público, a efectos de lo dispuesto en la Ley de Mecenazgo, y en ellos se concretan los requisitos y alcance de los beneficios fiscales que se les otorgan. Se reconocen los siguientes acontecimientos: Celebración del «Plan de Fomento de la ópera en la Calle del Teatro Real»; «Inauguración de la Galería de las Colecciones Reales»; «Centenario del Hockey 1923-2023»; «60 Aniversario Rally Blendio Princesa de Asturias Ciudad de Oviedo»; «60 aniversario del Festival Porta Ferrada»; «Programa EN PLAN BIEN» de promoción de estilos de vida saludables para la infancia y la adolescencia; Programa «125 aniversario del Athletic Club 1898-2023»; evento «Ryder Cup 2031»; eventos «Open Barcelona-Trofeo Conde de Godó» y al «125 aniversario del Real Club de Tenis Barcelona»; «750 aniversario del Consolat del Mar»; «Congreso de la Unión Internacional de Arquitectos»; y «Festival Internacional Sónar de Música, Creativitat i Tecnologia».

Finalmente queremos hacer una pequeña mención al [Título VII de la LPGE](#) (arts. 92 al 121, estructurado en dos capítulos con los siguientes contenidos:

En el [capítulo I](#) se contienen normas relativas a la financiación de las entidades locales, englobando en el mismo a los municipios, provincias, cabildos y consejos insulares, así como comunidades autónomas uniprovinciales. El núcleo fundamental está constituido por la articulación de la participación de las entidades locales en los tributos del Estado, tanto en la determinación de su cuantía como en la forma de hacerla efectiva. Se recoge también la regulación de los regímenes especiales de participación de Ceuta y Melilla, de las entidades locales de las Islas Canarias, así como al relativo a las entidades locales de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra. También se recogen las obligaciones de información a suministrar por las entidades locales, las normas de gestión presupuestaria, el otorgamiento de anticipos a los ayuntamientos y un procedimiento para dar cumplimiento a las compensaciones de deudas firmes contraídas con el Estado por las entidades locales, incluyendo las que, en su caso, se deban aplicar como consecuencia de incumplimientos reiterados de los plazos de pago establecidos en la normativa de medidas de lucha contra la morosidad.

El [capítulo II](#) regula determinados aspectos de la financiación de las comunidades autónomas de régimen común y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Rosa María ALFONSO GALÁN
Profesora Titular
Universidad de Salamanca
ralga@usal.es

[Ley 38/2022, de 27 de diciembre, para el establecimiento de gravámenes temporales energético y de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito y por la que se crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, y se modifican determinadas normas tributarias \[BOE-A-2022-22684\]](#)

En el BOE de 28 de diciembre de 2022 y con entrada en vigor, salvo alguna excepción, el 29 de diciembre, se publicó la [Ley 38/2022, de 27 de diciembre](#), que estableció dos gravámenes temporales: el energético y el de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito, los cuales según la ley tienen la naturaleza jurídica de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, y que se exigirán en los años 2023 y 2024. Asimismo, esta ley crea el impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas, que se califica como un tributo de carácter directo, naturaleza personal y complementario del impuesto sobre el patrimonio que grava el patrimonio neto de las personas físicas de cuantía superior a 3.000.000 de euros y que se aplicará en los dos primeros ejercicios en los que se devengue a partir de su entrada en vigor —29 de diciembre de 2022— (por lo tanto, serán los años 2022 y 2023 en los que, en principio, se aplicará).

Además, como ocurre ya desde hace tanto tiempo, se aprovecha la misma ley para introducir modificaciones en otros tantos tributos. Así, en sus disposiciones finales se introducen modificaciones que afectan, entre otras, al ámbito del impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD), impuesto sobre el patrimonio (IP), impuesto sobre sociedades (IS) y tasas. Algunas de estas modificaciones tienen gran trascendencia destacando de entre todas la relativa a la limitación a la compensación de bases impositivas negativas en grupos fiscales en el IS y la que mantiene que, en supuestos de obligación real de contribuir, se entienden situados en territorio español los valores representativos de la participación en fondos propios de entidades, no negociados en mercados organizados, cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por ciento por inmuebles situados en dicho territorio, en el IP.

Vamos a analizar los aspectos esenciales de cada uno de estos puntos.

1. GRAVAMEN TEMPORAL ENERGÉTICO

Esta figura, según la ley, tiene la naturaleza jurídica de prestación patrimonial de carácter público no tributario (en adelante PPCNT) y, sin embargo, se regirá por lo dispuesto en la propia ley que lo aprueba y, supletoriamente, por la [Ley General Presupuestaria](#) y la [Ley General Tributaria](#), así como por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas. En particular, su régimen sancionador aplicable será el resultante de la [Ley General Tributaria](#). Si se trata de una PPCNT no se entiende que se

remita a normas tributarias. Igualmente, la exacción, gestión, comprobación y recaudación de la prestación se atribuye a los órganos correspondientes de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT, y la revisión en vía administrativa de los actos relativos a la prestación se efectuará conforme a lo establecido en el título V de la Ley General Tributaria. Remisiones que no corresponden a una figura que se dice no tributaria.

Muchos puntos de la regulación de estas figuras son cuestionables, pero en este comentario nos centraremos en el que nos parece fundamentalmente criticable. La calificación de esta figura, igual que comentaremos con el siguiente gravamen, es básica desde el punto de vista de su valoración constitucional, puesto que calificarla como PPCNT implica que al ser un ingreso no tributario no le son aplicables los principios constitucionales informadores de los tributos.

Las PPCNT son una modalidad de las genéricas prestaciones patrimoniales de carácter público (PPCP), definidas en la [disposición adicional primera de la Ley General Tributaria \(LGT\)](#) en los siguientes términos:

1. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquéllas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo. 2. Las prestaciones patrimoniales de carácter público citadas en el apartado anterior podrán tener carácter tributario o no tributario. Tendrán la consideración de tributarias las prestaciones mencionadas en el apartado 1 que tengan la consideración de tasas, contribuciones especiales e impuestos a las que se refiere el artículo 2 de esta Ley. Serán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario las demás prestaciones que exigidas coactivamente respondan a fines de interés general. En particular, se considerarán prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias aquellas que teniendo tal consideración se exijan por la prestación de un servicio gestionado de forma directa o indirecta mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En nuestra opinión tanto esta figura como la siguiente en orden que comentaremos no son PPCNT, sino claramente tributarias y más en concreto impuestos (esto sería un gran problema pues si lo que se gravan son los beneficios presuntamente adicionales del sector eléctrico, gasista y petrolero y el correspondiente a las entidades de crédito —en la siguiente figura que comentaremos—, cuyos beneficios ya son objeto de tributación, podría plantearse un problema de doble imposición). De las PPCNT comparten dos características: la coactividad y la realización en favor de los entes públicos, dado que ambas prestaciones patrimoniales se ingresan en el Tesoro Público ([artículos 1.11 y 2.10 Ley 38/2022](#))¹. Pero lo que no cumplen, de ninguna manera es el tener un ca-

1. Compartimos el razonamiento, y para un mayor abundamiento en estas reflexiones recomendamos su lectura, de MENÉNDEZ MORENO, A. 2023: «Sobre la calificación y constitucionalidad de los Gravámenes Temporales Energético y de Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros de Crédito». Quincena Fiscal, 2023, núm. 3, quien señala que «Si bien, debe convenirse que ambas características son atribuibles igualmente a las prestaciones de naturaleza

rácter retributivo ya que el pago al ente público acreedor de las mismas no comporta en favor del pagador el derecho a ninguna contraprestación².

La Exposición de Motivos de la ley justifica esta figura en la situación de inflación que vivimos en nuestro país y en los mayores beneficios obtenidos en esta época por parte de las empresas del sector energético y financiero. Sin embargo, lo recaudado no se afecta en modo alguno (característica propia de los ingresos parafiscales), de acuerdo con lo señalado en el [número 11 del artículo 1. de la Ley](#), en el que se prevé que «el rendimiento de la prestación se ingresará en el Tesoro Público».

Aunque después se recoge que se utilizará el rendimiento de la prestación recaudado para cualquiera de los siguientes fines:

- medidas de apoyo financiero a los clientes finales de energía, especialmente a los hogares vulnerables, para mitigar los efectos de los elevados precios de la energía, de manera específica;
- medidas de apoyo financiero para contribuir a la reducción del consumo de energía, por ejemplo, mediante subastas o sistemas de licitación de reducción de la demanda; a la disminución de los coste de compra de energía de los clientes finales de energía para determinados volúmenes de consumo, y al fomento de las inversiones de los clientes finales de energía en energías renovables, inversiones estructurales en eficiencia energética u otras tecnologías de descarbonización;
- medidas de apoyo financiero para ayudar a las empresas de sectores de gran consumo de energía, siempre que se supediten a inversiones en energías renovables, eficiencia energética u otras tecnologías de descarbonización;
- medidas de apoyo financiero para desarrollar la autonomía energética, en particular, inversiones en consonancia con los objetivos de REPowerEU establecidos en el Plan REPowerEU y en la Acción conjunta europea REPowerEU, tal como proyectos con una dimensión transfronteriza;
- a la financiación de medidas para reducir los efectos perjudiciales de la crisis energética, incluidos el apoyo a la protección del empleo y el reciclaje y el perfeccionamiento profesional de la población activa, o para fomentar inversiones en eficiencia

tributaria, como se infiere indubitadamente de lo establecido en los números 1 y 2 de la disposición adicional primera y en el artículo 2.1 LGT. En definitiva, las referidas notas son comunes al conjunto de las prestaciones patrimoniales de carácter público, y en ningún caso específicas de las no tributarias».

2. Vid. para entender el caos conceptual que ha generado el legislador con la introducción de estos términos, y que no es algo que haya surgido con estas nuevas figuras comentadas, sino que ya viene de largo, LAGO MONTERO, J. M. 2021: «Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, ¿para qué?». Revista Técnica Tributaria, 2021, núm. 132, quien acertadamente señala, entre otras cosas, que «La prestación exigible por la prestación de servicios públicos presenta una innegable naturaleza retributiva. Sean catalogadas como tasas o como precios, como prestaciones patrimoniales tributarias o no, estamos ante figuras cuya funcionalidad primera y principal es compensar al prestador del servicio por los costes en que incurre y que el usuario ha de hacer suyos en alguna medida».

energética y energías renovables, incluidos los proyectos transfronterizos y en el mecanismo de financiación de energías renovables de la Unión establecido en el artículo 33 del [Reglamento \(UE\) 2018/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018](#).

Este gravamen energético, que se califica como temporal, de momento se va exigir en los años 2023 y 2024, aunque ya se prevé, mediante una cláusula de revisión, que el Gobierno en el último trimestre de 2024 realice un estudio de los resultados del gravamen y evalúe su mantenimiento con carácter permanente. Así que lo de la temporalidad, como en tantas ocasiones en las que se ha introducido una figura de manera transitoria, ya tiene más visos de posible permanencia que de otra cosa.

Según regula la ley, deberán satisfacer el gravamen energético las siguientes personas o entidades:

- Las personas o entidades que tengan la consideración de operador principal en los sectores energéticos de acuerdo con las Resoluciones de 10 de diciembre de 2020 y de 16 de diciembre de 2021 (modificada por la de 9 de junio de 2022) de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Recogiendo dos exenciones si concurre cualquiera de las siguientes circunstancias:
 - Que el importe neto de la cifra de negocios correspondiente al año 2019 sea inferior a 1.000 millones de euros.
 - Que el importe neto de la cifra de negocios correspondiente, respectivamente, a los años 2017, 2018 y 2019 derivado de la actividad que hubiera determinado su consideración como operador principal de un sector energético no exceda del 50 por ciento del total del importe neto de la cifra de negocios del año respectivo.
- Las personas o entidades que desarrollen en España actividades de producción de crudo de petróleo o gas natural, minería de carbón o refino de petróleo y que generen, en el año anterior al del nacimiento de la obligación de pago de la prestación, al menos el 75 por ciento de su volumen de negocios a partir de actividades económicas en el ámbito de la extracción, la minería, el refinado de petróleo o la fabricación de productos de coquería a que se hace referencia en el [Reglamento \(CE\) n.º 1893/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006](#).

En el supuesto de que las citadas personas y entidades formen parte de un grupo fiscal que tribute en el régimen de consolidación fiscal en el IS de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación, el importe neto de la cifra de negocios se determinará por referencia a dicho grupo³.

3. Vid. MENÉNDEZ MORENO, A.: «Sobre la calificación y constitucionalidad de los Gravámenes Temporales Energético y de Entidades de Crédito y Establecimientos Financieros de Crédito...», op. cit., quien señala que «nada de lo reseñado modifica la conclusión del párrafo

Asimismo, se precisa que cuando estas personas o entidades formen parte de un grupo mercantil integrado por personas o entidades que deban presentar las declaraciones del IS en territorio común y en territorio foral (de forma individual o consolidada), el importe neto de la cifra de negocios se determinará tomando en consideración las personas, entidades y grupos que hayan declarado en territorio común y los que lo hayan hecho en territorio foral.

Respecto a la obligación de pago nace el primer día del año natural y se deberá satisfacer en los primeros 20 días naturales del mes de septiembre de dicho año. No obstante, se deberá efectuar un pago anticipado del 50 % durante los primeros 20 días naturales del mes de febrero siguiente al nacimiento de la obligación de pago de la prestación. En el supuesto de que no se conociera el importe neto de la cifra de negocios en el momento de realizar el pago anticipado se establece que se estimará de forma provisional conforme a un método de cálculo fehaciente, considerándose fehaciente la estimación resultante de las cuentas debidamente formuladas o, en su defecto, la estimación que derive de los trabajos de auditoría de cuentas a efectos de la elaboración y formulación de cuentas.

La prestación consistirá en el resultado de aplicar el porcentaje del 1,2 por ciento al importe neto de la cifra de negocios derivado de la actividad que desarrolle en España del año natural anterior al del nacimiento de la obligación de pago que figure en su cuenta de pérdidas y ganancias, determinado de acuerdo con lo dispuesto en la normativa contable que sea de aplicación, minorado por la cuantía del pago anticipado que se hubiera ingresado.

Del importe neto de la cifra de negocios se excluirán:

- Los ingresos correspondientes al impuesto sobre hidrocarburos, al impuesto especial de la comunidad autónoma de Canarias sobre combustibles derivados del petróleo y a los gravámenes complementarios a carburantes y combustibles petrolíferos de Ceuta y Melilla, que se hayan pagado o soportado vía repercusión.
- El importe correspondiente a las actividades reguladas, entendiéndose por tales: el suministro a precio regulado (PVPC de electricidad, TUR de gas, GLP envasado y GLP por canalización); los ingresos regulados de las redes de transporte y distribución de electricidad y gas natural, y, en el caso de generación con retribución regulada y retribución adicional en los territorios no peninsulares, todos los ingresos de las instalaciones, incluidos los que perciben del mercado y el despacho económico respectivamente.

La Ley establece que no son gastos fiscalmente deducibles a efectos de la determinación de la base imponible del IS ni el importe de la prestación ni el del pago anticipado.

anterior en el sentido de que el GTE recae sobre un aspecto gravado en el IS que no refleja con fidelidad el resultado del ejercicio de la sociedad que tribute en el régimen de consolidación fiscal o de un grupo mercantil».

Igualmente regula la prohibición de repercusión económica, directa o indirecta, del importe de la prestación y su pago anticipado, considerándose infracción muy grave el incumplimiento de esta obligación, que se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido. Pone de manifiesto, queriendo remarcar el carácter no tributario de la medida, que esta infracción no tiene carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general. Será la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la que comprobará el cumplimiento de esta obligación

2. GRAVAMEN TEMPORAL DE ENTIDADES DE CRÉDITO Y ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO

Remitimos a los comentarios señalados al analizar el gravamen energético por ser puntos comunes ambas figuras, ya que, igual que el gravamen temporal energético, la ley señala que el gravamen temporal de entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito es una prestación patrimonial de carácter público no tributario y se regirá por lo dispuesto en la propia ley que lo aprueba y, supletoriamente, por la [Ley General Presupuestaria](#) y la [Ley General Tributaria](#), así como por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas. En particular, su régimen sancionador aplicable será el resultante de la [Ley General Tributaria](#). También la exacción, gestión, comprobación y recaudación de la prestación se atribuye a los órganos correspondientes de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la AEAT. Y la revisión en vía administrativa de los actos relativos a la prestación se efectuará conforme a lo establecido en el título V de la [Ley General Tributaria](#). Atribuciones a normas tributarias que, como hemos comentado, no casan con considerarla una prestación no tributaria.

También este gravamen temporal se exigirá, en principio, en los años 2023 y 2024, incluyendo la misma cláusula de revisión comentada, donde se insta al Gobierno a que, en el último trimestre de 2024, realice un estudio de los resultados del gravamen y evalúe su mantenimiento con carácter permanente.

En este caso, deberán satisfacer el gravamen las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito que operen en territorio español cuya suma de ingresos por intereses y comisiones, determinada de acuerdo con su normativa contable de aplicación, correspondiente al año 2019 sea igual o superior a 800 millones de euros.

En el supuesto de que las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito formen parte de un grupo fiscal que tribute en el régimen de consolidación fiscal en el IS, deberá satisfacer el gravamen la entidad que sea representante de dicho grupo fiscal, determinándose la suma de ingresos por intereses y comisiones por referencia a dicho grupo.

E, igualmente, se precisa que cuando estas entidades y establecimientos financieros de crédito formen parte de un grupo mercantil y deban presentar las declaraciones

del impuesto sobre sociedades en territorio común y en territorio foral, ya sea de forma individual o consolidada, la suma de los intereses y comisiones deberá computarse tomando en consideración las entidades y grupos que hayan declarado en territorio común y los que lo hayan hecho en territorio foral, siendo el obligado al pago de la totalidad del gravamen temporal la entidad que haya declarado de acuerdo con la [Ley del Impuesto sobre Sociedades \(LIS\)](#) o la que, de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 56.2 de dicha Ley](#), sea la representante del grupo fiscal que declare de acuerdo con dicha norma.

La obligación de pago nace el primer día del año natural y se deberá satisfacer en los primeros 20 días naturales del mes de septiembre de dicho año. No obstante, se deberá efectuar un pago anticipado del 50 % durante los primeros 20 días naturales del mes de febrero siguiente al nacimiento de la obligación de pago de la prestación. En el supuesto de que no se conociera el importe de la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones en el momento de realizar el pago anticipado se establece que se estimará de forma provisional conforme a un método de cálculo fehaciente, considerándose fehaciente la estimación resultante de las cuentas debidamente formuladas o, en su defecto, la estimación que derive de los trabajos de auditoría de cuentas a efectos de la elaboración y formulación de cuentas.

En este caso la prestación será el resultado de aplicar el porcentaje del 4,8 por ciento a la suma del margen de intereses y de los ingresos y gastos por comisiones derivados de la actividad que desarrollen en España que figuren en su cuenta de pérdidas y ganancias correspondiente al año natural anterior al de nacimiento de la obligación de pago, determinada de acuerdo con lo dispuesto en la normativa contable que sea de aplicación, minorada por la cuantía del pago anticipado que se hubiera ingresado.

Al igual que en el gravamen anterior ni el importe de la prestación ni el pago anticipado tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles a efectos de la determinación de la base imponible del IS. Y, de la misma manera, se prohíbe la repercusión económica, directa o indirecta, del importe de la prestación y su pago anticipado, considerándose infracción muy grave el incumplimiento de esta obligación, que se sancionará con una multa pecuniaria proporcional del 150 por ciento del importe repercutido. Esta infracción no tiene carácter tributario y estará sometida al régimen administrativo sancionador general. Será la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la que comprobará el cumplimiento de esta obligación.

En este gravamen, la recaudación se destinará a financiar medidas para hacer frente al incremento coyuntural de los gastos derivados de las políticas dirigidas a mitigar el impacto en los precios producido por la invasión de Ucrania por Rusia.

La ley que analizamos introduce, por último, como hemos señalado, otras modificaciones en distintas figuras.

Así, se modifica el [artículo 65 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero](#), de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, relativo al pago de estos tributos mediante entrega de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

Se modifica el [apartado 4 del artículo 34 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones](#), incluyendo a La Rioja en el sistema obligatorio de autoliquidación.

Se modifica el [apartado uno del artículo 5 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre el patrimonio](#) en lo que respecta a sujetos por obligación real considerando situados en territorio español los valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, no negociados en mercados organizados, cuyo activo esté constituido en al menos el 50 por ciento, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español (hasta ahora no tributaban dichas participaciones titularidad de no residentes).

Se incluye una modificación en la [LIS](#) para incorporar una medida temporal en la determinación de la base imponible en el régimen de consolidación fiscal; incrementar los límites de la deducción por inversiones en producciones cinematográficas y series audiovisuales españolas y extranjeras, y permitir la aplicación de la deducción por el contribuyente que financia los costes de la producción de producciones españolas de largometrajes y cortometrajes cinematográficos, de series audiovisuales y de espectáculos en vivo de artes escénicas y musicales, cuando las cantidades que aporte destinadas a financiar los citados costes se aporten en cualquier fase de la producción, con carácter previo o posterior al momento en que el productor incurra en los costes de producción.

Se modifica en la [Disposición Final 4.ª de la Ley](#) el art. 50 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, regulando las tasas aplicables a las entidades de la Zona Especial Canaria (ZEC).

Por último, se da nueva redacción, en la [Disposición Final 6.ª](#), al título XI, Tasas, del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, creándose dicha tasa con entrada en vigor a los 6 meses desde el 29 de diciembre de 2022. Esta modificación ha venido motivada por la configuración de la tasa de inscripción que conllevaba números problemas derivados de su encaje en relación con el procedimiento de inscripción en dicha ZEC.

3. IMPUESTO TEMPORAL DE SOLIDARIDAD DE LAS GRANDES FORTUNAS

Según la Exposición de Motivos de la Ley se configura como un impuesto complementario del impuesto sobre el patrimonio, de carácter estatal, no susceptible de cesión a las comunidades autónomas (CC. AA.), para gravar con una cuota adicional los patrimonios de las personas físicas de cuantía superior a 3.000.000 de euros (se presumen, excepto prueba de transmisión o pérdida patrimonial, que forman parte del patrimonio los bienes y derechos que hubieran pertenecido al sujeto pasivo en el

momento del anterior devengo), con una doble finalidad: recaudatoria y armonizadora en el gravamen de patrimonio en las distintas CC. AA.

La primera crítica a su regulación es procedimental, ya que su tramitación parlamentaria ha sido consecuencia de una enmienda introducida en tal sede. Además, el hecho de que entre en vigor casi terminado su primer ejercicio suscita problemas frente a la irretroactividad de las normas tributarias⁴.

La recaudación, según la le, se destinará a financiar políticas de apoyo a los más vulnerables, sin concretar más.

También es una figura, en este caso un impuesto, regulado como temporal, se aplicará en los 2 primeros ejercicios en los que se devengue a partir de su entrada en vigor. Como entró en vigor el 29 de diciembre de 2022, en principio se aplicará en 2022 y 2023. Igual que en los dos gravámenes temporales se incluye una cláusula de revisión, para efectuar una evaluación valorando los resultados del impuesto y proponiendo, en su caso, su mantenimiento o supresión, al final del período de vigencia.

Se aplica en todo el territorio español sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno. Con respecto al País Vasco y Navarra se excluye su aplicación, si bien se prevé que se acordará su adaptación a este impuesto en la Comisión Mixta del Concierto Económico con el País Vasco y la Comisión del Convenio Económico con Navarra.

Se precisa, como hemos señalado, que no puede ser objeto de cesión a las CC. AA. Se produce una clara interferencia competencial entre el Estado y las CC. AA., por mucho que se quiera maquillar con estas explicaciones. Se quiere además utilizar este impuesto para armonizar las diferencias existentes entre las CC. AA. en la tributación del impuesto sobre el patrimonio.

Declara exentos los bienes y derechos exentos del impuesto sobre el patrimonio (Bienes del Patrimonio Histórico, objetos de arte y antigüedades, obra propia de los artistas, ajuar doméstico, vivienda habitual, derechos de contenido económico vinculados a sistemas de previsión social, elementos afectos a actividades económicas y participaciones en entidades..., —[art. 4 Ley 19/1991](#)—).

Serán sujetos pasivos los que lo sean del impuesto sobre el patrimonio conforme a lo dispuesto en el [artículo 5 de la Ley 19/1991](#). Los sujetos pasivos que no sean residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea estarán obligados a nombrar, antes del fin del plazo de declaración del impuesto, una persona física o jurídica con residencia en España, para que les represente ante la Administración Tributaria en relación con sus obligaciones por este impuesto.

Los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllos o de las descubiertas por la Administración. A este respecto, resultarán de aplicación las reglas sobre titularidad de los elementos patrimoniales y sobre bienes o

4. Para una mayor profundización en las críticas a este impuesto vid. el monográfico de la Revista del IEE, 2023, núm. 1.

derechos adquiridos con precio aplazado o reserva de dominio establecidas en la [Ley 19/1991 del Impuesto sobre el Patrimonio](#).

La base imponible es el valor del patrimonio neto del sujeto pasivo, que se determinará por diferencia entre el valor de los bienes y derechos de que sea titular y las cargas y gravámenes de naturaleza real, cuando disminuyan el valor de los respectivos bienes o derechos, y las deudas u obligaciones personales de las que deba responder el sujeto pasivo.

En el caso de obligación personal y en concepto de mínimo exento la base imponible se va a reducir en 700.000 euros.

Esta regulación suscita también problemas de doble imposición con el impuesto sobre el patrimonio. Ambos impuestos tienen sustancialmente el mismo elemento objetivo del hecho imponible: la titularidad por el sujeto pasivo en el momento del devengo de un patrimonio neto, con diferencias muy forzadas.

Se establece una tarifa progresiva con un tipo máximo del 3,5 %.

Se señala que la cuota íntegra de este impuesto, conjuntamente con las cuotas del IRPF y del IP, no puede exceder del 60 % para los sujetos pasivos por obligación personal.

Se establece que resulta aplicable la deducción por impuestos satisfechos en el extranjero en los mismos términos que los establecidos en el [artículo 32 de la Ley 19/1991](#), en el caso de obligación personal de contribuir.

Asimismo, a los bienes o derechos situados o que debieran ejercerse en Ceuta y Melilla les es aplicable la bonificación regulada en el [artículo 33 de la Ley 19/1991](#).

Por último, se permite deducir la cuota del IP del ejercicio efectivamente satisfecha.

Por lo que respecta a la gestión, se establece la obligación de presentar declaración, a practicar autoliquidación y, en su caso, a ingresar la deuda tributaria en el lugar, forma y plazos que determine el titular del Ministerio de Hacienda, que podrá establecer los supuestos y condiciones de presentación de las declaraciones por medios telemáticos.

Se deberán cumplimentar la totalidad de los datos que les afecten contenidos en las declaraciones, acompañar los documentos y justificantes que se establezcan y presentarlos en los lugares que determine el titular del Ministerio de Hacienda.

María Ángeles GUERVÓS MAÍLLO
Profesora Titular de Universidad
Área de Derecho Financiero y Tributario
Facultad de Derecho
Universidad de Salamanca
mguervos@usal.es

Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales)
[DOUE L 2654, de 12-X-2022]

**EL REGLAMENTO DE MERCADOS DIGITALES (DMA): EN BUSCA DE
LA COMPETENCIA PERDIDA**

1. INTRODUCCIÓN

El crecimiento exponencial que, en los últimos años, han sufrido los mercados digitales, la relevancia y el tamaño de las empresas que participan en la economía digital (especialmente en el caso de las plataformas digitales) y sus prácticas en los mercados llevan generando importantes interrogantes en los últimos años. Estos interrogantes se centran en su funcionamiento, los beneficios que generan a la sociedad, las formas de intervención regulatoria y el papel que tiene el derecho de la competencia para corregir determinados comportamientos que desarrollan estas empresas

Con el fin de responder a las particularidades de la economía de las plataformas digitales y de intentar corregir algunas de las ineficiencias detectadas en los últimos años en los mercados digitales, desde la Unión Europea se ha implementado el conocido como «Digital Service Act Package», que comprende tanto el Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales, generalmente designado por su acrónimo en inglés - DSA) como el Reglamento (UE) 2022/1925, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales, generalmente designado por su acrónimo en inglés - DMA).

El DMA pretende, como veremos a continuación, ofrecer una solución ex ante a algunos de los problemas más acuciantes concernientes a las grandes plataformas digitales. Este reglamento, por un lado, busca resolver, de una manera teóricamente más eficaz, los problemas, ineficiencias generadas en estos mercados y, por otro, desincentivar potenciales conductas que podrían acarrear un abuso de posición dominante. Veremos a continuación, más detalladamente, cada uno de estos aspectos.

2. ASPECTOS ESENCIALES DEL DMA

2.1. *Ámbito subjetivo: los gatekeepers*

El foco del Digital Service Act Package se encuentra, como decíamos, en las plataformas digitales. Si bien el DSA abarca una gran variedad de plataformas, el DMA se focaliza en un tipo de plataformas específicas, las grandes plataformas en línea. Con el fin de circunscribir los sujetos afectados por este reglamento, el legislador europeo ha introducido en la DMA la figura del llamado gatekeeper o guardián de acceso. Los gatekeepers o guardianes de acceso se caracterizan por una posición única en los mercados digitales debido a los fuertes efectos de red, la configuración de los ecosistemas digitales, una posición especial de intermediario que proporciona un acceso privilegiado a los datos, así como a los usuarios y proveedores, lo que resulta en un grado estructuralmente bajo de contestabilidad (considerandos 1 a 6).

Según el artículo 2.1 del DMA, un gatekeeper es una empresa que presta un servicio de plataforma básico que cumple con las condiciones establecidas en el artículo 3 del DMA (cuyo contenido es similar al que ya se incluía en el artículo 19a de la Ley alemana de Competencia, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB), las cuales han sido definidas en virtud de características cuantitativas y cualitativas del artículo 3 del DMA. Por lo tanto, pueden ser considerados como gatekeepers los servicios de intermediación en línea, los motores de búsqueda en línea, los sistemas de redes sociales en línea, los servicios de plataformas para compartir vídeos, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número, los sistemas operativos, los servicios de computación en la nube, los servicios de publicidad en línea y además los asistentes virtuales, así como los navegadores web.

No obstante, según el artículo 3.1 DMA, estas empresas, para ser consideradas como gatekeepers deben cumplir tres condiciones, a saber: (i) tener un impacto significativo en el mercado interior; (ii) prestar un servicio de plataforma principal que sea una puerta de acceso importante para que los usuarios empresariales lleguen a los usuarios finales; y (iii) disfrutar actualmente, o previsiblemente, en un futuro próximo, de una posición arraigada y duradera en sus operaciones.

En todo caso, se presumirá que una empresa tiene un impacto significativo en el mercado interior cuando la empresa consiga un volumen de negocios anual en la Unión igual o superior a siete mil quinientos millones de euros en cada uno de los tres últimos ejercicios, o cuando su capitalización bursátil media o su valor justo de mercado equivalente ascienda como mínimo a setenta y cinco mil millones de euros en el último ejercicio y preste el mismo servicio básico de plataforma en al menos tres Estados miembros.

Por su parte, se entiende que una empresa prestará un servicio de plataforma principal que sea una puerta de acceso cuando proporcione un servicio básico de plataforma que, en el último ejercicio, haya tenido al menos cuarenta y cinco millones

mensuales de usuarios finales activos establecidos o situados en la Unión y al menos diez mil usuarios profesionales activos anuales establecidos en la Unión.

Por último, se entiende que esta empresa en cuestión disfrutará de una posición arraigada y duradera cuando se hayan alcanzado los umbrales anteriores en cada uno de los últimos tres ejercicios.

Junto a lo anterior, en virtud del apartado 8 del artículo 3 de la DMA, la Comisión también puede designar a una empresa como guardián en un procedimiento separado de conformidad con el artículo 17 de la DMA, incluso si no se cumplen estos umbrales. Para ello, la DMA especifica los criterios que deben tenerse en cuenta en este proceso. Estos son, por ejemplo, el tamaño de un proveedor de servicios de plataforma central, el número de usuarios empresariales que dependen del servicio de plataforma central para llegar a los usuarios finales, el número de usuarios finales, las posibles barreras de entrada debidas a los efectos de red y a las ventajas derivadas de los datos, las economías de escala y de alcance de las que se beneficia un proveedor de servicios de plataforma central, la vinculación de los usuarios empresariales o de los usuarios finales, las estructuras empresariales conglomeradas o verticales, así como otras características estructurales del mercado. Según lo establecido en el artículo 17.1 del DMA, estas investigaciones de la Comisión deberán concluir en un plazo de doce meses a partir de su fecha de apertura de la investigación de mercado.

En todo caso, las empresas que cumplan con los criterios mencionados anteriormente deberán notificarlo a la Comisión sin demora y, en cualquier caso, en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que se hayan alcanzado dichos umbrales. Se deberá incluir en dicha notificación la información pertinente para que la Comisión pueda realizar el análisis oportuno. No obstante, la falta de notificación por parte de la empresa en cuestión no obsta para que la Comisión siga teniendo la facultad de designar a dicha empresa como guardián de acceso, basándose en la información de la que disponga (art.3.3 DMA).

Por otro lado, una empresa que cumple los umbrales cuantitativos de la regla de presunción del artículo 3.2 DMA también puede alegar que, de hecho, no es un gatekeeper. Sin embargo, le corresponde la carga de la prueba por el incumplimiento de los criterios cualitativos a pesar del cumplimiento de los umbrales de presunción (art. 3.5 DMA).

2.2. Obligaciones de los gatekeepers

El DMA no sólo delimita la figura del gatekeeper, obligando a su identificación, sino que además le somete a una serie de obligaciones. Encontramos estos deberes en los artículos 5 y 6 de la DMA. El artículo 5 contiene «obligaciones para los gatekeepers» (esto es, predefinidas y directamente exigibles en todo caso), mientras que el artículo 6 establece obligaciones de conducta que «podrán ser especificadas en el artículo 8» por la Comisión, que es la única competente. Como veremos a continuación, la

mayoría de las prohibiciones pueden vincularse con los procedimientos que hemos señalado en este trabajo.

Así, el artículo 5 de la DMA establece, fundamentalmente, como prohibiciones a los gatekeepers:

- la combinación de datos obtenidos en la plataforma con datos a los que el gatekeeper tenga acceso por otro servicio (art. 5. 2, b, c y d);
- el uso de cláusulas de paridad (esta obligación implica que el gatekeeper se abstendrá de aplicar obligaciones que impidan a los usuarios profesionales ofrecer los mismos productos o servicios a usuarios finales a través de servicios de intermediación en línea de terceros o de su propio canal de venta directa en línea a precios o condiciones que sean diferentes de los ofrecidos a través de los servicios de intermediación en línea del gatekeeper, art.5.3);
- el establecimiento de obligaciones para sus usuarios del uso, entre otros, del propio servicio de pago del gatekeeper (concretamente se indica que el gatekeeper no exigirá a los usuarios finales que utilicen un servicio de identificación, un motor de navegación web o un servicio de pago o servicios técnicos que permitan la prestación de servicios de pago, como los sistemas de pago para realizar compras integradas en una aplicación de dicho gatekeeper, en el marco de los servicios prestados por los usuarios profesionales que utilicen los servicios básicos de plataforma de dicho guardián de acceso). Por otra parte, en el caso de los usuarios profesionales, el gatekeeper no podrá exigir que utilicen y ofrezcan estos servicios ni que interoperen con ellos, art. 5.7); o,
- la exigencia de la suscripción o el registro a un servicio de plataforma principal para poder utilizar otro servicio de plataforma (art. 5.8).

Además, contiene la obligación de permitir a los usuarios empresariales celebrar contratos con los usuarios finales también más allá de la plataforma (art. 5.4); de conceder a los usuarios finales acceso a los contenidos, funciones y otros aspectos similares de los proveedores empresariales a través de los servicios de la plataforma principal, aunque el contrato no se haya celebrado a través del servicio de la plataforma (art. 5.5), así como de proporcionar información a los anunciantes y editores sobre ciertos aspectos de la publicidad en línea efectivamente realizada (más concretamente, el gatekeeper deberá informar (i) del precio y las comisiones pagados por ese anunciante, incluidas todas las deducciones y recargos, por cada uno de los servicios de publicidad en línea pertinentes que haya prestado; (ii) de la remuneración recibida por el editor con su consentimiento, incluidas todas las deducciones y recargos, así como de iii) las medidas a partir de las que se calculan cada uno de los precios, comisiones y remuneraciones, art. 5.9).

Por su parte, el artículo 6 de la DMA se centra en aspectos relativos al acceso a los datos, la interoperabilidad y la portabilidad, así como a la existencia de unas condiciones equitativas en la plataforma. Así, en lo referente al uso y acceso de los datos y su portabilidad, se establece la prohibición de que los guardianes utilicen datos no

públicos de los usuarios comerciales generados por la plataforma para competir con ellos en la plataforma (art. 6.2), incluyendo el uso de estos datos para dar preferencia a sus propios servicios y productos en la clasificación y la indexación y rastreo relacionados (art. 6.5); se les obliga a proporcionar una portabilidad efectiva de los datos generados en la plataforma y un acceso continuo en tiempo real (por ahora sólo) para los usuarios finales (art. 6.9) y garantizar un acceso efectivo, de alta calidad, continuo y en tiempo real a estos datos en forma agregada o no agregada para los usuarios empresariales (art. 6.10).

Respecto a la interoperabilidad, se establece la prohibición de las restricciones de la capacidad de los usuarios finales de cambiar entre diferentes aplicaciones informáticas y servicios accesibles mediante los servicios básicos de plataforma del gatekeeper (art. 6.6), así como la obligación de permitir a los usuarios finales desinstalar el software preinstalado y elegir libremente la configuración por defecto (art. 6.3), permitir la instalación de software de terceros (art. 6.4) y garantizar la interoperabilidad y el acceso al hardware y al software del servicio principal de la plataforma para permitir la oferta de servicios auxiliares que interactúan con el sistema operativo (art. 6.7).

Por último, a efectos de la equidad, se obliga a proporcionar a los usuarios comerciales un acceso justo y no discriminatorio a las tiendas de aplicaciones de software, los motores de búsqueda en línea y los servicios de redes sociales en línea (art. 6.12), y para permitir a los proveedores de motores de búsqueda en línea de terceros un acceso justo, razonable y no discriminatorio a los datos de clasificación, consulta, clic y visualización generados por el motor de búsqueda de un guardián (art. 6.11). Además, se establece la prohibición de que los gatekeepers impongan condiciones generales desproporcionadas para la cancelación de un servicio de plataforma principal como, también, garantizar que para efectos de la resolución de los contratos no se generen dificultades indebidas (art. 6.13).

Un aspecto relevante, incluido en el artículo 7 de la DMA (que fue introducido en la versión del DMA, aprobada en julio de 2022), es la aplicación específica del DMA a los servicios de comunicaciones interpersonales independiente de la numeración (cfr. art 32, numeral 7 de la Directiva (UE) 2018/1972, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas) y, por tanto, se dirige principalmente a los servicios de mensajería social. El reglamento obliga a los guardianes que ofrecen servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número a hacer que al menos las funciones básicas de su servicio sean interoperables con los servicios de comunicaciones interpersonales independientes del número de otro proveedor (art. 7.1). Según el art. 7.2, el envío de mensajes, así como de imágenes, mensajes de voz, vídeos y otros archivos entre dos usuarios individuales debe ser inmediatamente posible e interoperable en la entrada en el momento de que el gatekeeper sea designado como tal por la Comisión. Por otro lado, se establece que, en el plazo de dos años desde la designación del gatekeeper, estas mismas funciones deberán extenderse dentro de

grupos de usuarios y, en un plazo de cuatro años, a partir de la fecha de designación, se deberán incluir las llamadas de voz y vídeo.

2.3. Poderes atribuidos a la Comisión Europea en aras de la efectividad del DMA

Evidentemente, en aras de un cumplimiento efectivo de este reglamento, se reconocen poderes de investigación de la Comisión (artículos 20-29). Es reseñable que se incluye explícitamente la facultad de la Comisión de conocer los algoritmos utilizados por una empresa (arts. 21 y 23.2 d).

Por otro lado, como ya se ha mencionado, la Comisión también dispone de la herramienta de investigación de mercado para designar a una empresa como gatekeeper (art. 17), así como para ampliar la lista de servicios básicos de plataforma (art. 19) o la lista de obligaciones de conducta (arts. 12 y 19).

En caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en este reglamento, la Comisión puede imponer una multa al guardián de la puerta de hasta el 10 % (en el caso de infracciones menos graves, como las obligaciones de información: hasta el 1 %) de su volumen de negocios total a nivel mundial en el ejercicio anterior, de conformidad con el artículo 30 del DMA. Se incluye también la posibilidad de imponer una multa de hasta el 20 % del volumen de negocios total a nivel mundial si se produce una infracción reiterada en relación con el mismo servicio de plataforma principal del que ya se ha acusado al portero en los ocho años anteriores (art. 30. 2). En caso de incumplimiento sistemático de las obligaciones del gatekeeper, la Comisión tiene derecho, en virtud del art. 18 del DMA a imponer soluciones no sólo de comportamiento, sino también estructurales tras una investigación de mercado.

3. REFLEXIONES FINALES

Es indudable que los mercados digitales suponen un auténtico reto, en el que el recurso tradicional a las soluciones ex post ofrecidas por el derecho de la competencia no se ha considerado suficiente, al menos en el contexto europeo. Es por esto por lo que se ha optado por un instrumento regulador en aras de favorecer las condiciones de desarrollo del mercado. Como se indica en los propios considerandos de este reglamento, los artículos 101 (acuerdos colusorios) y 102 (abuso de posición dominante) TFUE siguen siendo plenamente aplicables, pero su carácter ex post los hace menos eficaces (considerando 6). Especialmente en los casos de abuso de posición dominante nos encontramos con procedimientos largos, que no son adecuados a la naturaleza dinámica de las estructuras de los mercados digitales. Esto provoca que, a menudo,

el mercado o mercados en cuestión se hayan modificado de forma irrevocable cuando se llega a una decisión final.

Lo anterior nos enfrenta a una reflexión sobre cuál debe ser el camino más eficaz para acercarse, evaluar y tomar decisiones sobre determinados comportamientos en los mercados digitales. La aproximación desde el derecho de la competencia como instrumento sancionatorio *ex post* permite conocer unos hechos y evaluar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado, la aproximación regulatoria *ex ante* permite crear presunciones y prohibiciones sobre determinadas conductas sobre empresas específicas, para, con ello, alterar los modelos de negocios, modificando condiciones de acceso, negociación de cláusulas y, en general, eliminando ciertas barreras que las empresas incumbentes pueden crear en el mercado por su tamaño, posición privilegiada obtenida mediante innovación e inversiones o fidelidad de los consumidores.

La cesión que se presenta desde la intervención exclusiva *ex post* a un modelo de intervención regulatoria *ex ante*, desde la perspectiva de la Unión Europea, parte de un reconocimiento sobre la falta de eficacia de dicho modelo para brindar soluciones efectivas en los mercados digitales en presencia de empresas con gran poder económico y presencia en el mercado, confiando en que limitar determinados comportamientos a dichas empresas *ex ante* facilitará la competencia en dichos mercados. Esta posición, válida como herramienta de intervención en los mercados, tampoco es libre de cuestionamientos sobre los efectos que puede generar en la innovación, los modelos de negocio futuros y el bienestar del consumidor.

Hemos de tener en cuenta, además, que esta solución aportada no es ni novedosa ni original. Ya el artículo 19, a) de la ley de competencia alemana (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) desde 2021 faculta a la autoridad alemana de la competencia (*Bundeskartellamt*) a declarar fundadamente que la posición de mercado de una determinada empresa reviste una «importancia primordial para la competencia entre mercados» («*Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen*»). Esta determinación ha de realizarse teniendo en cuenta factores como la dominancia en determinados mercados, el grado de integración vertical, el acceso a datos y la fortaleza financiera. En estos casos, la autoridad alemana está habilitada para imponer de oficio y directamente una serie de medidas preventivas. Entre tales medidas cuentan, entre otros: prohibición de tratar sus productos o servicios de modo más favorable (por ejemplo, favoreciendo su despliegue, instalación o integrándolos de otro modo con otros ofrecidos por el actor relevante); prohibiciones específicas de socavar el desarrollo de competidores en mercados donde el actor en cuestión, aun careciendo de posición dominante, pueda expandir su influencia con rapidez; prohibición de impedir o dificultar la interoperabilidad de productos o la portabilidad de datos; prohibición de limitar o restringir el acceso al mercado por la vía de impedir a otras compañías procesar datos capturados por el actor relevante si es que ellos resultan importantes para competir con efectividad en el mercado respectivo.

Por otro lado, el DMA que sigue siendo una solución limitada en su alcance y, muy probablemente, en sus resultados, especialmente teniendo en cuenta el contexto

internacional actual, como sobre los efectos que pueda generar en el diseño de nuevos negocios y en los procesos de innovación que adelanten las empresas cobijadas por el reglamento, como aquellas que más adelante puedan entrar en su campo de intervención. Nos parece, además, que será necesaria una mayor coordinación y alineación de los criterios aplicados de las autoridades nacionales (que siguen manteniendo su capacidad sancionadora en estos mercados) y las decisiones adoptadas por la Comisión Europea, especialmente en el caso de la aceptación de compromisos por parte de los gatekeepers y más teniendo en cuenta las obligaciones establecidas por el DMA.

Por último, nos parece esencial subrayar que este reglamento es una oportunidad perdida de que la legislación fuera acompañando a los desarrollos tecnológicos, ya que su aplicación a las nuevas realidades de las plataformas (por ejemplo, metaversos, DAOs, web3) quedará limitada desde la propia definición de la tipología de los sujetos sometidos a este reglamento como a las propias herramientas de investigación de los mercados. Como decíamos en un momento anterior, una de las características de los mercados digitales es su dinamismo, por lo que nos parece que es el momento de empezar a pensar otro tipo de soluciones más disruptivas, flexibles y globales, para poder abarcar estas nuevas realidades, ya que, en caso contrario, se corre el riesgo de aportar sistemáticamente soluciones nacidas con vocación de obsolescencia.

Vanessa JIMÉNEZ SERRANÍA
Profesora Lectora (acreditada a Agregada)
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)
vjimenezse@uoc.edu

Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre [BOE-A-2022-10852]

PREVISIÓN SOCIAL COLECTIVA: PLANES DE PENSIONES DE EMPLEO

Hay un famoso dicho en política que indica que todos los gobiernos son siempre de coalición de todo el Consejo de Ministros contra [sic] el Ministerio de Hacienda. Esta curiosa referencia refleja la siempre difícil tarea de cuadrar las cuentas públicas y, sobre todo, de decirle a sus compañeros de gobierno que las arcas públicas no pueden asumir todos sus proyectos. Quizás ahora deberíamos incluir en esta frase una triple coalición con el Ministerio encargado de la Seguridad Social, pues tiene a su cargo la aún más difícil tarea de conseguir la sostenibilidad del sistema público de pensiones. A lo largo de los años hemos visto soluciones que atacan el problema desde las dos únicas perspectivas posibles incrementando los ingresos y reduciendo los gastos, ya sea mediante reducciones en las prestaciones o buscando su complemento con otros instrumentos, como es lo que aquí vamos a analizar. Esta solución llegó a nuestro país con la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, refundida en el año 2002 en el vigente Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (TRLRFPF, en adelante).

La novedad que nos lleva a esta crónica de legislación deriva de la adición de dos capítulos en el TRLRFPF que incluyen dos nuevas figuras de previsión social privada: los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos y los planes de pensiones de empleo simplificados; ambos configurados como sistemas de empleo. En ambos supuestos estaremos ante fondos y planes creados, bien por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, o bien por cualquier empresa, administración pública, organización de autónomos, patronal o sindicales, colegios profesionales o mutualidades de previsión social. Por lo tanto, el hilo conductor es la colectividad de los planes o fondos de pensiones.

La intención de estas nuevas figuras financieras es que los individuos canalicen su ahorro hacia ellas para complementar su futura pensión de jubilación, aunque se prevé su posible ampliación para otras vicisitudes (desempleo, viudedad, incapacidad, etc.). La idea que subyace en esta reforma es que, al constituirse como instrumentos de previsión colectiva, se puedan obtener mejores rendimientos que con los sistemas individuales de previsión social. El legislador parece haber apreciado que los sistemas individuales no permiten obtener una rentabilidad suficiente como para que sean un

complemento efectivo de la pensión de jubilación, incumpliendo la función que les había sido asignada.

En esta crónica de legislación vamos a tratar tres cuestiones relevantes relacionadas, primero, con los sujetos intervinientes, pues la participación de las Administraciones Públicas requiere de nuevas previsiones legislativas para adaptar el funcionamiento de estos instrumentos a las normas de contratación pública; segundo, con el régimen financiero al incorporar consideraciones sobre sostenibilidad medioambiental; y, tercero y último, con los incentivos para que los promotores y los ciudadanos acudan a este tipo de instrumentos financieros.

La primera gran novedad se refiere a los sujetos que intervienen en la creación y el desarrollo de estos instrumentos financieros. En los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos el esquema sigue siendo el mismo que en las figuras preexistentes, pero la participación de la Administración Pública requiere de novedades. Así, el promotor, ya regulado en el artículo 3.1 del TRLRFPF, va a ser la Comisión Promotora y de Seguimiento nombrada por el Ministerio encargado de las competencias de Seguridad Social, que se encargará de la puesta en marcha de los fondos y de la tramitación administrativa para seleccionar a las entidades gestora y depositaria, tareas que se desarrollarán conforme a la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante). Esta función se limita a constatar el cumplimiento de los requisitos ya establecidos en el TRLRFPF y a intentar que estas entidades cumplan con las previsiones especiales sobre la estrategia de inversión.

Además, se establece la Comisión de Control Especial, nombrada por la Comisión Promotora y de Seguimiento, una versión adaptada de la comisión de control regulada en el artículo 14 del TRLRFPF, que asume la supervisión del día a día del fondo y que debe velar por el cumplimiento de los objetivos marcados y, especialmente, de la estrategia de inversión.

En cambio, en los planes de pensiones de empleo simplificados la comisión promotora será designada por la institución pública o privada que pretenda la constitución del fondo. De nuevo, tenemos una comisión de control que asume las competencias comprendidas en el artículo 14 del TRLRFPF. Aquí ya no se hace referencia expresa a las facultades de selección de las entidades gestora y depositaria, pues, al no estar siempre implicada una administración pública, la mención a la LCSP carece de sentido. En el caso de que la promoción provenga de una administración pública, entendemos aplicable lo dispuesto para los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos sobre la aplicación de la normativa de contratación pública.

La segunda gran novedad está en el régimen financiero establecido para los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos, pues hace una regulación bastante profusa del destino de las cantidades invertidas. Así, en el nuevo artículo 60.3 se habla de la necesidad de tener en cuenta el impacto social y medioambiental de las inversiones, así como de los objetivos de desarrollo sostenible. En definitiva, y como recoge el propio texto, se busca fomentar la toma de decisiones a largo plazo,

construyendo una estrategia de inversión que tenga en cuenta las necesidades sociales de cara al futuro y no solamente la obtención de un beneficio en el corto plazo.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que no basta con que en una ley se defina de esta u otra manera la estrategia de inversión que deben seguir estos planes y fondos, puesto que, si no hay medidas suficientes para asegurarse de su implementación, todo quedará en papel mojado. El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones no gestiona directamente estos fondos, sino sujetos privados a los que se subcontrata y que tendrán que asumir estas condiciones. Por lo tanto, habrá que estar pendiente de las capacidades de inspección de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para ver si realmente se van a aplicar estas medidas y del poder que asuman las comisiones de control de cada fondo o plan de pensiones.

Estas previsiones solamente son aplicables a los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. En los fondos de pensiones de empleo simplificados no se ha considerado oportuno establecer este tipo de normas al poder intervenir sujetos privados, que decidirán soberanamente los criterios con los que deben invertirse sus fondos.

En tercer y último lugar, conviene analizar cuáles son las ventajas que ofrecen estos instrumentos financieros para que los individuos acudan a ellos en lugar de a sistemas de previsión individuales. En definitiva, debemos saber si esta reforma realmente permite atraer el ahorro privado a estos sistemas de previsión social colectiva.

La doctrina económica nos adelanta que, efectivamente, estos instrumentos permiten obtener una rentabilidad mayor, lo que serviría como incentivo para acudir a este tipo de planes de previsión social en lugar de a los individuales. En este sentido, el hecho de que sean planes colectivos puede favorecer una mayor rentabilidad al acumular una mayor cantidad de patrimonio que pueda generar rendimientos.

Ahora bien, la piedra angular de esta reforma, y la que más se ha resaltado en la prensa que se ha hecho eco de ella, está en las disposiciones finales primera, cuarta y quinta, que modifican la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la Ley de la Seguridad Social y la Ley del Impuesto sobre Sociedades, respectivamente. Mediante esta reforma, se introduce un importante cambio para la implantación de los planes de pensiones de empleo simplificados, al incorporar importantes reducciones en las cuotas tributarias y de la seguridad social de los empleadores y de los individuos que se acojan a este sistema de previsión.

Lo que no es del todo comprensible es que la reducción en la cuota tributaria del IRPF no se amplíe también a los fondos de pensiones de empleo de promoción pública abiertos. Se trata de uno de los grandes atractivos que han tenido los planes de previsión privados durante un largo período de tiempo y cuyo objetivo era precisamente atraer a los individuos a estos nuevos instrumentos, pero por un motivo desconocido y difícil de entender se han excluido estos productos de estos beneficios fiscales.

Estas medidas en sede tributaria y de recaudación de la Seguridad Social parten del pragmatismo en la gestión de las cuentas públicas, lo que nos permite volver al principio de esta crónica. La hacienda pública renuncia ahora a unos ingresos a

cambio de que en el futuro su gasto en pensiones de jubilación sea menor. Quedará por ver si este canje entre menos ingresos actuales por menos gastos futuros es realmente positivo para la estabilidad financiera del Estado.

Antonio ALONSO-BARTOL BUSTOS
Investigador Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
antonioabartol@usal.es

Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el RD Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre reestructuración y solvencia)
[BOE-A-2022-14580]

**REFORMA DE LA LEY CONCURSAL: ORDENACIÓN DEL CONCURSO, PRECONCURSO
Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA MICROEMPRESAS**

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) ha introducido novedades en relación a la prevención y tratamiento de la insolvencia más allá de las medidas de Derecho preconcursal dispuestas en su Libro segundo. De singular trascendencia resulta la incorporación de un Libro tercero en el que se recogen los procedimientos especiales de continuación y de liquidación para microempresas. Este libro configura un régimen exclusivo y excluyente para el tratamiento de la crisis del deudor microempresa que se encuentre bien en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia actual o inminente.

2. ALGUNAS NOVEDADES EN LA ORDENACIÓN DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La Ley 16/2022, de 5 de septiembre ha modificado la determinación del alcance subjetivo del concurso de acreedores. Así, el concurso de acreedores se instituye como un mecanismo, no el único, para ordenar la insolvencia del deudor persona natural o jurídica que no merezca la consideración de microempresa conforme a lo dispuesto en el Libro tercero (arts. 1, 2 y 584 Texto Refundido de la Ley Concursal [TRLCon]).

En relación al presupuesto objetivo del concurso, se mantiene la reserva del concurso de acreedores para la ordenación de la insolvencia del deudor. Se introduce un referente temporal para la determinación de cuándo se entiende que el deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente. El deudor se encuentra en estado de insolvencia inminente cuando prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 TRLCon). Con anterioridad a la Ley 16/2022, no se incorporaba referencia temporal alguna para determinar el estado de insolvencia inminente en que pudiera encontrarse el deudor. Esta delimitación temporal tiene importancia asimismo a efectos de delimitar el estado de insolvencia inminente de la situación de probabilidad de insolvencia en que pueda encontrarse el deudor. El deudor se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años. La situación de probabilidad de insolvencia en que se encuentre el deudor no se instituye en presupuesto objetivo del concurso de acreedores, pero sí permite que no sólo el deudor insolvente pueda solicitar al juzgado competente para la declaración de concurso el nombramiento de un experto independiente para que recabe ofertas de adquisición de unidades productivas (pre-pack concursal; arts. 224 y ss. TRLCon).

La Ley 16/2022 introduce asimismo novedades en relación a las normas para el reparto de las solicitudes de concurso y los plazos para la declaración de concurso voluntario y para la tramitación del concurso necesario. Se prevé que, tanto cuando sea el deudor el que inste su concurso o éste se inste por legitimado distinto, la solicitud de concurso se reparta y remita a la oficina judicial que corresponda el mismo día de la presentación o el día siguiente hábil. El mismo día o, si no fuera posible, en el día hábil siguiente al del reparto, el juez competente examinará la solicitud (arts. 10.1 y 14.1 TRLCon).

Se ha introducido, asimismo, un nuevo régimen para el concurso sin masa. Se enumeran los presupuestos alternativos cuya concurrencia permite que se declare el concurso sin masa. Así se prevé que el concurso de acreedores pueda declararse incluso cuando no haya masa, bien porque el concursado carezca de bienes y derechos que sean legalmente embargables; porque el coste de realización de los bienes y derechos del concursado fuera manifiestamente desproporcionado respecto al previsible valor venal; porque los bienes y derechos del concursado libres de cargas fueran de valor inferior al previsible coste del procedimiento, o bien porque los gravámenes y cargas existentes sobre los bienes y derechos del concursado lo sean por importe superior al valor de mercado de esos bienes y derechos.

Así, si de la solicitud de declaración de concurso y de los documentos que la acompañan resulta que el deudor se encuentra en cualquiera de las situaciones referidas, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores, con expresión del pasivo y sin ulteriores pronunciamientos. Se dará publicidad a la declaración de concurso sin masa, y se llamará al acreedor o acreedores que representen, al menos, el cinco por ciento del pasivo a fin de que, en el plazo de quince días a contar del siguiente a

la publicación del edicto, puedan solicitar el nombramiento de un administrador concursal para que presente un informe documentado y razonado sobre si existen indicios suficientes de actuaciones del deudor perjudiciales para la masa activa susceptibles de ser rescindidas; la posibilidad del ejercicio de la acción social para exigir la responsabilidad de administradores y liquidadores de derecho o de hecho del deudor persona jurídica o de que el concurso pueda ser calificado de culpable. Si el administrador concursal apreciase la concurrencia de alguna de las anteriores circunstancias, el juez dictará un auto complementario con los demás pronunciamientos de la declaración de concurso (arts. 37 bis y ss. TRLCon).

También se incorporan nuevas disposiciones relativas a los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos. La resolución del contrato por incumplimiento resulta en la extinción de las obligaciones pendientes de vencimiento. Ahora bien, se prevé expresamente cómo a efectos de su tratamiento en el concurso se distingue en relación al momento en que tenga lugar el incumplimiento del deudor. Si el incumplimiento del concursado hubiera tenido lugar con anterioridad a la declaración de concurso, el crédito que titule el acreedor que hubiera cumplido con sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización por los daños y perjuicios causados tendrán la consideración de crédito concursal cualquiera que hubiera sido la fecha de la resolución (nueva redacción del art. 163.2 TRLCon). Sin embargo, si el incumplimiento del concursado fuera posterior a la declaración de concurso, el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones y el correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento tendrán la consideración de crédito contra la masa (nuevo art. 163.3 TRLCon). Cuando se hubiera ejercitado la acción por la que se inste la resolución por incumplimiento del contrato, el concursado o la administración concursal podrán oponerse a la resolución y solicitar al juez del concurso el mantenimiento en interés del concurso de los efectos del contrato incumplido (nuevo art. 164.1 TRLCon). Si el incumplimiento hubiera sido posterior a la declaración de concurso, el mantenimiento de los efectos del contrato dependerá de que se paguen con cargo a la masa las cantidades adeudadas dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la sentencia que estime la oposición (nuevo art. 164.3 TRLCon).

A diferencia del régimen previgente, el recurso a los expertos independientes encargados de la valoración de elementos de la masa activa no requiere de autorización judicial (art. 203.1 TRLCon).

Se modifica igualmente el artículo 226 TRLCon a efectos de ampliar el ámbito temporal de las acciones rescisorias concursales. Son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de la declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha hasta la de la declaración. Pero, también, se declara la rescindibilidad de lo actuado en perjuicio de la masa activa por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la comunicación de la existencia de negociaciones con los acreedores o la intención de iniciarlas, para alcanzar un plan de reestructuración, así como los realizados desde esa fecha al a de la declaración de concurso, aunque no hubiere existido

intención fraudulenta, siempre que no se hubiera aprobado un plan de reestructuración o que, aun aprobado, no hubiera sido homologado por el juez o que el concurso se declare dentro del año siguiente a la finalización de los efectos de la comunicación o de la prórroga que se hubiera concedido.

En virtud de la Ley 16/2022 se modifica la relación ejemplificativa de créditos contra la masa dispuesta en el art. 242.1 TRLCon. Así, por ejemplo, tienen consideración de créditos contra la masa los créditos por la retribución del experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva (art. 242.1.9.º TRLCon). También merece la consideración de créditos contra la masa el cincuenta por ciento del importe de los créditos derivados de la financiación interina o de la nueva financiación concedidos en el marco de un plan de reestructuración homologado cuando los créditos afectados por ese plan representen al menos el cincuenta y uno por ciento del pasivo total. Se establece una regla especial para el caso en que la financiación se comprometa o conceda por personas especialmente relacionadas con el deudor. En estos casos se requiere que los créditos afectados por el plan representen más del sesenta por ciento del pasivo total, con deducción de los créditos de aquellas para calcular esa mayoría (art. 242.1.17.º TRLCon).

En relación a la solución convenida del concurso se incorporan novedades relevantes. La presentación de la propuesta de convenio puede tener lugar bien por el concursado o por los acreedores. El deudor podrá presentar la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de la declaración de concurso o en cualquier momento posterior, siempre que no hayan transcurrido quince días a contar desde la presentación del informe de la administración concursal. La propuesta de convenio podrá presentarla el deudor acompañada o no de las adhesiones que considere conveniente (nueva redacción del art. 337 TRLCon). Esta posibilidad se reconoce también al acreedor o acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del pasivo. Podrán presentar sus propuestas de convenio desde la declaración del concurso hasta transcurridos quince días desde la presentación del informe de la administración concursal (art. 338 TRLCon). A efectos de agilizar la tramitación del concurso, el juez abrirá la fase de liquidación si la propuesta o propuestas no se hubieran admitido a trámite o si, transcurridos tres días desde la finalización del plazo para presentar propuestas de convenio no se hubiera presentado ninguna (arts. 339 y 340 TRLCon).

Tras la reforma introducida por la Ley 16/2022, y a efectos de coordinar el régimen del convenio con el de la adopción de los planes de reestructuración, desaparece la opción de que disponía el deudor de presentar una propuesta anticipada de convenio. Cuando el deudor presentaba la propuesta anticipada de convenio con la solicitud de concurso voluntario, había de venir acompañada de adhesiones de acreedores que representasen un porcentaje determinado del pasivo. Se habilitaba la posibilidad de que la propuesta anticipada de convenio se tramitase durante la fase común e, incluso, que el concurso se agotase en la fase común, cuando la propuesta de convenio fuese aceptada por contar con las adhesiones necesarias. Así pues, salvo que se hubiera aprobado convenio anticipado, el juez del concurso, en el auto por el que ponía fin a

la fase común, se hubieran o no presentado propuestas, ordenaba la convocatoria de la junta de acreedores para su celebración. En efecto, bajo el Derecho previgente se preveía la posibilidad de que se tramitasen propuestas de convenio, no anticipadas, durante la fase de convenio. Y, a estos efectos, se introducía una sección específica, artículos 360 a 375 TRLCon, que regulaba la aceptación de estas propuestas diferenciando entre si la aceptación tenía lugar mediante acuerdo adoptado en junta de acreedores o de forma escrita, sin necesidad de convocatoria y constitución de junta. Ahora se prevé que las propuestas de convenio se acepten por los acreedores mediante adhesión (art. 351.1 TRLCon).

En relación a la ejecución del convenio, se han introducido dos disposiciones específicas referidas a los convenios que hubieran previsto la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones de la sociedad deudora (art. 399 bis TRLCon). Igualmente se ha introducido una disposición específica para el supuesto en que en el convenio se hubiera previsto la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo. En estos casos, los acreedores concursales no tendrán derecho de oposición (art. 399.1 ter TRLCon). La inscripción de la fusión, de la escisión total o la cesión global de activo y pasivo que produzca la extinción de la sociedad declarada en concurso será causa de conclusión del concurso de acreedores (art. 399 ter.2 TRLCon).

Por otro lado, el legislador reformador ha introducido un nuevo artículo 401 bis TRLCon. En esta disposición se sanciona, con vocación de permanencia, la admisibilidad de la modificación del convenio cuando concurren los presupuestos legalmente dispuestos toda vez que la propuesta de modificación del convenio no es una iniciativa discrecional del concursado. La propuesta de modificación debe fundarse en el riesgo de incumplimiento del convenio que no sea imputable al propio concursado a título de dolo, culpa o negligencia. La aprobación de la modificación del convenio, por otro lado, se hace depender de la viabilidad de la empresa.

El preámbulo de la Ley 16/2022 incidía en la necesidad de superar la traba que suponía la exigencia de que el juez aprobase el plan de liquidación a efectos de agilizar la tramitación del concurso de acreedores. La principal novedad introducida por la Ley 16/2022 ha sido la supresión del plan de liquidación. El plan de liquidación servía para fijar las operaciones necesarias para la enajenación de los bienes y derechos de la masa activa para aplicar sus resultados a la satisfacción de los créditos concursales. A efectos del diseño del plan de liquidación, la administración concursal había de guiarse por criterios de conveniencia y oportunidad atendiendo siempre el interés del concurso. El artículo 415 TRLCon establece las reglas especiales de liquidación en el concurso, si bien la fijación de estas reglas corresponde al juez del concurso. De este modo, la función del juez del concurso deja de ser supervisora. Se faculta al juez del concurso para determinar las reglas que rigen las operaciones de liquidación sin perjuicio de que su ejecución se confíe a la administración concursal.

Se prevé que la sección sexta se abra en la misma resolución que ponga fin a la fase común en el concurso, con independencia de la que sea su solución. A través de esta previsión se busca anticipar la tramitación de la Sección sexta (art. 446.1 TRLCon).

Se prevé que los acreedores puedan presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación culpable del concurso; se prescinde del informe del Ministerio Fiscal (art. 449 TRLCon). En caso de que en alguno de los informes de calificación se pusiera de manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de delito no perseguible únicamente a instancia de persona agraviada, el juez lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiera lugar al ejercicio de acción penal (art. 450 bis TRLCon). Se admite expresamente ahora la posibilidad de transacción. Así, se prevé que la administración concursal, los acreedores que hubieran presentado informe de calificación y las personas que según cualquiera de esos informes pudieran quedar afectadas por la calificación o ser declaradas cómplices podrán alcanzar un acuerdo transaccional sobre el contenido económico de la calificación (art. 451 bis TRLCon). El artículo 452 TRLCon modifica el régimen de formación de la sección de calificación en caso de incumplimiento de convenio.

El artículo 486 TRLCon contempla dos posibles vías de exoneración del pasivo insatisfecho dependiendo de si se ha liquidado o no el patrimonio del deudor. A través del mecanismo de la exoneración con sujeción a un plan de pagos sin previa liquidación de la masa activa se procura una segunda oportunidad real al deudor para que pueda continuar con su actividad; lo que no sería posible si tiene que liquidar su masa activa, lo que conduciría definitivamente al cese de su actividad empresarial o profesional. Este régimen se contempla en los arts. 495 a 500 bis TRLCon. A este procedimiento de exoneración de pagos no pueden acudir las personas físicas que puedan calificarse como microempresas ex artículo 685 TRLCon, que deben acudir necesariamente al procedimiento regulado en los artículos 687 y ss. TRLCon. En este procedimiento sólo se puede llegar a la exoneración tras la apertura de la fase de liquidación. El artículo 715, en sede de procedimiento especial para microempresas, prevé que en caso de deudor empresario o profesional persona física, una vez terminada la liquidación y distribuido el remanente, podrá el deudor que reúna los requisitos legales para ello solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho conforme a lo dispuesto en el Libro primero TRLCon.

La segunda posibilidad de acceso a la exoneración del pasivo insatisfecho presupone la liquidación de la masa activa. A la exoneración con liquidación de la masa activa se accede, por tanto, en el caso de que la conclusión del concurso se produzca finalizada la fase de liquidación de la masa activa o bien atendida la insuficiencia de la masa para satisfacer los créditos contra la masa (arts. 501 y 502 TRLCon).

3. EL DERECHO PRECONCURSAL. LIBRO SEGUNDO TRLCON

Al igual que sucede en relación a las disposiciones ordenadoras del concurso de acreedores contenidas en el Libro primero, las normas contenidas en el Libro segundo TRLCon no se orientan a prevenir ni a ordenar la insolvencia del deudor en que concurra

la condición de microempresa en los términos dispuestos en el Libro tercero TRLCon. No obstante, este Libro segundo incorpora algunas previsiones específicas en materia de comunicación del inicio de negociaciones y de aprobación de un plan de reestructuración para el supuesto en que en el deudor se trate de una pequeña empresa. Así, pueden acogerse al régimen especial los deudores que en su volumen de negocios anual no superen los diez millones de euros y que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio anterior no sea superior a cuarenta y nueve personas (art. 682 TRLCon).

Aunque el Libro segundo TRLCon se presente bajo la referencia [D]el Derecho Preconcurso, lo cierto es que a los institutos o procedimientos concursales que refiere, la comunicación del inicio de negociaciones y los planes de reestructuración, pueden acceder no sólo los deudores que se encuentren en situación de probabilidad de insolvencia, sino, también, los que se encuentren en estado de insolvencia ya sea actual o inminente (art. 584.1 TRLCon). Ahora bien, en estos últimos supuestos, siempre que el plan de reestructuración que se apruebe asegure la viabilidad de la empresa a corto y medio plazo (art. 638.1 TRLCon).

Así pues, las previsiones contenidas en el Libro II TRLCon habilitan una función doble y alternativa orientada tanto a evitar como también a prevenir la insolvencia. No obstante, la circunstancia de que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia tiene incidencia en las exigencias para que se apruebe el plan de reestructuración. Si el deudor se encuentra en situación de probabilidad de insolvencia, el plan no puede ser impuesto a la sociedad o a sus socios. Ha de ser aprobado por éstos. Sin embargo, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia el plan puede ser homologado por el juez sin necesidad de ese acuerdo, a no ser que el deudor sea una persona natural o una sociedad con socios que puedan llegar a responder personalmente por las deudas sociales (arts. 635 y 640 TRLCon).

El Título II del Libro segundo TRLCon se dedica a la comunicación de apertura de negociaciones a los acreedores para alcanzar un plan de reestructuración.

Se le reconoce al deudor un plazo de tres meses desde la comunicación del inicio de negociaciones para tratar de lograr un plan de reestructuración. Este plazo inicial es susceptible de prórroga cuando concurren determinadas circunstancias durante tres meses más (art. 607 TRLCon).

La comunicación de que el deudor ha iniciado o tiene voluntad de iniciar negociaciones con sus acreedores para tratar de alcanzar un plan de reestructuración no tiene ningún efecto sobre las facultades de administración y disposición patrimonial del deudor. Así pues, el deudor continuará llevando a cabo sus actividades empresariales y profesionales (debtors in possession; art. 594 TRLCon).

Sin perjuicio de lo anterior, la comunicación despliega otros efectos orientados a tratar de asegurar que efectivamente pueda alcanzarse un plan de reestructuración que permita al deudor superar su estado de crisis. Comunicada al juzgado el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con los acreedores para tratar de alcanzar un acuerdo de reestructuración del activo, del pasivo o de ambos se paralizan o suspenden

temporalmente las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes de titularidad del deudor que sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor (arts. 600 a 606 TRLCon).

La comunicación tiene igualmente efectos sobre los créditos a plazo y sobre las garantías personales o reales de terceros (arts. 595 y 596 TRLCon). En línea de principio, la comunicación del inicio de negociaciones no impide que, una vez vencida la obligación principal, un acreedor que goce de garantía personal o real prestada por un tercero pueda dirigirse contra la masa para satisfacer su crédito. Si bien esto es así, se introduce como excepción la posibilidad de que el deudor inste que los efectos suspensivos de la comunicación se extiendan a las garantías reales o personales presentadas por terceros pertenecientes al mismo grupo de sociedades que la deudora principal. A estos efectos el deudor debe poder justificar que la ejecución de la garantía puede llegar a precipitar tanto la insolvencia de la sociedad garante como la del deudor, lo que es susceptible de hacer fracasar las negociaciones.

La comunicación de negociaciones también despliega sus efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. La comunicación no afecta a la vigencia de estos contratos. Son ineficaces las cláusulas negociales que prevean la resolución de los contratos por la circunstancia de que alguna de las partes comunique el inicio de negociaciones con sus acreedores (art. 597 TRLCon). Se incorporan, igualmente, disposiciones específicas que inciden en cómo afecta la comunicación de la existencia de negociaciones a los contratos de suministro de bienes o de energía al deudor (art. 598 TRLCon). Con todas estas disposiciones se trata, en definitiva, de que el deudor pueda continuar con su actividad durante las negociaciones y, en su caso, facilitar la adopción y ejecución del plan de reestructuración.

La comunicación del inicio de negociaciones también despliega sus efectos sobre determinados deberes legales del deudor. Así, por ejemplo, en relación a su deber de instar la declaración de concurso y el deber de promover la disolución de la sociedad cuando esté incurso en causa de disolución por pérdidas cualificadas (arts. 612 y 613 TRLCon). En relación a la primera, se busca evitar que el deudor en estado de insolvencia condicione o frustre las negociaciones instando la declaración de su concurso de acreedores. En caso de que el deudor inste su concurso, el juez puede suspender los efectos de la solicitud cuando existan probabilidades de que se alcance un plan de reestructuración en un plazo breve. En el segundo supuesto, suspensión del deber del deudor en situación de desbalance grave del deber de promover la disolución de la sociedad, se trata de que el cumplimiento del referido deber no resulte en la apertura de la liquidación de la sociedad con lo que se frustraría la adopción del plan.

Además de atender a los efectos de la comunicación del inicio de negociaciones con sus acreedores, el Libro segundo del TRLCon determina el régimen aplicable a los planes de reestructuración, su aprobación y homologación judicial.

La referencia a plan de reestructuración en lugar de acuerdo de reestructuración pone de manifiesto cómo cabe la posibilidad de que, concurriendo determinadas

exigencias, el plan de reestructuración se imponga a los acreedores disidentes o incluso a los socios del deudor.

Los planes de reestructuración pueden adoptarse tanto cuando el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia o en estado de insolvencia actual o inminente. La situación o estado en que se encuentre el deudor tiene trascendencia a efectos de la adopción del plan de reestructuración. Cuando la insolvencia es probable, el plan de reestructuración requiere la aprobación de la sociedad deudora o de los socios. Sin embargo, si el deudor se encuentra en estado de insolvencia actual o inminente el plan puede ser homologado por el juez. La homologación judicial tiene importantes efectos toda vez que los efectos del plan pueden extenderse a los acreedores o clases de acreedores que no hubieran votado a favor del plan y a los socios de la sociedad deudora sin necesidad de acuerdo, salvo que el deudor sea una persona natural o sea sociedad que tenga socios legalmente responsables de las deudas sociales (arts. 635.1.º; 639 y 640 TRLCon).

En efecto, el recurso al régimen del plan de reestructuración será necesario cuando se pretendan extender los efectos de la reestructuración financiera del deudor en dificultades a acreedores disidentes dentro de una clase, a clases enteras de acreedores disidentes o incluso a los socios. En definitiva, cuando se excepcione el juego de las reglas generales del Derecho civil o mercantil. Aprobado y homologado el plan de reestructuración, los actos o negocios que incorpore quedarán protegidos frente al ejercicio de las acciones rescisorias concursales en el caso de que llegue a abrirse posteriormente el concurso (art. 635.3.º TRLCon).

El régimen de la adopción de los planes de reestructuración descansa sobre el principio mayoritario. El plan debe ser aprobado por las clases de créditos afectados. A estos efectos se reconoce a todos los titulares de créditos que vayan a verse afectados por el plan de refinanciación un derecho de voto ponderado en función del importe nominal del su crédito (arts. 616; 622 y 628 TRLCon). Se entiende que el mejor indicio de la razonabilidad del plan —incluida su necesidad e idoneidad para asegurar la continuidad de la empresa deudora— resulta de que una mayoría cualificada de acreedores esté dispuesta a asumir el sacrificio que el plan demanda.

A estos efectos, se entenderá que el plan se aprueba por cada clase de créditos si vota a favor de la adopción del plan más de los dos tercios del pasivo incluido en cada clase (art. 629.1 TRLCon). Para que el plan se extienda a los créditos que disfrutan de garantía real, la exigencia de mayoría conforme con el plan se incrementa a los tres cuartos del pasivo correspondiente a esta clase de créditos (art. 629.2 TRLCon). Una de las cuestiones más complejas es la relativa a la posición de los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración pueda incidir en sus derechos. No es infrecuente que cuando el deudor sea una sociedad el plan de reestructuración de su activo y pasivo requiera de ciertas medidas como, por ejemplo, la adopción de acuerdos de ampliación de capital, de modificaciones estructurales o de disposición de activos esenciales. Medidas que, bajo las reglas generales del Derecho societario, han de ser sometidas al escrutinio y aprobación de la asamblea de los socios. Así las

cosas, el TRLCon reconoce el derecho de voto a los socios de la sociedad deudora cuando el plan de reestructuración afecte a sus derechos (art. 631 TRLCon). No obstante, cuando la sociedad deudora se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente podrá homologarse el plan de reestructuración incluso en contra de la voluntad de los socios (art. 640.2 TRLCon). Esta injerencia del Derecho preconcursal en el societario se justifica por el legislador en la necesaria tutela de los acreedores sociales. Se entiende así que debe optarse por la prevención de conductas oportunistas de los socios de la sociedad insolvente para evitar que primen sus intereses en detrimento del de los anteriores.

En efecto, como se ha señalado, la referencia a los planes de reestructuración en lugar de a los acuerdos de reestructuración es indicativa de cómo su adopción puede suponer la extensión de sus efectos a acreedores y, en su caso, también a socios disidentes. Se admite así la homologación de planes de reestructuración que no han sido aprobados por todas las clases de acreedores o, como se acaba de ver, por los socios cuando el deudor sea una persona jurídica e incorpore medidas que requieran acuerdo de la junta general (plan no consensual). Aprobado el plan, se impone a los acreedores disidentes, ya se encuentren dentro de una clase de acreedores adherente o disidente, *cramdown*. Pero, también, puede suceder que clases enteras de acreedores disidentes puedan verse arrastradas y hayan de asumir el plan, *cross class cramdown*.

Para que se homologue el plan de reestructuración es suficiente con que se haya aprobado por una mayoría simple de las clases en que se divide el pasivo entre las cuales, al menos una de ellas debe ser una clase integrada por créditos con privilegio especial o general. O, en caso de que no exista una clase que integre créditos con privilegio general o especial, por al menos una clase de acreedores distinta de la de los socios; y de cualquier otra clase que no hubiese recibido pago alguno o conservado ningún derecho o interés aplicando los rangos concursales previstos en el TRLCon, en caso de valoración del deudor como empresa en funcionamiento (*going concern*; art. 639 TRLCon).

Queda por señalar cómo se forman las clases de créditos a los efectos de computar las mayorías. El parámetro principal para la formación de las clases de créditos es, precisamente, las clases de créditos concursales. Esto es, la clasificación de los créditos en el concurso. Los créditos con rangos concursales distintos deben separarse en clases distintas (art. 623.2 TRLCon). No obstante, el TRLCon también admite que créditos del mismo rango se separen por clases teniendo en cuenta circunstancias tales como su naturaleza financiera o no financiera; el activo sobre el que recae su garantía cuando se trate de créditos que disfruten de garantía; cómo vayan a quedar afectados por el plan de reestructuración; la circunstancia de que aun siendo créditos de distinta naturaleza vayan a recibir instrumentos de naturaleza distinta; y, en particular, deberán constituir una clase de créditos separada los titulares de los créditos que sean pequeñas y medianas empresas y el plan de reestructuración suponga para ellas un sacrificio superior al cincuenta por ciento del importe de su crédito. El paradigma de

sacrificio a estos efectos estaría constituido por las quitas y condonaciones de deuda (art. 623.3 TRLCon).

En lo que al contenido del plan de reestructuración se refiere, su adopción no puede suponer que los acreedores hayan de soportar un sacrificio de sus créditos manifiestamente mayor del necesario para asegurar la viabilidad de la empresa. El plan habrá de superar, además, la denominada prueba del interés superior de los acreedores. Esto es, que la situación en que queden los acreedores una vez se apruebe el plan de reestructuración resulte preferible a aquella en la que se encontrarían en el concurso de acreedores que se resuelva a través de la liquidación de los bienes del deudor, singularmente o como unidad productiva (art. 654.7.º TRLCon). Cuando el plan no se apruebe por todas las clases de créditos o por los socios, plan no consensual, el TRLCon exige el respeto de la denominada regla de la prioridad absoluta que supone que nadie pueda cobrar más de lo que se debe, ni menos de lo que merece. Así, ninguna clase de acreedores afectados por el plan puede recibir como consecuencia de su ejecución derechos de crédito, acciones o participaciones con un valor actual neto que supere el importe de sus créditos, acciones o participaciones antes del plan (art. 655.2.2.º TRLCon). Por otro lado, la exigencia de que ningún acreedor reciba menos de lo que se merece supone que ninguna clase discrepante reciba un trato menos favorable que cualquier otra del mismo rango (art. 655.2.3.º TRLCon). Y, por otro lado, no debe recibir a consecuencia de la ejecución del plan de reestructuración derechos de crédito, acciones o participaciones, con un valor actual inferior al importe que tenían sus créditos antes del plan de reestructuración si una clase de rango inferior está recibiendo cualquier pago o conserva cualquier derecho, acción o participación tras el plan (art. 655.2.4.º TRLCon). La concurrencia de esta regla de la prioridad absoluta requiere respetar, por tanto, los rangos crediticios que hubieran negociado anteriormente los acreedores con el deudor. Pero, además, ofrece un marco más sencillo para la negociación entre las distintas clases y para la posterior homologación judicial del plan. No obstante, esta regla de la prioridad absoluta es susceptible de ser flexibilizada a efectos de garantizar la viabilidad de la empresa y no perjudicar injustificadamente los derechos de las clases de acreedores afectados que hayan votado en contra del plan (art. 655.3 TRLCon).

El régimen de los planes de reestructuración establece ciertas especialidades en relación a las personas naturales o jurídicas que no alcancen ciertos umbrales y, sin embargo, no tengan la consideración de microempresa conforme a las previsiones del Libro tercero TRLCon (art. 682 TRLCon). Atendida la composición de la base subjetiva de estas empresas, se ha advertido que, a diferencia de lo que sucede en la gran empresa social, en estos casos los socios de la deudora no tienen una posición meramente inversora. La contribución a la actividad del empresario social va más allá de sus aportaciones al capital. Atendida esta circunstancia se excluye la posibilidad de imponer un plan de reestructuración que no cuente con la aprobación de los socios cuando la sociedad deudora sea una pequeña o mediana empresa (art. 684.2 TRLCon).

Con la finalidad de facilitar la adopción de planes de reestructuración y reducir sus costes, se prevé en el TRLCon la elaboración de unos modelos oficiales de planes de reestructuración para que sean utilizados, preferentemente, cuando el deudor tenga la consideración de pequeña y mediana empresa (art. 684.1 TRLCon).

5. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES PARA MICROEMPRESAS. LIBRO TERCERO TRLCON

El Libro tercero TRLCon incorpora los denominados procedimientos especiales para microempresas. Merecen la consideración de microempresas aquellas empresas que hayan empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos de diez trabajadores y tengan un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (art. 685 TRLCon).

La necesidad de estos procedimientos especiales para microempresas la justifica el legislador en que el concurso de acreedores responde a un procedimiento de corte clásico, formal y con un fuerte contenido procesal, lo que comporta, en su implementación, unos costes fijos altos, con independencia del tamaño de la empresa concursada. A esto se une que las microempresas suelen acceder al procedimiento concursal cuando su situación financiera se ha deteriorado tanto y queda tan poco valor en la empresa que cualquier solución reorganizativa resulta poco viable. Así las cosas, no es infrecuente que la propia estructura procesal del concurso genere más costes que el valor residual que queda en la empresa insolvente.

Los procedimientos especiales para microempresas incorporan medidas dirigidas, precisamente, a solucionar este problema. Los procedimientos especiales para microempresas tienen carácter exclusivo y excluyente. Las microempresas no tienen acceso al concurso ni, tampoco, a los acuerdos de reestructuración. No obstante, las reglas contenidas en los Libros primero y segundo TRLCon son de aplicación supletoria en los procedimientos especiales para microempresas (art. 689.1 TRLCon).

Cuando la microempresa quiera acceder a un procedimiento especial de continuación o de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento puede abrir negociaciones con sus acreedores a efectos de prepararlo (art. 690.1 TRLCon). La comunicación del inicio de estas negociaciones produce efectos al objeto de preservar un estado que permita la adopción del plan especial de continuación o, en su caso, de la liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento (art. 689.1 TRLCon). Para ello se dispone de tres meses no prorrogables a efectos de tratar de preparar un plan de continuación o la enajenación de la empresa en funcionamiento. Durante este período de negociación quedan suspendidas las ejecuciones singulares (arts. 690.3.3.º; 690.4 TRLCon).

Las microempresas que se encuentren en situación de probabilidad de insolvencia, estado de insolvencia inminente o insolvencia actual podrán acceder al procedimiento especial de continuación o de liquidación con transmisión de la empresa en funcionamiento (arts. 686.1 y 686.3 TRLCon). Si la microempresa se encuentra en estado de insolvencia inminente o actual podrá acceder al procedimiento de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento.

Pueden solicitar la apertura del procedimiento especial el deudor, los acreedores y los socios que sean personalmente responsables (arts. 691.1 y 691 ter.1 TRLCon). El solicitante debe elegir el inicio de un procedimiento de continuación o uno de liquidación (arts. 693.1; 691.3.4.º y 691 ter.2.4.º TRLCon). En el caso de que el solicitante sea un acreedor o un socio que sea personalmente responsable por las deudas sociales, el deudor puede rechazar el procedimiento que se hubiese instado bien imponiendo la liquidación si se hubiera instado un procedimiento especial de continuación; y si se solicitó la apertura de un procedimiento de liquidación, el deudor puede poner en marcha un procedimiento de continuación. También puede oponerse a la apertura del procedimiento especial instado probando que no se encuentra en estado de insolvencia actual (art. 691 quinquies TRLCon). Abierto un procedimiento de continuación, los acreedores que representen una mayoría del pasivo podrán, en cualquier momento y concurriendo las exigencias legales pertinentes, forzar la liquidación en el caso de que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual (arts. 693.2 y 693.3 TRLCon).

El procedimiento especial de continuación es un procedimiento abreviado en el que el deudor y sus acreedores pueden alcanzar una solución acordada a la crisis del deudor. Desde el punto de vista de la reestructuración de la empresa, el límite se encuentra en el régimen jurídico general; no hay, por tanto, ninguna limitación específica, y el deudor y sus acreedores tienen libertad para sanear la empresa con las medidas necesarias para devolverla a un estado de viabilidad sostenida en el tiempo.

El TRLCon determina el contenido mínimo del plan de continuación. Así, deberá contener, entre otros extremos: la relación nominal y la cuantía de los créditos afectados por el plan; los efectos sobre los créditos, que podrán ser tanto quitas como esperas o una combinación de ambas, su conversión en préstamos participativos o su capitalización; en el caso en que el plan afecte a los derechos de los socios, deberá incorporar el valor nominal de sus acciones o participaciones sociales; un plan de pagos, que incluirá con detalle las cuantías y los plazos durante toda la duración del plan de continuación; la referencia a los efectos sobre los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que, en su caso, vayan a quedar afectadas por el plan; una descripción justificada de los medios con los que se propone cumplir el deudor con la propuesta, incluyendo las fuentes de financiación proyectadas; las garantías con que cuenta la ejecución del plan; una descripción justificada de las medidas de reestructuración operativa que prevé el plan, la duración, en su caso, de las medidas, y los flujos de caja estimados, que deberá estar relacionada con el plan de pagos; una memoria que explique las condiciones necesarias para el éxito del plan de

reestructuración y las razones por las que ofrece una perspectiva razonable de garantizar la viabilidad de la empresa en el medio plazo (art. 697 ter TRLCon).

El plan deberá incluir un tratamiento paritario de los créditos en condiciones homogéneas, y ningún crédito mantendrá o recibirá, de conformidad con el plan, pagos, derechos, acciones o participaciones, con un valor superior al importe de sus créditos (art. 698.5 TRLCon).

La propuesta del plan es el momento para la determinación de las clases de créditos. Los créditos se ordenarán en diferentes clases conforme a sus rangos en el concurso. Así, por tanto, se ordenarán como créditos privilegiados, ordinarios y subordinados. Todos los acreedores, incluidos los que titulen créditos subordinados, participan en la conformación de las clases y en la votación (art. 697 ter 1.3.º TRLCon).

Cuando el plan lo hayan propuesto los acreedores, el deudor y, en su caso, los socios de la sociedad deudora que sean legalmente responsables de las deudas sociales, deberán dar su consentimiento. En el caso de que la microempresa sea una sociedad, los socios expresarán su voluntad a través del órgano societario correspondiente y en las condiciones resultantes del tipo concreto. No como clase en el marco general de decisión de los acreedores.

Participarán en la votación todos los créditos afectados por el plan de continuación (art. 698.4 TRLCon). A efectos de determinar qué créditos se entienden afectados se aplicarán las previsiones contenidas en el Libro segundo TRLCon (art. 698.2 TRLCon). A diferencia de lo que sucede en sede de planes de reestructuración, en caso de que un acreedor no vote se entiende favorable a la aprobación del plan (art. 698.8 TRLCon). El plan se considerará aprobado cuando haya sido aprobado por todas las clases de créditos o al menos por una mayoría simple de clases, siempre que al menos una de ellas sea una clase de créditos con privilegio especial o general; o, en su defecto, por una clase que de acuerdo con la clasificación de créditos del concurso de acreedores pueda razonablemente presumirse que hubiese recibido algún pago tras una valoración del deudor como empresa en funcionamiento (going concern; art. 698.10 TRLCon).

Aprobado el plan, habrá de ser homologado por el juez. Lo que hará siempre que se cumplan cumulativamente ciertos requisitos. Así, que el deudor se encuentre en situación de probabilidad de insolvencia; insolvencia inminente o insolvencia actual y el plan ofrezca una perspectiva razonable de asegurar la viabilidad de la empresa en el corto y medio plazo; que se hayan observado los requisitos procesales y se hayan alcanzado las mayorías necesarias previstas para el procedimiento especial de continuación; que los créditos dentro de la misma clase sean tratados de forma paritaria; que el plan supere la prueba del interés superior de los acreedores de acuerdo con las reglas del Libro segundo, que en el caso de que el plan no haya sido aprobado por una clase de acreedores el plan sea justo y equitativo. Entendiéndose que el plan es justo y equitativo cuando la clase de acreedores que haya votado en contra reciba un trato más favorable que cualquier clase de rango inferior, el plan sea imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa y los créditos de los acreedores afectados no se vean perjudicados injustificadamente (art. 698 bis TRLCon).

Una vez hayan transcurrido treinta días desde la realización del último de los pagos previstos en ejecución del plan de continuación se entiende cumplido (art. 699 TRLCon). El plan de reestructuración se frustrará en el supuesto en que no llegue a aprobarse, se rechace su homologación judicial o si resulta incumplido (art. 699 bis TRLCon). Declarado el incumplimiento del plan, resultan de aplicación las previsiones sobre los efectos del incumplimiento y sobre los actos realizados en ejecución del convenio dispuestos en el Libro primero (art. 699 ter.4 TRLCon).

El procedimiento especial de liquidación habilita un mecanismo para que las microempresas puedan acceder a un instrumento sencillo, rápido y flexible que les permita terminar de manera ordenada un proyecto empresarial que no hubiera resultado exitoso.

Como se ha visto, el proceso especial de liquidación podrá abrirse cuando fracase el plan de continuación. Asimismo, los acreedores pueden solicitar la apertura del procedimiento especial de liquidación cuando la microempresa se encuentre en estado de insolvencia actual. Y también podrá hacerlo la microempresa deudora cuando se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente (art. 686.3 TRLCon).

Cuando el deudor microempresa se trate de una sociedad, la apertura del procedimiento especial de liquidación conlleva su disolución (art. 694 ter.3 TRLCon). Otros efectos de la apertura del procedimiento especial de liquidación difieren, sin embargo, dependiendo de si la operación especial de liquidación tiene lugar con o sin transmisión de la empresa en funcionamiento. En el supuesto en que tenga lugar con transmisión de la empresa en funcionamiento, la apertura del procedimiento especial por sí sola no afectará a los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento (art. 694 bis.2 TRLCon). Sin embargo, cuando el procedimiento especial sea de liquidación sin transmisión de la empresa en funcionamiento, desde el momento de la apertura de la liquidación, cuando así lo indique el deudor, se desprenda del plan de liquidación o lo determine el juez tras las alegaciones realizadas al plan de liquidación por los acreedores, se producirá el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones (arts. 694 ter.1 y 694 ter.2 TRLCon).

En el procedimiento especial de liquidación para microempresas no existe una fase común ni un informe de la administración concursal. Todo se desarrolla en una misma fase por economía procesal. El plan tendrá un contenido necesario. De este modo incluirá la forma prevista para la enajenación de la empresa o de sus unidades productivas. Siempre que sea posible esta enajenación tendrá lugar estando la empresa o las unidades productivas en funcionamiento. A estos efectos, el plan incluirá una valoración de la empresa o de las unidades productivas realizada por un administrador concursal o, en caso de que no hubiera sido nombrado, por un experto (art. 707.3 TRLCon).

En la ejecución de las operaciones de liquidación adquiere singular trascendencia la plataforma de liquidación (art. 708.3 TRLCon). Salvo excepción justificada, a través de la plataforma habrán de actuarse las referidas operaciones. La plataforma es de

acceso gratuito y universal. Se volcarán en ella los activos de titularidad de la microempresa, conformándose un catálogo de bienes organizados por categorías, según criterios comerciales y enajenables, ya sea de manera individual o por lotes.

Se prevé que la ejecución de las operaciones de liquidación contenidas en el plan no pueda durar más de tres meses, prorrogables a petición del deudor o de la administración concursal por un mes adicional (art. 708.4 TRLCon).

Ignacio MORALEJO MENÉNDEZ
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Zaragoza
imoral@unizar.es

Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas [BOE-A-2022-15818]

CREACIÓN Y CRECIMIENTO DE EMPRESAS: AGILIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES, LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD, LIBERALIZACIÓN Y FINANCIACIÓN ALTERNATIVA

El 29 de septiembre del pasado año se publicó la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (también conocida como la «Ley crea y crece»). Una norma que ha incorporado una reforma importante sobre leyes muy diversas y cuyo objeto es agilizar la constitución de sociedades, de entidades sin personalidad jurídica y que permite acogerse al régimen del trabajo autónomo mediante vías más rápidas y sencillas. La pandemia del COVID-19, junto con las restricciones aplicadas por el Gobierno, provocó una crisis económica con efectos devastadores para nuestro tejido empresarial. A fin de recomponerlo, la Ley 18/2022 pretende dar un impulso al emprendimiento, eliminando barreras y acelerando trámites para poner en marcha ciertas formas jurídicas de la empresa y así iniciar sin demora nuevos negocios y actividades económicas. Pese a que la ley trae muchos cambios, sólo reflejaremos una selección de ellos, que consideramos como más relevantes a los efectos que nos interesan.

La primera novedad, y más relevante, que presenta la ley es la reducción sustancial del capital mínimo legal de la sociedad de responsabilidad limitada, que pasa a ser de 3.000 a 1 euro (así queda reformado el art. 4 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital [LSC]). Una medida poco acertada, desde nuestro punto de vista, pues desnaturaliza la esencia y utilidad del capital social, que cumple una función de garantía frente a acreedores y terceros con quienes se relaciona la entidad. Considerando que la cifra de capital por importe de 3.000 euros ya suponía una cuantía escasa (por simbólica), ¿qué aval económico pretende emanar una sociedad con capital de 1 euro? Un importe irrisorio para comenzar una actividad empresarial. La intención del legislador es noble, pero errada por la escasez de recursos mínimos exigidos; además, pretende justificar la decisión mediante una protección para los acreedores consistente en las dos medidas siguientes (aplicadas con carácter interino): 1) deberá destinarse obligatoriamente el 20 % del beneficio a reserva legal hasta el momento en el que la misma alcance la cifra de 3.000 €; y (2) en caso de que la sociedad esté en liquidación y no hubiese patrimonio suficiente para acometer las obligaciones sociales, los socios responderán solidariamente de la diferencia entre los 3.000 € y el capital social suscrito. Con el fin de reforzar la solvencia de la entidad, el legislador despliega la responsabilidad personal de los socios, que opera en casos de liquidación de la entidad para cubrir la diferencia entre la cifra de capital elegida y la de 3.000 €. Como consecuencia de

ello, queda suprimido el mal llamado «régimen de formación sucesiva» de la sociedad limitada contemplado en el ya derogado art. 4 bis LSC. Un régimen que, desde nuestro punto de vista, también resultaba equivocado, pues significaba reducir los márgenes de solvencia de la sociedad por debajo de los umbrales mínimos que, ya de por sí, eran bajos. El tiempo verificará la eficiencia de la reciente medida.

Por otra parte, la Ley 18/2022 establece disposiciones en materia de creación telemática de sociedades limitadas. Determina la obligación de los notarios e intermediarios que participan en la creación de estas entidades de informar a los fundadores de las ventajas que presenta el uso de los Puntos de Atención al Emprendedor (PAE) y el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE). Sobre los primeros, son oficinas pertenecientes a organismos públicos y privados, incluidas las notarías y los registros mercantiles, así como puntos virtuales de información y tramitación telemática de solicitudes. El Punto de Atención al Emprendedor Electrónico del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo será accesible por ordenador, teléfono móvil y tableta. El Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE) es un sistema de información que permite realizar, de forma telemática, los trámites de constitución y puesta en marcha de determinadas sociedades mercantiles en España. Es una iniciativa de la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

En otra sede distinta, la norma incorpora novedades para reforzar la lucha contra la morosidad. En primer término, se crea el Observatorio Estatal de la Morosidad Privada para realizar un análisis y seguimiento de la actividad de los distintos sectores económicos sobre los plazos de pago y la morosidad de las Administraciones Públicas en las transacciones comerciales. Elaborará un informe sobre tales extremos que será publicado en la página web del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Para realizar estas funciones, se establecen las obligaciones de las sociedades mercantiles de publicar sus períodos medios de pago a proveedores, el volumen monetario y el número de facturas abonadas. En segundo lugar, se instaura la factura electrónica para reducir los costes de transacción del tráfico mercantil y para obtener acceso a la información sobre plazos de pago; se crean las empresas proveedoras de servicios de facturación electrónica, que deberán cumplir ciertos criterios de interconexión e interoperabilidad gratuita.

Otro de los sectores que modifica la norma es el relativo a la liberalización del comercio y la unidad de mercado. Sobre la primera cuestión, se produce una reforma en la Ley de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, incorporándose nuevas actividades económicas exentas de licencia, concretamente las siguientes: Grupo 857. Alquiler de aparatos de medida; Grupo 922. Servicios de limpieza; Epígrafe 843.3. Servicios técnicos de prospecciones y estudios geológicos; Epígrafe 843.4. Servicios técnicos de topografía; Grupo 846. Empresas de estudios de mercado; Grupo 847. Servicios integrales de correos y telecomunicaciones; Epígrafe 849.4. Servicios de custodia, seguridad y protección; Epígrafe 849.5. Servicios de mensajería, recadería y reparto y manipulación de correspondencia; Epígrafe 849.6.

Servicios de colocación y suministro de personal; Epígrafe 849.8. Multiservicios intensivos en personal; y Epígrafe 849.9. Otros servicios independientes, NCOP. En torno a las reformas operadas en materia de unidad de mercado, la Ley 18/2022 modifica algunos aspectos de la ley de garantía de la unidad de mercado, específicamente el ámbito de aplicación y algunos principios que rigen la citada norma, como el de cooperación y confianza mutua o el de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes.

Como última circunstancia a destacar, aludiremos a las novedades introducidas en materia de financiación para el crecimiento empresarial, especialmente sobre los mecanismos de financiación alternativa como el crowdfunding. Se refuerza la protección del inversor y se elevan los umbrales de inversión por cada proyecto, que ahora ascienden de 2 a 5 millones de euros. También se reforman los límites de la inversión minorista, pues se establece un límite único de inversión individual por proyecto, fijando el más alto entre una cantidad de 1.000 euros o el 5 % de la riqueza (sin incluir propiedades inmobiliarias y fondos de pensiones). A los inversores minoristas se les permite invertir por encima del límite, pero, en tal caso, recibirán una advertencia de riesgo y tendrán que dar su consentimiento expreso al proveedor de servicios de financiación participativa.

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es

Real Decreto 991/2022, de 29 de noviembre, por el que se modifica el régimen reglamentario de competencias sancionadoras y de control oficial en materia de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico
[BOE-A-2022-19913]

**DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICACIONES GEOGRÁFICAS PROTEGIDAS DE ÁMBITO TERRITORIAL SUPRAAUTONÓMICO:
COMPETENCIAS SANCIONADORES Y DE CONTROL**

La [Ley 6/2015, de 12 de mayo](#), de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico (en adelante, LDOIGP) estableció el régimen de protección de las indicaciones geográficas (DOP e IGP) de este ámbito territorial, con carácter complementario al fijado por la Unión Europea.

Parte importante de esa regulación es la configuración de un régimen sancionador para los operadores que tengan comportamientos contrarios a la norma. Por ello, establece en su articulado un régimen específico de infracciones y sanciones (Capítulo VI, artículos 26 a 38) sin que resulte ya de aplicación el régimen concreto fijado en la DA 7.^a para las declaraciones obligatorias y los contratos en el sector de la leche y los productos lácteos (disposición adicional que fue derogada por la DDU de la Ley 30/2022, de 23 de diciembre, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agraria Común y otras materias conexas, al quedar regulado en los artículos 24 y 25 de esta norma, estableciendo un régimen sancionador en determinados ámbitos del sector lácteo y un régimen sancionador en materia de contratación en el sector de la leche y productos lácteos con respecto a la leche cruda, respectivamente, en cada una de estas disposiciones). Este sistema de infracciones y sanciones fue revisado, según se indica en la exposición de motivos de esta norma, a la luz de la jurisprudencia que se fue dictando en la aplicación de la [Ley 24/2003, de 10 de julio](#), de la viña y del vino.

El régimen sancionador fijado en la LDOIGP afecta únicamente, por tanto, a las competencias que asume el Estado en materia de control de denominaciones de origen e indicaciones geográficas. Además de la tipificación de las infracciones y de la cuantía establecida como sanción en cada caso, es relevante a los efectos de la reforma operada por el [RD 991/2022, de 29 de noviembre](#), por el que se modifica el régimen reglamentario de competencias sancionadoras y de control oficial en materia de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas de ámbito territorial supraautonómico (en adelante, RD 991/2022), reseñar que esta disposición indica quiénes son los titulares que tienen la competencia para incoar, tramitar y resolver esos procedimientos sancionadores.

Un aspecto clave en el régimen sancionador aplicable a estas indicaciones geográficas es el relativo a la suscripción de convenios de colaboración entre Administraciones Públicas. Además, el artículo 7 se refiere a la colaboración en el ejercicio de la función inspectora en el sentido de que las Administraciones Públicas y los organismos

públicos que estén vinculados o sean dependientes de ella deben suministrar cuando sean requeridos para ello, y conforme a la normativa aplicable, la información que se les solicite por los servicios de inspección. También estas administraciones pueden solicitar el apoyo necesario de cualquier otra autoridad como son las fuerzas y cuerpos de seguridad, tanto estatales y autonómicos como locales.

El régimen sancionador es relevante en muchos aspectos, pero especialmente en lo que afecta a la protección del nombre geográfico. El artículo 12, después de establecer que los nombres protegidos por estar asociados con una DOP-IGP supraautonómica son bienes de dominio público estatal, indica que no se puede negar el uso de esos nombres a cualquier persona física o jurídica que cumpla los requisitos que establece cada indicación geográfica, salvo que por una sanción de pérdida temporal del uso del nombre o por cualquier otra causa legalmente establecida ya no tenga ese derecho a utilizar el nombre geográfico.

Como principios generales en relación con la inspección y régimen sancionador regulada en el capítulo sexto de la LDOIGP, el apartado dos del artículo 26 establece que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (actual Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación según el artículo 10 del [Real Decreto 139/2020, de 28 de enero](#), por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales). Es el artículo 38 de esta norma el que establece cuáles son los órganos competentes en materia sancionadora, distinguiendo entre la competencia del director general de la Industria Alimentaria, el secretario general de Agricultura y Alimentación, el ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y el Consejo de Ministros, en función de la cuantía que corresponda a esa sanción conforme a lo establecido en los artículos precedentes. Como novedad, la [Ley 30/2022, de 23 de diciembre](#), por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agraria Común y otras materias conexas, añadió que era competente para acordar la incoación del expediente sancionador el director general de la Industria Alimentaria.

El RD 991/2022 no realiza modificaciones directas en la LDOIGP, sino en las normas de desarrollo que en 2017 y 2020 se dictaron sobre el régimen de las indicaciones geográficas de ámbito supraautonómico y sobre la estructura ministerial competente.

El [Real Decreto 267/2017, de 17 de marzo](#), por el que se desarrolla la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico, y por el que se desarrolla la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, incluía diversas disposiciones dirigidas a desarrollar la LDOIGP. Así, en sus ocho capítulos, abordaba, fundamentalmente, el desarrollo de determinados aspectos relacionados con la gestión y el control de las indicaciones geográficas, en virtud de la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la economía (art. 149.1.13.ª CE).

La modificación que se ha llevado a cabo por el RD 991/2022 ha afectado a varias disposiciones. Así, ha quedado sin contenido la letra b) del artículo 1, eliminándose la referencia a que parte de su objeto era el de desarrollar el apartado 15 de la DA adicional primera de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el

funcionamiento de la cadena alimentaria, en relación con la gestión de la tasa derivada de las actuaciones de inspección y control llevadas a cabo por la Agencia de Información y Control Alimentarios (en adelante, AICA), ya extinguida.

También se ha modificado la redacción del apartado 2 del artículo 7, sobre verificación del cumplimiento de los pliegos de condiciones, de tal forma que quede modificada la anterior referencia a la AICA como autoridad competente, quedando sustituida por la referencia a la Dirección General de Industria Alimentaria (en adelante, DGIA), actualmente competente en virtud de las modificaciones operadas. Dicha modificación orgánica ha sido también incorporada al artículo 11 (Control interno de las entidades de gestión), en cuanto a las relaciones entre las entidades de gestión y la Administración, cuando hayan asumido estatutariamente un sistema de control interno (art. 24 LDOIGP).

Las funciones de la DGIA fueron establecidas en el artículo 6 del [Real Decreto 430/2020](#), de 3 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, y por el que se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Como subdirecciones generales, dependen de la DGIA las cuatro siguientes: la Subdirección General de Competitividad de la Cadena Alimentaria, la Subdirección General de Calidad y Sostenibilidad Alimentaria, la Subdirección General de Promoción de los Alimentos de España y la Subdirección General de Control de la Calidad Alimentaria y Laboratorios Agroalimentarios, desempeñando en este último caso su titular el cargo de delegado de España ante la OIV. Esta disposición ha sido también modificada por el artículo segundo del RD 991/2022, que afecta concretamente a la letra e) del apartado 1, al añadirse la referencia a la competencia relativa al régimen sancionador. Además, las letras b) y d) del apartado 2 se han modificado para asignar la competencia fijada con anterioridad a la SG de Control de la Calidad Alimentaria y Laboratorios Agroalimentarios.

Nominalmente, también se han realizado modificaciones en los títulos del capítulo VII y del artículo 12, así como en el texto de esta disposición para hacer efectiva la modificación de la competencia orgánica. Además, se han eliminado las referencias contenidas en las letras e) y f) por no ser necesaria ya la remisión de documentación de la AICA a la DGIA. La letra c) del apartado 1 del artículo 15 se ha modificado también para introducir la referencia a la DGIA. El artículo 16 (Gestión de la tasa por actuaciones de inspección y control oficial de la Agencia de Información y Control Alimentarios) ha sido eliminado.

En definitiva, son razones de seguridad jurídica las que fundamentan las reformas operadas por esta norma que se reseña, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 63 de la [Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación (DFU).

M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería
margomez@ual.es

Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, de modificación del Código Penal [BOE-A-2022-11588]

BREVES CONSIDERACIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio (véase <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11588>), complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 13 de julio y que entró en vigor al día siguiente de dicha publicación oficial, tiene por objeto la modificación del Código Penal en dos concretos preceptos: el art. 22.4 y el art. 510 CP, respectivamente.

Es decir, tal como se explicita expresamente en la propia rúbrica de la ley, la LO 6/2022 es complementaria a la ley —ordinaria o ley de Cortes— número 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que por mor de su rango ordinario no puede —no tanto por razones de jerarquía normativa, sino fundamentalmente por razones de competencia material ex art. 81 de la Constitución española de 1978— llevar a cabo la modificación de parte del articulado de una ley orgánica como es la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (véase <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>).

De hecho, el Preámbulo de la Ley Orgánica 6/2022 explica las razones de técnica legislativa apuntadas al señalar que:

La Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados aprobó con fecha de 27 de abril de 2022 la Proposición de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con la introducción de una disposición final nueva de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Al tratarse de una modificación de carácter orgánico, la Comisión de Igualdad acordó elevar a la Mesa de la Cámara la solicitud de desglose de dicha parte orgánica.

Asimismo, la citada ley orgánica objeto de análisis presenta un contenido muy reducido, toda vez que consta de un artículo único que, como se adelantaba, tiene por objeto la modificación de dos artículos del Código Penal que, si bien se encuentran separados en diferentes libros del Código, guardan en cuanto a su finalidad teleológica una estrecha vinculación.

2. ANÁLISIS DE LA REFORMA

En esencia, la Ley Orgánica 6/2022 introduce de manera tanto expresa como inédita en el ordenamiento jurídico-penal español la circunstancia del antigitanismo como uno de los llamados móviles odiosos descritos en la circunstancia agravante genérica de móviles odiosos o discriminatorios del art.22.4 del Código Penal.

De esta manera, el art. 22. 4 CP queda redactado de la siguiente manera;

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.

En relación con este precepto, el mismo configura un listado de motivos perseguidos por el autor y considerados por el legislador como especialmente odiosos y reprochables, lo que justifica el agravamiento de la respuesta penal y del quantum de la pena a imponer cuando alguno de ellos concorra en la conducta del autor del hecho delictivo, como especial elemento subjetivo que motiva la conducta típica.

Una de las singularidades del art. 22.4 CP, en consonancia con lo que debe ser un Derecho Penal de ultima ratio, es que las circunstancias señaladas deben interpretarse taxativa y restrictivamente, lo que ha impedido la (muy demandada desde asociaciones y colectivos de defensa de minorías) incorporación al precepto de una suerte de cláusula final abierta extensiva a cualesquiera otras circunstancias análogas a las anteriores —recuérdese que la única analogía admisible en cuestiones penales es la favorable al reo o analogía in bonam parte—.

En este sentido, el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico número 23 de la STS 1160/2006 de 9 de noviembre puso de manifiesto el carácter de numerus clausus, que no apertus, de las diferentes categorías de móviles odiosos que enuncia el art. 22.4 CP, «lo que hace necesaria una reforma legislativa que permita incluir motivos de discriminación que suponen un ataque a la dignidad de la persona por razón de la especial situación del sujeto pasivo». Es decir, solo tienen la consideración de móviles odiosos y discriminatorios los expresamente previstos en el precepto, por lo que será preciso para apreciar un motivo nuevo su expresa incorporación mediante reforma ad hoc del citado artículo, en tanto no cabe en sede de agravantes de la responsabilidad penal una interpretación extensiva.

Asimismo, la LO 6/2022, en coherencia interna y lógica normativa con el art. 22.4 CP, introduce modificaciones en los dos primeros numerales del art. 510 del CP, en el ámbito de los delitos de odio autónomamente considerados de la Parte Especial.

No obstante, tal modificación no se limita en este punto a introducir en el delito de odio básico del art. 510 la circunstancia del antigitanismo (de esta manera, en lo concerniente al antigitanismo se contempla como elemento discriminatorio tanto en el art.

22. 4 como en el art. 510 CP, no figurando, no obstante, en ningún otro precepto del Código Penal), sino que además viene en parte a paliar —aunque aún de manera insuficiente— el olvido imputable a la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y a la adolescencia frente a la violencia (véase https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347), en tanto que la LO 8/2021 introduce en la agravante genérica del art. 22.4 CP la circunstancia de la aporofobia —término acuñado por la filósofa Adela Cortina y reconocido por la RAE— y de la exclusión social, pero no hace lo propio en el ámbito específico de los delitos de odio del art. 510 CP, precepto este que no modifica.

A tal efecto, la LO 6/2022 suple parcialmente esta incongruencia al introducir en sede de delitos de odio del art. 510 junto con el antigitanismo, la aporofobia, pero manteniendo fuera de la esfera del citado artículo 510 la exclusión social que continúa así restringida a la agravante genérica del art. 22.4 CP —aunque sí que se prevé la exclusión social desde la redacción dada al efecto por la LO 8/2021 en el art. 314 CP que tipifica la discriminación en el empleo, además de en los arts. 511, 512 y 515, respectivamente, siendo por ello aún más sorprendente su ausencia del art. 510 CP—.

De esta manera, se produce una indeseable asimetría entre los arts. 22.4 y 510 CP, que debieran ser una suerte de haz y envés de un mismo fenómeno, cual es el del odio en el ámbito del Derecho Penal, dando lugar a que los colectivos protegidos en ambos preceptos no sean los mismos, lo que constituye una grave falta de sistematicidad y de coherencia interna en la regulación en la materia.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Conforme a lo expuesto, pueden realizarse las siguientes reflexiones:

- La LO 6/2022 introduce de manera coherente tanto en la circunstancia agravante genérica del art. 22.4 CP como en el tipo autónomo del art. 510 CP la circunstancia del antigitanismo. En este sentido, es incuestionable que la historia del colectivo gitano en España ha sido una historia plagada de desencuentros y dificultades y, por tanto, está perfectamente justificada la necesidad de proteger este colectivo minoritario frente a cualesquiera ofensas atentatorias de su dignidad —y así se refleja desde hace años en los documentos emanados de la Agencia para los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—.

Pero también es cierto que considero que antes de la reciente entrada en vigor de la LO 6/2022 el honor y la dignidad del pueblo gitano —romaní— en España ya estaba protegido penalmente a través de los mismos preceptos que la ley modifica. Es decir, la ley no modifica el objeto de protección ni cuantitativa ni cualitativamente, sino que simplemente extrae e independiza el concepto de gitano de la noción previa de la raza o, más acertadamente, de la etnia en la que se venía

lógicamente integrando —llegando algunos autores incluso a considerar subsumible, aunque lo considero forzado, en la categoría de aporofobia el antigitanismo—.

A tal efecto, se ha producido una situación muy similar a la que existía con las personas judías, toda vez que el antisemitismo también se independizó a efectos discriminatorios del racismo y de la discriminación por razones religiosas. En ambos casos se trata de destacar, de situar el foco sobre un colectivo ciertamente vulnerable, pero que ya era protegido, aunque de manera más genérica y, por tanto, con menos visibilidad y autonomía, por las normas penales.

Es por ello que ciertos sectores se han mostrado poco entusiasmados con las aportaciones de la LO 6/2022 al entender que la citada ley es superflua, por lo que viene a constituir una muestra más del denominado Derecho Penal simbólico.

- Hubiera sido deseable, en aras de una mayor sistematicidad y coherencia con el propósito de la ley de dotar de mayor independencia y visibilidad al colectivo gitano, que también la categoría del antigitanismo hubiera accedido a los tipos penales del art. 314 CP —la discriminación en el empleo— y al 515.4— en relación con las asociaciones ilícitas—. Del mismo modo, también sorprende que ni el antigitanismo ni tampoco el antisemitismo se contemplen expresamente en los arts. 511 y 512 del CP respecto al delito de denegación de prestaciones, que se limitan a señalar, entre otras, razones de «pertenencia a una etnia, raza o nación».
- Es por ello que, ante el criterio en absoluto uniforme del legislador que considera necesario unas veces proteger expresamente a un colectivo y otras diluir nominalmente su protección bajo categorías más amplias, así como modificar tales categorías en función del precepto de que se trate, sería muy conveniente en aras de la necesaria sistemática del ordenamiento penal unificar los diferentes motivos de discriminación dispersos en el articulado del Código.

Debe, por tanto, existir un único criterio imperante por parte del legislador que de manera conjunta se extienda uniformemente respecto de los arts. 22.4; 314; 510; 511; 512 y 515.4 CP, que debieran responder así, como si de una entidad homogénea se tratara, a una misma finalidad, reflejando una misma esencia y espíritu legales.

* Todos los enlaces facilitados se han consultado por última vez el día 07/12/2022.

Cecilia CUERVO NIETO
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
Doctoranda en el Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global de la
Universidad de Salamanca
u135160@usal.es

[Ley Orgánica 13/2022, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para agravar las penas previstas para los delitos de trata de seres humanos desplazados por un conflicto armado o una catástrofe humanitaria \[BOE-A-2022-21676\]](#)

1. INTRODUCCIÓN

El 12 de abril del pasado año 2022, Gillian TRIGGS, la Alta Comisionada Auxiliar para la protección de la Agencia de Naciones Unidas para los refugiados, declaró con ocasión de la invasión rusa de Ucrania que «advertimos a las personas refugiadas sobre los riesgos de los depredadores y las redes criminales que pueden intentar explotar su vulnerabilidad o atraerlos con promesas de transporte gratuito, alojamiento, empleo u otras formas de asistencia»¹.

Según datos de UNICEF, en torno a un 28 % de las víctimas de trata de personas a nivel mundial son niños y niñas², lo cual resulta especialmente inquietante en el contexto de la guerra de Ucrania, en la que la mayor parte de desplazados tanto a nivel interno como fuera de las fronteras ucranianas son mujeres y menores de edad.

De hecho, se calcula que ya se han producido más de 12 millones de desplazamientos de personas ucranianas desde el inicio de la invasión, siendo especialmente peligroso, en lo que al potencial riesgo de captura por redes de trata se refiere, los movimientos a terceros países que implican cruces de fronteras por la mayor vulnerabilidad que presentan las víctimas al enfrentar diferentes barreras tales como la del idioma.

Es evidente que la trata de personas, aunque en sí misma puede afectar a cualquier persona, no es una práctica neutral en cuanto al género, siendo las mujeres y los menores de edad las víctimas más habituales de esta lacra. De hecho, la Comisión Europea estima que en torno al 75 % de todas las víctimas de trata en territorio de la Unión Europea son mujeres y niñas.

Los tratantes buscan aprovecharse de la vulnerabilidad y dependencia de sus víctimas para poder someterlas a la explotación final (sea sexual, laboral, etc.) perseguida a través del proceso previo en que se articula la propia trata. Es por ello que situaciones

1. <https://www.acnur.org/noticias/historia/2022/4/625755944/crisis-en-ucrania-genera-nuevos-riesgos-de-trata-de-personas.html> y <https://heraldodexalapa.com.mx/nacional/74068-trata-de-personas-la-otra-guerra-en-ucrania.html> [18 febrero 2023].

2. <https://www.unicef.es/noticia/ucrania-riesgo-de-trata-y-explotacion> [18 febrero 2023].

de gran impacto humanitario como los conflictos armados o las catástrofes naturales, que provocan la debilitación cuando no desaparición de las estructuras estatales y de la presencia del Estado, son desgraciadamente los escenarios idóneos de intervención para los tratantes y sus mafias, que ven en estas graves circunstancias de caos y vacío de poder óptimos caladeros de víctimas de trata con fines de explotación.

De esta manera, con ocasión de la invasión rusa del territorio ucraniano a finales del mes de febrero del año 2022, el legislador español planteó la necesidad de reformar el delito de trata en nuestro país en el sentido de contemplar una agravación específica de la pena para el supuesto de que las víctimas lo sean de guerras o conflictos armados.

2. DESARROLLO: EL TEXTO DE LA REFORMA

La Ley Orgánica 13/2022 de 20 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado el día siguiente, 21 de diciembre, y en vigor desde el 22 de diciembre de ese mismo mes (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21676#:~:text=Ayuda-,Ley%20Org%C3%A1nica%2013%2F2022%2C%20de%2020%20de%20diciembre%2C%20por,de%2021%2F12%2F2022>), tiene por objeto endurecer la respuesta penal por el delito de trata de personas cuando la víctima del delito «sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria».

En un primer momento, el grupo parlamentario socialista presentó una proposición de ley orgánica de reforma del CP que buscaba la agravación de la respuesta penal del delito de trata del art 177 bis del Código Penal de 1995 para el caso de que la víctima del delito fuera una persona desplazada de la guerra de Ucrania. Además, y teniendo en cuenta el carácter singular de la proposición, se preveía la reforma planteada como una ley temporal circunscrita al citado contexto bélico, por lo que la agravación en principio debería presentar una vigencia de dieciocho meses.

No obstante, finalmente el texto aprobado por (una rarísima) unanimidad de los grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados ha ampliado notablemente el alcance de la reforma, tanto en su objeto como en su extensión, al extenderlo no solamente a las propias víctimas de la guerra de Ucrania, sino a las de cualquier otra guerra o conflicto armado en general y sin singularizar, así como a las víctimas de catástrofes humanitarias, incluyendo las de las cada vez más habituales catástrofes naturales (a tal efecto, Naciones Unidas ya advierte del crecimiento exponencial que se producirá en los próximos años de los llamados refugiados climáticos como consecuencia de fenómenos meteorológicos adversos, agravados por el cambio climático tales como sequías, desertizaciones, inundaciones, etc.).

Además, se establece la vocación de permanencia sine die de la reforma en el ordenamiento jurídico, al eliminarse cualquier referencia expresa a límites temporales concretos, brindándose así una protección penal indefinida en el tiempo.

De este modo, en materia de circunstancias agravantes, el apartado cuarto del art 177 bis del CP queda redactado de la siguiente manera:

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:
 - a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;
 - b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.
 - c) la víctima sea una persona cuya situación de vulnerabilidad haya sido originada o agravada por el desplazamiento derivado de un conflicto armado o una catástrofe humanitaria.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

3. CONCLUSIONES

A pesar de que se ha dicho con razón que la trata de personas es un delito que no se acomoda fácilmente a las exigencias del principio de proporcionalidad, en tanto que contempla penas muy superiores a las previstas para los llamados delitos fin o de explotación (el caso de la prostitución forzada del art. 187 CP es paradigmático de esta asimetría penal que menciono), presentando además unas circunstancias agravantes muy amplias y extensivamente dibujadas, considero que esta reforma acometida es significativa y necesaria.

Significativa porque puede actuar disuasoriamente cumpliendo una función de prevención general importante a fin de reforzar la idea de que no solo no va a haber impunidad para estos supuestos de trata, sino que, además, la respuesta penal va a ser considerablemente más severa (pudiendo llegar hasta a los doce años de prisión).

Y necesaria porque, en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por España (de la mano del tridente integrado por el Protocolo de Palermo del año 2000, el Convenio de Varsovia del año 2005 y la Directiva 2011/36/UE, así como del reciente Informe [2020/2029(INI)] de 1 de febrero de 2021, de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y la Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, sobre la aplicación de la citada directiva) y ante el contexto bélico actual que ya ha generado millones de desplazamientos, es evidente que el fenómeno de la trata, y así lo confirma Naciones Unidas, está encontrando nuevas rutas en el continente europeo que requieren de una respuesta eficaz por parte de los poderes públicos.

Es además digno de destacar la notable mejora, frente al carácter casi personalista y cortoplacista del alcance de la reforma inicialmente planteada, de la redacción final del texto pues, si bien la guerra de Ucrania (cuyo horizonte se vislumbra aún muy incierto y lejano) sirvió de detonante, es evidente que desgraciadamente no es este el único conflicto armado existente o por existir. Asimismo, es positiva la referencia extensiva al término catástrofe humanitaria de vocación prácticamente omnicompreensiva en cuanto a su alcance. Esto es, la redacción definitiva de la circunstancia agravante no privilegia en su protección a unas víctimas frente a otras en función de su origen, no hay, por tanto, víctimas de primera ni víctimas de segunda dependiendo de la guerra de que se trate, si bien no puede desconocerse la importancia del contexto de la guerra de Ucrania ni la influencia que tal contexto ha tenido en la reforma, hasta el punto de provocarla.

Finalmente, también quisiera poner de relieve la importancia de la unanimidad alcanzada por las diferentes fuerzas políticas con representación en la Cámara Baja. Saber que la protección de las víctimas de trata y el endurecimiento de las penas para determinadas circunstancias que presentan un disvalor de acción y resultado especialmente notable es objeto de tal consenso político es esperanzador en relación con el habitual ambiente de crispación política que venimos padeciendo. Ello, no obstante, sin perjuicio de la necesidad de acelerar la tramitación de una futura ley integral de trata, cuyo anteproyecto fue ya aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 29 de noviembre del 2022.

Cecilia CUERVO NIETO
Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca
Doctoranda en el Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global de la
Universidad de Salamanca
u135160@usal.es

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación [BOE-A-2022-11589]

ASPECTOS PROCESALES

La igualdad de trato y la no discriminación constituyen dos de los principios básicos sobre los que descansa la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Así, la igualdad queda proclamada en el art. 1 de la misma y la protección frente a todo tipo de discriminación se consagra en el art. 7 del mismo texto. Igualdad y no discriminación son así valores sobre los que ha de construirse todo Estado social y democrático de Derecho, debiendo proclamarse en la Carta Magna, como lo hace así España en el art. 14 de la CE de 1978 y siendo los poderes públicos los responsables de promover las condiciones y evitar todo obstáculo para que la igualdad sea real y efectiva.

La inclusión y el respeto de tales principios han sido objeto de textos, nacionales, internacionales y comunitarios. Precisamente, a nivel de la UE, son destacables la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2010/41/UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, o la Directiva 2004/113/CE sobre la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. Asimismo, la Agenda 2030 otorga la relevancia que merecen a los principios de igualdad y no discriminación constituyendo la erradicación de la pobreza y la igualdad de género dos de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS).

Quedando así más que justificada la importancia de proteger los principios mencionados, la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación deja constancia en su preámbulo de su aspiración para constituir un marco común normativo que contenga las definiciones fundamentales del derecho antidiscriminatorio español. Téngase en cuenta de igual modo la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, complementaria de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE núm. 167 de 13 de julio de 2022]. En ella se incorpora el antigitanismo como agravante del art. 22.4.º CP y queda modificado el art. 510.1 y 2 CP referido a los delitos de odio.

De forma específica pretende dar respuesta a las conductas discriminatorias existentes, así como a las que puedan darse en el futuro, pues la evolución de la sociedad exige una respuesta cada vez más amplia y eficaz en materia de inclusión y disfrute de

los derechos y libertades fundamentales. La norma establece como principios inspiradores de la misma: el impulso de la aplicación transversal de la igualdad en la formulación y la ejecución de las políticas públicas; la coordinación entre las administraciones públicas, y, por último, la colaboración entre ellas, así como con los agentes sociales y la sociedad civil organizada. Sentadas estas bases, el objetivo perseguido por la Ley 15/2022, de 12 de julio, es doble: por un lado, prevenir y erradicar cualquier clase de discriminación y, por otro lado, proteger a las víctimas mediante la combinación del enfoque preventivo y el reparador. Así estamos ante una ley de garantías, autodenominada como tal en el preámbulo, pues no busca el reconocimiento de nuevos derechos, sino garantizar de manera efectiva los ya existentes. Y, a su vez, se trata de una ley general, que opera como una legislación general ante cualquier tipo de discriminación.

Así las cosas, la finalidad de esta ley reside en la garantía y la promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, respetando la dignidad de las personas en desarrollo conforme a los arts. 9.2, 10 y 14 de la CE. A tales efectos, la norma regula derechos y obligaciones inherentes a las personas físicas y jurídicas —públicas o privadas—, estableciendo principios de actuación de los poderes públicos y previendo medidas para la prevención, eliminación y corrección de todo tipo de discriminación ya sea directa o indirecta y en sectores públicos y privados. Como ámbito subjetivo, se reconoce a toda persona la igualdad de trato y no discriminación, independientemente de su edad y de su disfrute o no de residencia legal, no pudiendo ser discriminados por razón de nacimiento, origen racial, étnico, sexo, religión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir trastornos y patologías, lengua, situación socioeconómica o cualquier otra condición o circunstancias personal o social. En cuanto al ámbito objetivo, la norma presenta un listado bastante amplio entre los que se encuentran sanidad, transporte, cultura, seguridad ciudadana, administración de justicia, protección social o inteligencia artificial y gestión masiva de datos, entre otros.

Como aspectos procesales relevantes destacan, en primer lugar, las garantías del derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Así, en el capítulo I del título II —Defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato y no discriminación— se ordena una tutela judicial efectiva (art. 28) frente a las vulneraciones del derecho a la igualdad de trato y no discriminación que comprenderá todas aquellas medidas necesarias que pongan fin a la discriminación de que se trate. Sería inviable contar con normas antidiscriminatorias si no existe una tutela judicial efectiva adecuada, pues, si el órgano jurisdiccional es incapaz de proteger al ciudadano que ve vulnerados sus derechos e intereses mediante conductas discriminatorias, la normativa quedaría plasmada como un simple ideal constituyendo así papel mojado. Por ello, en primer lugar, se procederá acordando la adopción de medidas cautelares dirigidas a prevenir y evitar violaciones ulteriores de tales derechos. En segundo lugar, se deberán prever las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios causados y el restablecimiento de la persona perjudicada en el ejercicio de su derecho. Todo ello con independencia de si son

mayores o menores de edad y de su residencia o no legal. En el caso de los menores, recuérdese que operarán, de forma complementaria, medidas de protección más amplias en tanto en cuanto se trata de un colectivo especialmente vulnerable y opera, además, el principio del interés superior del menor.

En segundo término, la norma amplía la legitimación activa para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el art. 29. Además de la legitimación individual de los afectados, partidos políticos, sindicatos, asociaciones de trabajadores autónomos, organización de consumidores y usuarios y otras asociaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de la igualdad y no discriminación también estarán legitimados para defender los derechos e intereses de las personas afiliadas, asociadas y de cualquier usuario de sus servicios en todo proceso civil, contencioso-administrativo y social. Téngase en cuenta que las organizaciones y las asociaciones constituidas legalmente deberán acreditar dos requisitos: por un lado, que se hubieran constituido dos años antes de que se inicie el proceso judicial y ejerzan de modo activo las actividades necesarias para cumplir con los fines previstos en sus correspondientes estatutos. Por otro lado, en sus estatutos deberá figurar el hecho de que desarrollan una actividad, en el ámbito estatal o en el ámbito territorial correspondiente, que pueda resultar afectada por una situación de discriminación. De este modo, la amplitud del art. 29.1 se ve limitada por los requisitos sobre las asociaciones legitimadas activamente para intervenir en este tipo de procedimientos.

En tercer lugar, quizá la novedad más relevante a nivel procesal reside en el art. 30 de la norma sobre las reglas relativas a la carga de la prueba. Cuestión que también se introduce en la disposición final tercera, en virtud de la cual se incorporan modificaciones en el art. 217.5 de la LEC. Así, cuando la parte actora o el interesado alegue con indicios fundados la existencia de discriminación, será la parte demandada o a quien se atribuya dicho acto discriminatorio quien aporte justificación objetiva, razonable y probada, de que las medidas adoptadas son proporcionales y no suponen discriminación alguna. El órgano jurisdiccional podrá de oficio, o bien a instancia de parte, recabar informe de los organismos públicos correspondientes y competentes en materia de igualdad. En este sentido, la norma se duplica, pues el art. 30 de la misma resulta de aplicación directa y a la vez modifica el art. 217.5 LEC. Ahora bien, en ambos, para que quepa esa aplicación especial de la carga de la prueba, la parte actora debe aportar indicios fundados sobre la existencia de la discriminación y el demandado habrá de justificar razonablemente la proporcionalidad de la conducta adoptada. Por tanto, en esa primera parte se necesita un «plus» y no meros indicios de discriminación. En cualquier caso, la modificación del precepto de la LEC obedece al objeto de la norma que es la eliminación de cualquier forma de discriminación y protección eficaz y de la víctima o quien sufre tal conducta perjudicial.

Por último, también desde la óptica procesal, son reseñables los artículos 53 y 54 de la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, que conforman el título V y que versan sobre la atención, apoyo e información a las víctimas de la discriminación e intolerancia. Así la nueva norma establece el deber de los poderes públicos de otorgar información

a las víctimas, a través de servicios telemáticos y presenciales, para proceder a una atención integral y multidisciplinar. Se prevé un tratamiento específico cuando las agresiones o acciones que inciten al odio, discriminación e intolerancia se hayan llevado a cabo mediante el uso de nuevas tecnologías o a través de las redes sociales. Téngase en cuenta el tan amplio alcance de estos medios a la hora de producir el daño, pues este resulta mucho mayor que el que pueda producirse sin su empleo. En todo caso, para la adecuada protección de las víctimas, deberán tenerse en cuenta las previsiones contenidas en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Es decir, serán de aplicación todos los derechos recogidos en los arts. 3 a 10 LEVD, así como los deberes de las autoridades y funcionarios del art. 19 de la LEVD para adoptar las medidas necesarias conforme a la LECrim para garantizar la vida de la víctima, su integridad física y psíquica, libertad y seguridad.

Por lo tanto, la Ley 15/2022, de 12 de julio, supone un notable avance al incorporar mecanismos de cara a garantizar su eficacia dentro su puesta en práctica, como es la ampliación de las reglas relativas a la legitimación activa y la carga de la prueba. Como último aspecto, cabe señalar la creación de la Autoridad Independiente para la igualdad de trato y no discriminación, organismo en el que reside el deber de tutelar y potenciar la igualdad y no discriminación de forma simultánea en el sector público y el privado. Con las novedades incorporadas por la ley, se pretende dar a conocer la realidad social, es decir, la existencia de múltiples conductas discriminatorias en una sociedad globalizada, una sociedad de la información donde el odio y la discriminación están a la orden del día y poder así paliar los efectos dañinos que estos generan en los distintos ámbitos de desenvolvimiento del ser humano.

Irene YÁÑEZ GARCÍA-BERNALT
Personal Investigador en Formación (USAL)
Área de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
ireneygb@usal.es

**Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el
Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real
Decreto 141/2021, de 9 de marzo [BOE-A-2022-14682]**

**MEDIDAS ORIENTADAS AL FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA
DE VÍCTIMAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD**

La especial trascendencia que cobra el derecho de acceso a la justicia, como derecho humano más básico, constituye sin duda una verdad que no puede discutirse en la medida en que en el mismo descansa la efectividad del resto de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos, siendo el único instrumento capaz de garantizar el cumplimiento efectivo de estos últimos y evitar que su vulneración pueda llevarse a cabo impunemente, por lo que exige la eliminación de cualquier impedimento que represente un obstáculo en el ejercicio efectivo de aquel derecho.

Exigencia que, por tanto, deviene necesaria en los casos en que se trate de personas, colectivos o grupos que se sitúen en un contexto de especial vulnerabilidad como son, por ejemplo, las víctimas de violencia de género, y que se ha visto plasmada en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible a través del ODS-16 rubricado «Paz, Justicia e Instituciones Sólidas», el cual refleja la preocupación de los líderes mundiales acerca del derecho de acceso a la justicia en tanto en cuanto persigue «promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas», siendo una de sus metas (la meta 16.3) garantizar la igualdad de acceso a la justicia de todas las personas, fomentando con ello la adopción de políticas públicas dirigidas a garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de las personas en condición de vulnerabilidad.

Así pues, una de las medidas que permiten lograr un acceso igualitario a la justicia es el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en aras de superar las barreras de la pobreza y evitar que la insuficiencia de recursos económicos pueda dificultar o impedir el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos. Derecho que el legislador español reconoce a las víctimas de violencia de género en el artículo 2 h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, con independencia de que dispongan o no de recursos para litigar, y que se ha visto reforzado con ocasión de la reforma operada por el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, con el objetivo de impedir situaciones que pudieran llegar a vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a través del desarrollo de prácticas que representan una inadecuada defensa de los derechos de las víctimas en el proceso, exponiéndolas a los efectos del fenómeno de victimización secundaria.

Una de estas situaciones es la que expuso el Defensor del Pueblo en una recomendación dirigida al Ministerio de Justicia en octubre de 2021 que giraba en torno

a dos cuestiones centrales, a saber, por un lado, la garantía de que las víctimas de violencia de género fueran asistidas y representadas por abogados del turno de oficio especializados en esta área en los correspondientes Colegios Profesionales de modo que puedan ofrecer un servicio de calidad sin permitirse su participación en dicho servicio si han sido condenados por delitos de violencia de género; y, por otro lado, la necesidad de recabar información y adoptar las medidas adecuadas para establecer una regulación a nivel estatal sobre la limitación del ejercicio profesional en el sistema de turno de oficio especializado en esta materia, exigiéndose carecer por tanto de antecedentes penales en delitos de violencia de género para poder acceder. De hecho, dicha recomendación tiene conexión con la queja que fue formulada por una federación de asociaciones de mujeres respecto a la cuestión de que existen letrados que han sido condenados por este tipo de delitos y que, sin embargo, ejercen dentro del turno de oficio en asuntos relacionados con violencia de género.

En este sentido, el Preámbulo pone de manifiesto cómo el derecho a la asistencia jurídica gratuita que consagra el artículo 119 de la Constitución española supone garantizar a los ciudadanos la prestación de un servicio público de justicia gratuita especializado y de calidad, lo cual exige en primer lugar la existencia de una relación de respeto mutuo y de confianza entre el letrado y el beneficiario del derecho, es decir, debe darse una relación que se funde en una confianza recíproca, tal y como establece el artículo 47.2 del Estatuto General de la Abogacía Española. De este modo, lo que se propone a través de la presente reforma del Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, es asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa, ex art. 25 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, por cuanto el mecanismo que se contempla en el artículo 21 bis —introducido por la disposición final 2.3 de la Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018)— sobre el derecho que asiste al beneficiario a instar la designación de nuevos profesionales resulta insuficiente para hacer frente a la pérdida de confianza con el letrado designado de oficio.

En este orden de cosas, dicho propósito únicamente puede lograrse requiriendo un plus de exigencia a los profesionales de la Abogacía que ejercen en el turno de oficio prestando servicios a las víctimas de violencia de género en atención a las singularidades que las mismas presentan. Ello hace necesario, por tanto, velar por que se les ofrezca una defensa legal que se fundamente en una relación de confianza recíproca que no puede quebrarse como, por ejemplo, sucedería en el caso de que el profesional hubiera sido condenado por delitos de similar naturaleza respecto de los que ha sido víctima la persona beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

No obstante, la reforma no solo se focaliza en las víctimas de violencia de género, sino que también se proyecta sobre otras víctimas que se sitúan asimismo en condición de vulnerabilidad como son las víctimas de terrorismo y de trata de seres humanos, y las víctimas menores de edad y con discapacidad necesitadas de especial

protección respecto de los delitos contemplados en el artículo 2 h) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, las cuales igualmente resultan beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita con independencia de que dispongan de recursos económicos suficientes para litigar o no. De este modo, tampoco en estos casos podrá ejercerse la defensa legal en el turno de oficio por parte de letrados que hayan sido condenados por delitos de similar naturaleza respecto de los que han sido víctimas las personas beneficiarias de este derecho. Limitación que igualmente también se extiende a los procuradores en relación con las personas a las que representen.

Así pues, dado que se trata de una reforma que afecta al ámbito nacional en la medida en que recae en aspectos que resultan de aplicación a todos los Colegios Profesionales de la Abogacía y de la Procura, se procede a integrar la regulación de dicha limitación dentro de los apartados primero y segundo del artículo 32 del Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2021), que se rubrica «Requisitos generales mínimos exigibles a los Abogados y Procuradores de los Tribunales». Además, también se incorpora la mención expresa del artículo 32 en el apartado 3 del artículo 1 del mismo texto reglamentario, ya que se encarga de regular los requisitos que ya habían sido establecidos en la Orden Ministerial de 3 de junio de 1997 por la que se establecen los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar servicios de asistencia jurídica gratuita y, por tanto, se trata de un precepto que resulta de aplicación general en todo el territorio nacional.

En este sentido, la reforma del Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, introduce por un lado las letras d) y e) en el apartado 1 del artículo 32 del Reglamento respecto de los requisitos exigibles a los profesionales de la Abogacía con el siguiente tenor literal, respectivamente:

Los profesionales de la Abogacía que presten servicio de asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género no podrán contar con antecedentes penales por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual o la intimidad en el ámbito de la violencia sobre la mujer, salvo que los mismos se encuentren cancelados;

Asimismo, para prestar asistencia jurídica gratuita a víctimas de delitos de terrorismo y de trata de seres humanos, o a víctimas de cualquier delito cuando estas sean personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los profesionales de la Abogacía no podrán tener antecedentes penales por delitos cometidos, respectivamente, sobre cada una de las clases de víctimas anteriormente enumeradas, salvo que los antecedentes se encuentren cancelados.

Por otro lado, introduce las letras c) y d) en el apartado 2 del mismo precepto en relación con los requisitos exigibles a los profesionales de la Procura con el siguiente tenor literal, respectivamente:

Los profesionales de la Procura que presten servicio de asistencia jurídica gratuita a víctimas de violencia de género no podrán contar con antecedentes penales por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexual o la intimidad en el ámbito de la violencia sobre la mujer, salvo que los mismos se encuentren cancelados.

Asimismo, para prestar asistencia jurídica gratuita a víctimas de delitos de terrorismo y de trata de seres humanos, o a víctimas de cualquier delito cuando estas sean personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los profesionales de la Procura no podrán tener antecedentes penales por delitos cometidos, respectivamente, sobre cada una de las clases de víctimas anteriormente enumeradas, salvo que los antecedentes se encuentren cancelados.

Finalmente, el Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, incorpora una disposición final única relativa a la entrada en vigor del texto normativo que se fija a los veinte días de su publicación en el BOE con el objetivo de facilitar que los Colegios Profesionales puedan adaptar los sistemas de turno de oficio a la reforma llevada a cabo.

Selena TIERNO BARRIOS
Personal Investigador en Formación (FPU)
Área de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca
selenatierno@usal.es

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE-A-2022-14630]

ASPECTOS PROCESALES DE LA LEY DEL «SOLO SÍ ES SÍ»

El día 7 de octubre de 2022 entró en vigor la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual [BOE, n.º 215, de 07-IX-2022]. Esta ley orgánica comprende toda una serie de disposiciones de distinta naturaleza para erradicar las denominadas «violencias sexuales». En este término se incluyen no solo los delitos comprendidos en título VIII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal [BOE, n.º 281, de 24-XI-1995], sino «cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital», conforme a su artículo 3.1. Incluyendo específicamente el feminicidio sexual, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual, la difusión de actos de violencia sexual, la pornografía no consentida y la infantil y la extorsión sexual a través de medios tecnológicos (estas cuatro últimas consideradas ciberviolencia sexual o violencia sexual cometida en el ámbito digital). Un término extenso siguiendo las prescripciones del Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) o del Grupo de Expertos y Expertas en la Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica del Consejo de Europa (GREVIO) de lo que hasta ese momento se consideraba como violencia sexual en España.

En el Preámbulo de esta Ley Orgánica 10/2022 se acoge la agenda de la teoría feminista de la denominada segunda ola o radical haciendo alusión al término «patriarcado». Asimismo, se hace alusión a la importancia de las movilizaciones y acciones públicas del movimiento feminista visibilizando las violencias sexuales; se alude al carácter social, y no solo individual, de las violencias sexuales; se relacionan los principales instrumentos normativos de derechos humanos dirigidos a erradicar las violencias contra las mujeres, en especial el denominado Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica [BOE, n.º 137, de 6-VI-2014]), así como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (Convenio de Lanzarote [BOE, n.º 274, de 12-XI-2010]).

La estructura de la Ley Orgánica 10/2022 incluye un título preliminar, ocho títulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y veinticinco disposiciones finales.

En el título preliminar se especifican los fines de la Ley Orgánica 10/2022 (en general, la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales

y se incluyen todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada) y se establecen los 10 principios rectores (respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales; Diligencia debida; Enfoque de género; Prohibición de discriminación; Atención a la discriminación interseccional y múltiple; Accesibilidad; Empoderamiento; Participación; Equidad territorial y Cooperación).

El título I (artículos 4 a 6) se dedica a la investigación y producción de datos; el título II, a la prevención (artículos 7 a 17) y detección (artículos 18 a 22); el título III, a la formación (artículos 23 a 32); el título IV, al derecho a la asistencia integral especializada y accesible (artículos 33 a 42); el título V, a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (artículos 43 a 46); el título VI, al acceso y obtención de justicia y, en concreto, a las actuaciones fundamentales para la acreditación del delito (artículos 47 y 48) y a la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas (artículos 49 a 51); en el título VII se regula el derecho a la reparación (artículos 52 a 57), y en el título VIII, medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica (artículos 58 a 61).

En las disposiciones adicionales se incluyen la aprobación de la Estrategia estatal de prevención y respuesta a las violencias machistas; la financiación de costes para la Seguridad Social; la evaluación de la aplicación de la ley orgánica; la financiación de las políticas públicas en materia de violencia contra las mujeres, y la evaluación y monitoreo de la actividad institucional en esta materia.

De conformidad con la disposición transitoria única, en los procesos sobre violencias sexuales en tramitación tras el 7 de octubre de 2022 se podrán adoptar las medidas procesales referidas a la protección, acompañamiento y seguridad de las víctimas del capítulo II del título VI.

En las primeras 16 disposiciones finales se modifican 16 leyes. Se proyectan las modificaciones de otras leyes en las disposiciones finales vigésima (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [BOE, n.º 157, de 02-VII-1985], y de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal [BOE n.º 11, de 13-I-1982]) y la vigesimoprimera (Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita [BOE, n.º 11, de 12-I-1996]).

Numerosos factores han eclipsado el debate también académico en torno a esta ley orgánica. En concreto, la corriente punitivista, de hecho, varios de los artículos que esta ley orgánica modificaba ya han sido de nuevo modificados por medio de la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual; la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores incluyendo de nuevo las referencias a la violencia e intimidación. Esta última ley orgánica modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su apartado 3 y añadiendo un segundo párrafo en este apartado referido a la determinación de la competencia en los delitos del título VIII del libro II del Código Penal.

Las modificaciones y medidas procesales que regula son de especial significancia en la teoría. En su título VI, «Acceso y obtención de justicia», los dos primeros artículos se detienen en un aspecto esencial en la atención integral de las víctimas, su protección y el desarrollo del proceso penal, atribuyendo los casos de violencias sexuales contra mujeres, niños y niñas a las unidades de valoración forense integral adscritas a los Institutos de Medicina Legal o a otros órganos competentes. Realizarán una valoración de la gravedad de la situación y el riesgo de reincidencia para garantizar la coordinación y apoyo a las víctimas, prescribiendo el diseño de protocolos de actuación global e integral en casos de violencia sexual (artículo 47) y prescribiendo la disponibilidad de personal médico forense para el examen médico preceptivo sin demoras y sin reiteraciones. Asimismo, se elimina la supeditación a la presentación de denuncia o querrela de la recogida de muestras biológicas y otras evidencias (como imágenes) de la víctima previo el consentimiento informado (artículo 48), en línea con las recomendaciones desde el Consejo de Europa y Naciones Unidas para no condicionar las medidas de todo tipo a la existencia de denuncia. Este artículo se refiere también a la necesidad de evitar la victimización secundaria garantizando la especialización del personal del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses.

El capítulo II de este título VI se detiene en la información y el acompañamiento judicial de las Oficinas de Asistencia a la Víctima utilizando verbos característicos de soft law como «se promoverá su formación específica y refuerzo». En el artículo 50 se recogen medidas para la protección de la intimidad de las víctimas mencionando la labor sancionadora de la Agencia Española de Protección de Datos, así como aludiendo a medidas procesales ya existentes como la posibilidad de que las vistas se celebren a puerta cerrada (artículo 681 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [Gaceta de Madrid, n.º 260, de 17-09-1882]).

El título VII regula medidas específicas en la fase de ejecución ligadas al derecho a la reparación de las víctimas en un sentido amplio, aludiendo a medidas simbólicas (artículo 57), materiales, individuales y colectivas incluidas en un futuro programa administrativo de reparación a las víctimas. En el artículo 53 se incluye dentro de los conceptos a reparar el «daño social».

Esta Ley Orgánica 10/2022 modificó el artículo 681.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (prohibición de la información sobre la identidad de las víctimas) y artículo 709 párrafo 2 (evitación de preguntas innecesarias sobre la vida privada, salvo si se consideran pertinentes y necesarias). Asimismo, se añadieron un segundo párrafo al artículo 13 (medidas cautelares digitales), un segundo párrafo al artículo 112 (revocación de la renuncia a la acción civil) y un nuevo párrafo al artículo 544bis (dispositivos electrónicos para el cumplimiento de medidas de protección).

Las modificaciones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito por medio de la disposición final duodécima también son de relevancia procesal [BOE, n.º 101, de 28-IV-2015]. Se introduce un párrafo en el artículo 3.1 prohibiendo la mediación y la conciliación en supuestos de violencia sexual y de violencia de género. En el artículo 5.1 se elimina «sin retrasos innecesarios» y se cambia por «de manera

inmediata» y se elimina en la letra m) de este artículo la necesidad de solicitar ser notificada garantizando el derecho a serlo. Modificación que afecta también al artículo 7.1 pues desaparece la mención a la necesidad de efectuar la solicitud de ser notificada. En la modificación del párrafo 3 del artículo 10 se amplía el derecho a las medidas de asistencia y protección a los/as hijos/as y menores sujetos/as a tutela, guarda y custodia de víctimas de violencia sexual. En el artículo 23 apartado 2 letra a) se reformula a «las características y circunstancias personales de las víctimas» para la valoración de las medidas necesarias de protección. En el apartado 4 de este artículo 23 se elimina la referencia solo a menores víctimas de violencia sexual ampliándolo a «víctimas de algún delito contra la libertad sexual». En el artículo 25.1 se modifican la letra b exigiendo la formación en perspectiva de género de los/as profesionales que les tomen declaración en la fase de investigación, así como en caso de delitos contra cónyuges o personas con análoga relación de afectividad o víctimas de trata con fines de explotación sexual. Se modifica también el artículo 26 en su rúbrica (añadiendo «y víctimas de violencias sexuales») y se adopta lenguaje no sexista en su redacción («personas expertas»). Termina esta disposición con la modificación del artículo 34 dirigido a la sensibilización suprimiendo la referencia a la imagen de las víctimas.

Cristina RUIZ LÓPEZ
Universidad de Extremadura
Profesora Contratada Doctora
cruizlopez@unex.es

— RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA —
JULIO-DICIEMBRE 2022

COORDINADORA:

Estrella TORAL LARA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca*

COLABORAN en la coordinación en este número:

Lina Mariola DÍAZ CORTÉS
Profesora Ayudante Doctor de Derecho Penal. USAL

María Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS
Profesora Titular de Derecho Administrativo. USAL

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

Mercedes IGLESIAS BÁREZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional. USAL

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

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

Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS
Profesora Titular de Derecho Procesal. USAL

DERECHO ADMINISTRATIVO

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 20 de octubre de 2022. PLAZOS DE PAGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, por Miguel Ángel ANDRÉS LLAMAS
2. Sentencia del Tribunal Supremo 4306/2022, de 17 de noviembre de 2022. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL DE LOS SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS, por Beatriz DE CASTRO BERMEJO y Alicia GALÁN RAMOS
3. Sentencia del Tribunal Supremo 164/2023, de 13 de febrero. ANULACIÓN DEL INTERVALO MÍNIMO Y DE LA PROHIBICIÓN DE GEOLOCALIZACIÓN RELATIVOS A LOS SERVICIOS DE VTC, por Alejandro ROMÁN MÁRQUEZ

DERECHO CIVIL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre: RÉGIMEN DE VISITAS Y PATRIA POTESTAD. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 94 Y 156 CC, TRAS LA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, por Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ
2. Sentencia 604/2022, del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2022. Rec. 1089/2022. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR POR COMUNICAR Y MANTENER LOS DATOS DE LA DEMANDANTE INSCRITOS EN UN FICHERO DE SOLVENCIA PATRIMONIAL POR UNA DEUDA INEXISTENTE SIN HABER EFECTUADO REQUERIMIENTO PREVIO DE PAGO, por M.^a Teresa HEREDERO CAMPO
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 790/2022, de 17 de noviembre. FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD EJERCITADA POR EL HIJO TRAS UN PROCEDIMIENTO PREVIO A INSTANCIA DE LA MADRE EN EL QUE SE DESESTIMÓ LA DEMANDA. INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA, por Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
4. Sentencia del Tribunal Supremo 888/2022, de 13 de diciembre. CANTIDADES ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA DE APARTAMENTOS TURÍSTICOS EN CONSTRUCCIÓN, por María José CALVO SAN JOSÉ

DERECHO CONSTITUCIONAL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre. EL TC AMPARA LAS GRABACIONES AUDIOVISUALES EMPRESARIALES A EMPLEADOS INFRACTORES, por Laura CABALLERO TRENADO
2. Sentencia 130/2022, de 24 de octubre, medidas de protección de menores, por Ivette Fátima MECOTT RIVERA

3. Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2022, de 24 de octubre, por Rogelio BARBA ÁLVAREZ
4. Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la Audiencia Provincial (Sección 4) de A Coruña, de 9 de febrero de 2023. UN CASO PRÁCTICO DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD. PERSPECTIVA DE GÉNERO, por María Concepción TORRES DÍAZ

DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de diciembre de 2022, asunto C-694/20 [DOUE núm. 35, de 30 de enero de 2023]. DECLARADA LA ILEGALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE MECANISMOS TRANSFRONTERIZOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA A CARGO DE LOS ABOGADOS EXCEPTUADOS DE INFORMAR POR EL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL, por Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA

DERECHO MERCANTIL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 536/2022, de 5 de julio de 2022. DERECHO DE REPRESENTACIÓN DEL SOCIO EN LA JUNTA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, por Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 561/2022, de 12 de julio de 2022. CESE VOLUNTARIO DE ADMINISTRADORES SOCIALES, por Alfredo ÁVILA DE LA TORRE
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 621/2022, de 26 de septiembre de 2022. ESCISIÓN PARCIAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA. NULIDAD DE CONTRATO INCLUIDO EN LA UNIDAD ECONÓMICA TRASPASADA Y LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA SOCIEDAD BENEFICIARIA, por Julia LAGO MUÑOZ
4. Sentencia del Tribunal General (Sala 6.ª ampliada), de 14 de septiembre de 2022. Google LLC y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea (Google Android) Asunto T-604/18 [ECLI:EU:T:2022:541]. DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO MEDIANTE IMPOSICIÓN DE RESTRICCIONES EN ACUERDOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES, por Fernando DE LA VEGA GARCÍA

DERECHO PENAL

1. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 759/2022, de 15 de septiembre. LA COMPATIBILIDAD DE LA ALEVOSÍA CON LA INTOXICACIÓN POR CONSUMO

DE ALCOHOL, DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES U OTRAS SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS, por Marcos CHAVES-CAROU

2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de noviembre de 2022. AGRESIONES SEXUALES GRUPALES Y CLÁUSULA DE ATIPICIDAD CON MOTIVO DEL «CASO ARANDINA», por Manuel CABEZAS VICENTE

DERECHO PROCESAL

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre [BOE-A-2022-17272]. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO, por Cristina RUIZ LÓPEZ

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 20 de octubre de 2022

PLAZOS DE PAGO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de octubre de 2022 (Sala Tercera, ECLI:EU:C:2022:806), objeto del presente comentario, tiene una enorme relevancia para el Derecho español de la contratación pública, bloque normativo del Derecho administrativo progresivamente europeizado, en tanto que supone la quiebra del régimen de plazos de pago del precio de los contratos públicos legalmente establecido.

El origen de la sentencia se halla en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid en el marco de un litigio entre una empresa de gestión de cobro y la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León, organismo autónomo que había demorado el pago a los contratistas cedentes.

Las cuestiones prejudiciales que formula el citado Juzgado atañen a la Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En primer lugar, pregunta el Juzgado si el artículo 6 de la Directiva 2011/7 implica que la cantidad mínima de 40 euros en concepto de compensación por costes de cobro se debe abonar por cada factura individualizada o por cada conjunto de facturas acumuladas en una reclamación. En segundo término, el Juzgado viene a plantear la compatibilidad con la citada directiva de los plazos de pago previstos en el artículo 198.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Y, finalmente, se plantea la cuestión de si el artículo 2 de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se ha de incluir el IVA en la base de cálculo de los intereses de demora.

De acuerdo con lo ya apuntado, la cuestión más relevante es la segunda, ya que afecta de lleno a la configuración de la obligación de pago de precio en el sistema español de contratación pública, motivo por el cual se opta aquí por glosar al inicio las dos cuestiones restantes y dedicar el grueso del presente comentario a abordar la segunda de las cuestiones prejudiciales.

Como punto de partida, conviene precisar que la transposición de la Directiva 2011/7 se traduce en España en un régimen dual. De un lado, la referida Ley de Contratos del Sector Público, al igual que hacía su predecesora; de otro, la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, sucesivamente modificada. Esta dualidad trae causa de la técnica normativa propia de la Directiva 2011/7, que aborda la morosidad de las

operaciones comerciales en sentido amplio, comprendiendo las relaciones contractuales entre sujetos privados y entre estos y los poderes públicos. La transposición de la directiva ha sido objeto de no pocas controversias jurisprudenciales y doctrinales en los últimos años.

Antes de dar respuesta a las cuestiones planteadas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aclara como observación preliminar que la cesión de los créditos y sus derechos inherentes a una agencia de gestión de cobro se halla comprendida en el concepto de operaciones comerciales de la directiva, con base en su artículo 6.3. La solución del Tribunal de Justicia no es tan pacífica como pudiera parecer. El mencionado precepto solo hace referencia a la posibilidad de incluir en la compensación por los costes de cobro los gastos derivados de la contratación de un abogado o una agencia de gestión de cobro. Se trata, por tanto, de una interpretación notablemente extensiva, dado que es evidente que la Directiva 2011/7 ni contempla la conocida figura de la transmisión de los derechos de cobro ni explicita la atribución de facultad alguna al cesionario.

Abordando ya la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que la cantidad mínima de 40 euros en concepto de compensación por los costes de cobro debe abonarse por cada factura individualizada, en virtud de diversos criterios de interpretación (literal, contextual, teleológico, efecto útil), entre los que cabe destacar la interpretación sistemática de diversos artículos de la directiva y de su considerando 18, que concibe las facturas como documentos equivalentes a solicitudes de pago y relevantes en la cadena de contratación de bienes y servicios. La solución del Tribunal de Justicia coincide con la doctrina fijada por el Tribunal Supremo (Sala Tercera) en su Sentencia de 4 de mayo de 2021 (ECLI: ES:TS:2021:1820), que también interpreta la Directiva 2011/7.

En cuanto a la cuestión prejudicial relativa a si el artículo 2 de la Directiva 2011/7 exige contemplar el importe del IVA en la base de cálculo de los intereses de demora, el Tribunal de Justicia concluye que el artículo 2.8 «debe interpretarse en el sentido de que el cómputo, en concepto de la «cantidad adeudada» definida en esa disposición, del importe del IVA que figura en la factura o en la solicitud de pago equivalente es independiente de si, en la fecha en que se produce la demora en el pago, el sujeto pasivo ya ha abonado dicha cantidad a la Hacienda Pública» (párrafo 59). La fundamentación del Tribunal de Justicia radica en el tenor literal de la definición de «cantidad adeudada» recogida en el referido artículo 2.8 de la Directiva 2011/7, que incluye en el importe principal «los impuestos, tasas, derechos o costes especificados en la factura o en la solicitud de pago equivalente».

La interpretación literal resulta plenamente justificada, pues, como aclara el Tribunal de Justicia, el precepto hace referencia a los impuestos «especificados en la factura», sin hacer mención alguna a la fecha de su ingreso. Además, el Tribunal de Justicia invoca los artículos 220 y 226 de la Directiva 2006/112/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, sobre la expedición y el contenido de las facturas.

Finalmente, se aborda aquí la segunda de las cuestiones que dirime el Tribunal de Justicia —la tercera en nuestro orden expositivo—, que es la que mayor interés reviste. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Valladolid pregunta cómo debe interpretarse el artículo 198.4 de la Ley 9/2017, que configura un período de pago de sesenta días en todos los casos (treinta días para la aprobación más treinta días para el pago) a la luz del considerando 23 de la Directiva 2011/7. Un planteamiento defectuoso, ya que el Tribunal de Justicia no interpreta normas nacionales, de tal forma que el Tribunal la reformula para dar respuesta a la interpretación del artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 (parágrafo 43).

El fallo del Tribunal de Justicia no deja lugar a dudas:

El artículo 4, apartados 3 a 6, de la Directiva 2011/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece, con carácter general, respecto de todas las operaciones comerciales entre empresas y poderes públicos, un plazo de pago de una duración máxima de 60 días naturales, incluso cuando ese plazo esté compuesto por un período inicial de 30 días para el procedimiento de aceptación o de comprobación de la conformidad con el contrato de los bienes entregados o de los servicios prestados y por un período adicional de 30 días para el pago del precio acordado.

Lo que está diciendo el Tribunal de Justicia, nada más y nada menos, es que la transposición de la Directiva 2011/7 que hace la Ley de Contratos del Sector Público es defectuosa o incorrecta.

Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta lo dispuesto en los artículos 4, apartados 3 a 6, así como en los considerandos 3, 9, 23 y 26 de la Directiva 2011/7. Entiende el Tribunal, siguiendo la posición del Abogado General, «que la aplicación a las operaciones comerciales entre las empresas y los poderes públicos de un plazo de pago de más de 30 días naturales, hasta un máximo de 60 días naturales, es excepcional y debe limitarse a determinados supuestos bien definidos» (parágrafo 50). Los criterios interpretativos que sigue el Tribunal son el literal, el contextual y teleológico.

Sobre el criterio literal, cabe apuntar aquí que la redacción y la técnica normativa de la Directiva 2011/7 no son afortunadas. En todo caso, el precepto más ilustrativo para sostener la tesis del Tribunal de Justicia es el artículo 4.6, pues implícitamente exige una justificación objetiva («por la naturaleza o las características particulares del contrato») para establecer un procedimiento de aceptación o verificación.

Sin embargo, el legislador español establece con carácter general, sin atender a esa exigencia de justificación objetiva o casuística, el procedimiento de aceptación o verificación. En efecto, la Ley de Contratos del Sector Público contiene dos obligaciones con sendos plazos de treinta días: la obligación de pago del precio en sentido estricto y la previa obligación de resolver el procedimiento de aceptación o verificación expidiendo las certificaciones o documentos que acrediten la conformidad. De ahí que

se haya empleado la expresión «treinta más treinta» para explicar de manera realista el sistema de plazos de pago de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tiempo atrás abordé la interpretación del referido artículo 4.6 de la Directiva 2011/7, de cuyo tenor se desprendería que el procedimiento de aceptación o comprobación debía tener una justificación objetiva en función de las exigencias de cada contrato, en consonancia, también, con el espíritu de la directiva (ANDRÉS LLAMAS, M. Á. 2021: *La morosidad de la Administración: obligaciones y contratos públicos*. Madrid: Tecnos, 256). También con anterioridad a la sentencia objeto de comentario se ha concluido que «la transposición de la Directiva que ha realizado el legislador español (vigente art. 198.4 LCSP) en relación con los plazos de abono del precio a los contratistas no se ajusta al verdadero espíritu y finalidad de la normativa proveniente de la Unión Europea, pues la aplicación general y en todo caso del procedimiento de comprobación y verificación de la conformidad de las prestaciones vacía de contenido la regla general de la Directiva» (GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. 2019: «El difícil encaje de los plazos de pago de la Ley de Contratos del Sector Público en la normativa europea». *Actualidad Administrativa*, 2019, 4).

En definitiva, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el régimen jurídico de los plazos de pago que establece la Ley de Contratos del Sector Público no resulta conforme a la Directiva 2011/7. Razones de seguridad jurídica aconsejarían reformar la Ley de Contratos del Sector Público a fin de suprimir la previsión generalizada del procedimiento de aceptación o verificación. El legislador podría optar ora por identificar los tipos de contratos o las circunstancias que permiten incluir este procedimiento, ora por exigir a los órganos de contratación una incorporación motivada en cada caso.

Miguel Ángel ANDRÉS LLAMAS
Investigador Margarita Salas en Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
mlamas@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 4306/2022, de 17 de noviembre de 2022

ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL DE LOS SISTEMAS INTEGRADOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS

1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo resuelve, en esta sentencia, el recurso de casación que interpuso la entidad mercantil SIGFITO AGROENVASES, SL, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana número 239/2021, de 25 de mayo. Dicha sentencia estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo que interpuso SIGFITO AGROENVASES, SL, contra la Resolución de 14 de junio de 2018 del secretario autonómico de Medio Ambiente y Cambio Climático, que a su vez estimaba en parte el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución 20 de marzo de 2018 del director general de Cambio climático y Calidad Ambiental.

SIGFITO es una sociedad mercantil que emplea un sistema integrado de gestión de residuos. Concretamente, se trata de un sistema que recoge envases de fertilizantes, semillas y otros residuos, con el objetivo de darles un tratamiento medioambiental correcto, y dando, así, una respuesta inmediata a la lucha contra el cambio climático.

Para trabajar en las diferentes comunidades autónomas, SIGFITO necesita la autorización de cada gobierno autonómico, estando así autorizado en las 17 comunidades autónomas. No obstante, esta debe ser renovada cada 5 años.

El origen del litigio es precisamente la Resolución del director general de Cambio climático y Calidad Ambiental, que renovó la autorización otorgada a la sociedad mercantil para implantar y gestionar el sistema integrado de gestión de residuos, de uso profesional agrario, en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana.

En este sentido, cabe destacar que una de las condiciones de la autorización establecía que, de acuerdo con la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, dicha entidad tiene la consideración de operador sujeto a responsabilidad medioambiental, lo que le obliga a responder de los daños al medio ambiente que pudiera provocar una actividad profesional de terceros sobre la que no puede actuar.

Con lo mencionado aquí no estaba de acuerdo SIGFITO, puesto que entendía que se trataba de una infracción del Anexo III apartado 2 de la citada Ley de Responsabilidad Medioambiental.

Por tanto, y como declaró la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS, la cuestión planteada en el recurso que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar «si las actividades de un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados, como el aquí

concernido, se consideran incorporadas en la Ley de Responsabilidad Medioambiental, concretamente en la expresión ‘supervisión de tales actividades’, a los efectos de determinar su sujeción a la misma».

En el escrito de interposición la parte recurrente alegó que la Ley 22/2011, de residuos y suelos contaminados, ha precisado —y no cambiado— el papel que ya tenían atribuido los sistemas integrados creados para la organización de la gestión de los residuos. Asimismo, también expuso que la nueva Ley 7/2022, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, ha especificado que los sistemas de responsabilidad ampliada del productor no se encuentran incluidos en el Anexo III apartado 2 de la Ley 26/2007, en tanto no tengan la consideración de gestor de residuos ni se dediquen a la supervisión de las mismas. Además, añaden que no se puede afirmar que los sistemas integrados de responsabilidad ampliada de los productores de envases tengan que responder objetivamente por los daños medioambientales que puedan ocasionar, al no desempeñar una actividad contemplada en el citado Anexo III, por las siguientes razones:

- No realizan materialmente ninguna de las actuaciones de tratamiento de residuos que pudiese justificar su responsabilidad. Operan como meros organizadores, por lo que no pueden incurrir en ninguna de las conductas lesivas para el medio ambiente.
- Tampoco participan en los servicios que prestan los gestores, careciendo del dominio del acto. Esto conlleva a que frente a cualquier reclamación por los daños producidos cabe alegar el principio de que no cabe responsabilidad por hechos ajenos salvo que así lo disponga expresamente una disposición normativa.
- No tienen responsabilidad in vigilando, puesto que no tienen una relación con los gestores que les permita dirigir la forma de prestar sus servicios y el cumplimiento de las condiciones de la autorización que pretende evitar los daños medioambientales.

En función de todo lo expuesto, SIGFITO concluyó el escrito solicitando que se dictara sentencia; exigiendo que, con estimación del recurso de casación interpuesto, se acordara la anulación de la sentencia impugnada en lo relativo a la aplicación a la recurrente de la normativa de responsabilidad ambiental.

Por su parte, la Generalitat Valenciana se opuso a las pretensiones de la entidad recurrente llevando a cabo sus respectivas alegaciones en el escrito de oposición. Argumentó lo siguiente:

- De acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 11/1997, de Envases y Residuos de Envases, los sistemas integrados de gestión tienen como finalidad la recogida periódica de envases usados y residuos de envases, actividad recogida específicamente en el Anexo III.

Además, añade que los estatutos de SIGFITO contemplan que el objeto social es, entre otros, la promoción de la defensa del medio ambiente, principalmente mediante la adecuada gestión de uno o varios sistemas integrados/colectivos de

gestión de residuos, realizando a tal efecto todas las actuaciones necesarias. Por tanto, no puede sostenerse que la actividad de SIGFITO se limite a la organización y financiación de la gestión de los residuos.

- El artículo 7.1 de la Ley 11/1997 establece que los sistemas integrados de gestión garantizarán el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización; además, el artículo 8.1 determina que la solicitud de autorización debe recoger el procedimiento de recogida de datos y de suministro de información a la Administración autorizante, por lo que debe entenderse tanto respecto de la actividad de recogida que desarrolla el propio sistema como de las actividades de reutilización, reciclado o valorización de los residuos de envases recogidos que encomienda SIGFITO a los recuperadores de residuos. Es por ello que es acertada la posición del TSJ cuando señala que esto encaja en el concepto de «supervisión de tales actividades» al que hace referencia el apartado 2 del Anexo III de la Ley 26/2007.

El Tribunal Supremo falló, en la línea con lo sostenido por la Generalidad Valenciana, no haber lugar al recurso de casación y, por tanto, lo desestimó, confirmando así la sentencia impugnada por ser conforme a Derecho.

Doctrina jurisprudencial sobre la cuestión de interés casacional. Esta sentencia ha establecido doctrina jurisprudencial sobre la obligación de los sistemas integrados de gestión de envases de «supervisión de sus actividades».

Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo recuerda que el análisis no debe hacerse «en abstracto», prescindiendo del objeto del litigio y de las pretensiones ejercitadas. Por ello, analizando las circunstancias concurrentes expone y argumenta lo siguiente:

- Se precisa que, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley 11/1997, los sistemas integrados de gestión tienen como finalidad la recogida periódica de envases usados y residuos de envases, actividad prevista específicamente en el apartado 2 del Anexo III de la Ley 26/2007. Por ello, no hay duda de que desde esta perspectiva es exigible al sistema integrado de gestión de residuos esa mayor responsabilidad.
- Además, se puede llegar a esta conclusión en virtud del alcance interpretativo que deba darse a la expresión «supervisión de tales actividades», incluida en dicho anexo. Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades, tienen cabida en dicha expresión por dos motivos:
 1. En primer lugar, porque para poder garantizar el cumplimiento de los objetivos de reciclado y valorización es preciso verificar (concepto sinónimo al de supervisar) la correcta realización de esas actividades y comprobar su resultado.
 2. En segundo lugar, porque la recogida de datos y de suministro de información comporta también la verificación y comprobación de los resultados.

En consecuencia, las actividades de un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados se consideran incorporadas en el Anexo III apartado 2 de la 26/2007, concretamente en la expresión «supervisión de tales actividades», a los efectos de determinar su sujeción a dicha ley.

2. CONCLUSIÓN

El artículo 3 de Ley de Responsabilidad Medioambiental contempla el ámbito de aplicación de la misma y determina en su apartado primero que «se aplicará a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III, aunque no exista dolo, culpa o negligencia», concretándose en su Anexo III las actividades a que hace referencia este precepto.

En este Anexo III se incluyen, entre otras, en el apartado 2 «Las actividades de gestión de residuos, como la recogida, el transporte, la recuperación y la eliminación de residuos y de residuos peligrosos, así como la supervisión de tales actividades, que estén sujetas a permiso o registro de conformidad con la Ley 10/1998, de 21 de abril».

En función de esto, y como ha resuelto el TS, consideramos acertada la decisión de desestimar la demanda partiendo de la base de que SIGFITO no se limita a «organizar y financiar de acuerdo con la Ley» y que «la organización y financiación de esas actividades no es ciega, sino que debe controlar que se lleva a cabo conforme a la normativa vigente en cada caso, por eso se le asigna el carácter de ‘supervisor’ y ‘empresa’ que suministra datos y elementos a la Administración y que le sirven para un mejor conocimiento y poder dar una normativa más precisa y de mejora del sistema». Además, esta conclusión también se ve reforzada al examinar el objeto social de la entidad recurrente.

Por su parte, el artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental dispone como objeto el siguiente: «Regular la responsabilidad de los operadores de prevenir, evitar y reparar los daños medioambientales, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución y con los principios de prevención y de que ‘quien contamina paga’».

A partir de todo lo expuesto, conviene mencionar la posible atribución de responsabilidades a SIGFITO en el sentido del artículo 9. Es decir, es una empresa que lleva a cabo una actividad económica incluida en el ámbito de la ley y, por tanto, está obligada a adoptar y ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes.

En conclusión, esta sentencia del Tribunal Supremo trata de aclarar que las actividades de un sistema integrado de gestión de residuos de envases y envases usados se pueden incluir en la expresión «supervisión de tales actividades» tal y como se contempla en el ANEXO III apartado 2 de la citada ley, a los efectos de determinar su

sujeción a lo dispuesto en dicha Ley. Por lo tanto, les resulta aplicable la normativa de responsabilidad medioambiental.

No solo eso, sino que, además, con esta sentencia se ponen en valor el trabajo y las opiniones técnicas y jurídicas de las comunidades autónomas en materia de responsabilidad ampliada del productor. De este modo, la Conselleria de Transición Ecológica ha conseguido demostrar, a nivel estatal, las tesis autonómicas respecto a la necesidad de que estos sistemas se impliquen más en el control global de toda su cadena de gestión.

Beatriz DE CASTRO BERMEJO
Doble Grado en ADE-Derecho
Universidad de Salamanca
beacb21@usal.es

Alicia GALÁN RAMOS
Doble Grado en ADE-Derecho
Universidad de Salamanca
aliciagalanramos@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 164/2023, de 13 de febrero

ANULACIÓN DEL INTERVALO MÍNIMO Y DE LA PROHIBICIÓN DE GEOLOCALIZACIÓN RELATIVOS A LOS SERVICIOS DE VTC

En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 217/2021, de 7 de junio de 2021, la cual anuló dos apartados del artículo 2 del Decreto n.º 200/2019, de 17 de diciembre, de condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora y con autorización de ámbito nacional (VTC-N) en la Comunidad Autónoma de Euskadi. El primero de ellos –artículo 2.2– establecía la exigencia de un intervalo mínimo entre la contratación de los servicios de transporte discrecional en vehículos de turismo con conductor (en adelante, VTC) y su prestación efectiva. Concretamente, este precepto señalaba que «[...] tanto la solicitud del servicio como la cumplimentación del contrato de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora se deberá realizar, con carácter obligatorio, con una antelación mínima de treinta minutos a su prestación efectiva, con objeto de garantizar el cumplimiento del requisito de precontratación. [...]». El segundo de ellos –artículo 2.5– prohibió la geolocalización de los VTC previa a su contratación, disponiendo que «[...] al objeto de evitar la captación de personas viajeras en la vía pública, se establece como condición de explotación, que los vehículos adscritos a una autorización de arrendamiento de vehículos con conductor o conductora no podrán ser geolocalizados por las potenciales personas usuarias con carácter previo a su contratación».

La sentencia de instancia considera que la exigencia de un intervalo de treinta minutos dificulta «de forma extraordinaria» el acceso al mercado por parte de los VTC, ya que la demora exigida solamente puede ser cumplida, en la práctica, cuando la necesidad de transporte sea conocida con anterioridad por el usuario, siendo el número de servicios de esta clase muy escaso. Recuerda el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que la mayoría de trayectos en VTC son urbanos o interurbanos de corta distancia en los que la decisión de transporte se decide de forma instantánea, por lo que si el servicio debe demorarse al menos treinta minutos, sin que este requisito se aplique igualmente al servicio de taxi, «las posibilidades de acceso al mercado por parte de los VTC serían limitadísimas, pudiendo afirmarse que se trata, en la práctica, de un impedimento para el desarrollo del principio de libertad de empresa» y que, en tal caso, «no nos encontraríamos de equilibrio [sic] entre el servicio de VTC y el de taxi [en referencia a la sentencia del Tribunal Supremo n.º 921/2018, de 4 de junio]»¹ pues

1. El Tribunal Supremo justificó en esta sentencia la intervención en el mercado de los servicios de transporte discrecional de pasajeros en vehículos de turismo con conductor en la necesidad de mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano que en la actualidad compiten directamente en el mismo mercado –taxis y VTC– y que prestan un servicio semejante. La salvaguarda de dicho equilibrio permitiría garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general, lo cual estaría justificado, a su vez, en la razón

el servicio de VTC se vería gravísimamente dificultado en su acceso al mercado». Por lo que se refiere a la restricción de la geolocalización de los vehículos previamente a su contratación, el Tribunal de instancia tiene claro que la geolocalización de los vehículos facilita la contratación, pues permite a los usuarios saber dónde se ubica el vehículo más cercano y conocer el coste del servicio. La geolocalización permite utilizar la tecnología disponible en ese momento sin infringir el requisito de la precontratación del servicio exigido por la normativa estatal² y autonómica a los VTC. La prohibición de la geolocalización de los vehículos antes de su contratación constituiría, a juicio de este Tribunal, una restricción injustificada, pues la geolocalización no permite en ningún caso a los usuarios parar manualmente un VTC que se encuentre circulando sin haberlo contratado previamente, y porque no existe ninguna limitación similar respecto de los taxis, cuyas plataformas online pueden ofrecer a los usuarios la geolocalización de los vehículos de forma anticipada a su contratación sin restricción alguna.

La representación letrada del Gobierno Vasco invoca varios motivos de casación entre los que cabe destacar, por su singularidad, el siguiente, en el que se justifica el intervalo mínimo entre la contratación del servicio y su prestación por la concreta situación del mercado en esta región, debido a que el escaso número de licencias de VTC disponibles, unido a la orografía del territorio, hacen que la prestación efectiva del servicio se inicie habitualmente pasados treinta minutos desde su precontratación. Así, señala el letrado del Gobierno Vasco que «[e]l mercado al que puede optar la demandante es mucho más amplio que el del área de Bilbao, porque la norma afecta a toda la CAPV y al trayecto urbano e interurbano, de modo que existen trayectos que incluso pueden superar distancias de 160 kilómetros por carretera y donde se superará el intervalo temporal de 30 minutos entre la contratación y el servicio efectivo». Se trata, a

imperiosa de interés general de asegurar un modelo de transporte urbano de tales características. Tal justificación general de las limitaciones impuestas a los operadores de servicios de VTC no ha sido revisada en la sentencia n.º 164/2023 al no haber sido cuestionada por las partes del litigio.

2. Recuérdese que la prohibición de que los servicios de VTC puedan contratarse directamente con los conductores de los vehículos de forma simultánea a la prestación del servicio está prevista en el artículo 182.1 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres: «[c]uando los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor estén ocupados por personas ajenas a la empresa titular de la autorización, únicamente podrán circular si se justifica que están prestando un servicio previamente contratado. A tal efecto, el contrato de arrendamiento de vehículos con conductor deberá haber sido cumplimentado previamente a que se inicie la prestación del servicio contratado, debiendo llevarse a bordo del vehículo la documentación acreditativa de dicha contratación, conforme a lo que se determine por el Ministro de Fomento. Los vehículos adscritos a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor no podrán, en ningún caso, circular por las vías públicas en busca de clientes ni propiciar la captación de viajeros que no hubiesen contratado previamente el servicio permaneciendo estacionados a tal efecto».

mi parecer, de una situación que puede ocurrir respecto de la prestación del servicio en zonas rurales, pero que difícilmente tendrá lugar en los grandes núcleos urbanos, en los que se concentra la demanda de servicios de VTC. También sostiene que «los taxis y los VTC se encuentran en situaciones fácticas y jurídicas lo suficientemente distintas como para considerar que no son comparables», equiparando su situación jurídica –lo que el ordenamiento permite a cada modalidad de transporte– con su situación fáctica –lo que pueden hacer materialmente–, cuando resulta evidente que tanto unos como otros pueden, por ejemplo, recoger pasajeros en la vía pública sin necesidad de precontratación, circular por carriles reservados a determinados vehículos, ofrecer la geolocalización de los vehículos o estacionar en la vía pública. Si los VTC no pueden hacer todo esto es porque la normativa del sector se lo impide, no porque materialmente se encuentren incapacitados para ello.

El Tribunal Supremo comienza el análisis de sendos preceptos recordando la doctrina constitucional del doble canon de control de las restricciones al Derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE: según si afectan al acceso al mercado o al ejercicio de una actividad económica ya establecida. En el primer caso, la medida que limite el acceso a un determinado mercado debe superar el triple test de admisibilidad que conforman los principios de regulación económica eficiente contenidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; y en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). Esto es, cualquier medida que afecte al acceso a una actividad económica estará sometida al cumplimiento de los principios de necesidad (en el sentido de estar amparada por alguna razón imperiosa de interés general consagrada legal o jurisprudencialmente), proporcionalidad (por resultar adecuada a la consecución del fin perseguido y no existir otras medidas igualmente adecuadas que restrinjan en menor medida los derechos afectados) y no discriminación (respecto de los diferentes operadores que intervienen en una misma actividad económica). Si la medida afectase, por el contrario, al ejercicio de una actividad económica ya iniciada, su control se debe limitar a comprobar si el fin perseguido es constitucionalmente legítimo y a verificar, además, si la medida es adecuada para la consecución de dicho objetivo, pero sin ir más allá, sometiéndola a un juicio de proporcionalidad, pues «ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política» (sentencia del Tribunal Constitucional n.º 53/2014, de 10 de abril). Sin embargo, el Tribunal Supremo considera, y esto es muy relevante, que la LGUM introdujo un canon de legalidad respecto a las restricciones al ejercicio de actividades económicas más estricto que el establecido por la doctrina constitucional citada, lo cual reconoce el propio Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 111/2017, de 24 de octubre. El artículo 5 LGUM requiere expresamente que tanto las medidas que establezcan limitaciones al acceso a una actividad económica como las que lo hagan respecto de su ejercicio resulten necesarias, proporcionadas y no discriminatorias. Por otro lado, el Tribunal Supremo entiende que las limitaciones enjuiciadas no conculcan la libertad de establecimiento prevista en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento

de la Unión Europea, citando a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 (Airport Shuttle Express Scarl, asunto C-162/12). Tampoco afectaría a la libre prestación de servicios recogida en el artículo 56 del mismo tratado, pues los servicios de transporte están excluidos del ámbito de aplicación de este precepto.

Por lo que se refiere a la concreta aplicación del canon de admisibilidad a los preceptos impugnados, el Tribunal Supremo parte del reconocimiento de que tanto VTC como taxis compiten entre sí en el servicio de transporte de viajeros, si bien no llega a reconocer expresamente que se trate de un mismo sector o servicio, lo que resultaría útil para determinar si las limitaciones introducidas poseen carácter discriminatorio respecto de alguno de los operadores del sector³. A continuación, el Tribunal realiza un examen algo desordenado del cumplimiento de los principios de buena regulación económica por parte de los dos preceptos enjuiciados. Respecto de la exigencia de un intervalo mínimo de treinta minutos entre la contratación del servicio y su prestación, el Tribunal Supremo no tiene dudas de que constituye una limitación muy notable para el ejercicio de esta actividad empresarial, puesto que el cliente busca la prestación del servicio en el plazo más breve y por el precio más ventajoso posible, por lo que este requisito, «al anular la inmediatez de la prestación, disuade al usuario de su utilización hasta el punto de existe [sic] un serio riesgo de expulsión del mercado de las empresas que operan bajo este tipo de licencias. [...] Por ello, una limitación, como la analizada, capaz de desanimar al usuario para que utilice este servicio, existiendo por ello un alto riesgo de impedir el ejercicio de esta actividad ha de reputarse por su intensidad contraria al art. 38 de la CE». Una vez aclarada la naturaleza limitativa de la medida, el Tribunal Supremo entiende que no es ni necesaria ni adecuada —primer requisito de la proporcionalidad— para la consecución del fin de interés general que persigue, esto es, preservar el régimen de precontratación y evitar el fraude. En el primer caso, la contratación previa de los servicios de VTC estaría garantizada

en la medida en que el usuario que quiera utilizar este servicio no puede contratarlo directamente con el conductor del vehículo, sino que ha de hacerlo telemáticamente con la empresa titular de la licencia a través de la aplicación digital⁴ mediante un mecanismo de prepagado en el que el precio se calcula antes de contratarse. Este contrato ha de comunicarse a la Administración aportando los datos referidos al lugar, fecha y hora de la celebración del contrato y de la iniciación de la prestación del servicio [...], lo cual permite comprobar que el servicio ha sido contratado previamente y con qué antelación se ha hecho, permitiendo ejercer un control real y fácilmente comprobable para evitar contrataciones fraudulentas [...].

3. Aspecto que no ha sido enjuiciado por el Tribunal Supremo en este pronunciamiento.

4. Si bien la regulación de estos servicios no exige su contratación a través de una aplicación informática, pudiendo formalizarse el contrato tanto en persona —en las oficinas de la empresa titular de la licencia de VTC— como a través de otros medios tecnológicos menos novedosos, como el teléfono o el fax.

Tampoco acepta que la imposición de un intervalo mínimo de treinta minutos para la prestación efectiva del servicio se deba a aspectos operativos, logísticos y de factibilidad real para atender a la demanda de esta comunidad autónoma, pues, en primer lugar, «no se ha podido determinar qué aspectos organizativos o logísticos exigen que la precontratación deba anticiparse 30 minutos» y, en segundo lugar «el hecho de que la operatividad media de los servicios de VTC en dicha Comunidad Autónoma se ajuste a ese lapso temporal [...] tampoco justificaría que se impusiese como exigencia mínima a todos los servicios, pues impediría prestar aquellos que pueden realizarse en un menor lapso temporal, sin justificación que lo ampare».

En cuanto a la prohibición de la geolocalización previa a la contratación del servicio, el Tribunal Supremo entiende que la posibilidad de que los eventuales usuarios puedan conocer la ubicación de los vehículos disponibles antes de su contratación redundaría en beneficio de los consumidores en la medida en que se les permite utilizar la tecnología para identificar al proveedor que ofrece un menor tiempo de espera. Si bien reconoce que la geolocalización previa podría ser utilizada por los consumidores para localizar y contratar directamente los servicios de VTC, esta posibilidad no dispensa en ningún caso al usuario de la obligación de precontratarlos a través de una aplicación y, además, existen otros mecanismos que permiten controlar la contratación fraudulenta de estos mecanismos –a los que se ha aludido anteriormente– sin necesidad de restringir los beneficios que las nuevas tecnologías ofrecen a los usuarios. Por las razones expuestas, la prohibición de la geolocalización previa no superaría el juicio de adecuación y proporcionalidad previsto en los artículos 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público, y 5.2 LGUM.

Alejandro ROMÁN MÁRQUEZ
Profesor Contratado Doctor
Universidad de Sevilla
aroman2@us.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre: RÉGIMEN DE VISITAS Y PATRIA POTESTAD

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 94 Y 156 CC, TRAS LA REFORMA DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

La sentencia objeto de análisis es la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 13 de septiembre de 2022, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados, contra los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la [Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica](#) (en adelante, Ley 8/2021, de 2 de junio). Dichos apartados se refieren, respectivamente, a las nuevas redacciones incorporadas en el párrafo cuarto del art. 94 Código Civil (CC); precepto que regula el régimen de visitas en caso de crisis matrimonial, y a la redacción que se confiere al párrafo segundo del art. 156 CC, artículo que prevé la patria potestad.

En primer lugar, expondremos los argumentos de los recurrentes y, posteriormente, analizaremos la decisión y la fundamentación jurídica por parte del TC.

Los recurrentes estructuran el recurso en dos partes, en el que diferencian las dos figuras jurídicas, régimen de visitas y patria potestad, y en el cual alegan que la nueva redacción de ambos artículos vulnera varios artículos de la Constitución española (CE).

Respecto al régimen de visitas, regulado en el art. 94 CC, previamente hay que señalar que este precepto modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, aunque la finalidad de la ley era adaptar el precepto a las situaciones de discapacidad, el objeto de reforma en este artículo ha sido más amplio, puesto que hemos pasado de dos párrafos que tenía la anterior redacción del precepto a seis (puede ampliarse en: TORRELLES TORREA, E. 2022: «Hijos con discapacidad y régimen de visitas, comunicación y estancia tras la reforma del artículo 94 del Código Civil». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, año 98, n.º 791: 1387-1441; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. 2021: «Discapacidad y derecho de familia: Nuevos principios, nuevas normas». En Eugenio Llamas Pombo, Nieves Martínez Rodríguez y Estrella Toral Lara (dirs.): *El nuevo derecho de las capacidades: de la incapacitación al pleno reconocimiento*, 303 y ss.). En este sentido, en el párrafo cuarto del art. 94 CC, objeto de recurso, tras la reforma se han incluido dos supuestos en los que «no procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá», que son los siguientes:

1. Primer inciso del párrafo cuarto. «Respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos».

2. Segundo inciso del párrafo cuarto. «La autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Al final de este párrafo cuarto, en el último inciso, se establece una excepción, en la cual la autoridad judicial podrá establecer el régimen de visita, donde determina: «No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno filial».

Este contenido ha generado diversas opiniones por parte de la doctrina, al indicar el precepto expresamente «no procederá, y si existiera se suspenderá», y el objeto de discusión se ha centrado en si existe o no un automatismo de la norma, o si bien el juez tiene un margen para contradecir la aplicación (ALLYÓN GARCÍA, J. D. 2022: «Suspensión del régimen de visitas o estancia del art. 94 del Código Civil tras su reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio». Revista Boliviana de Derecho, 2022, 34: 104). Este es uno de los motivos que se alegan como objeto de recurso.

Dicho esto, los recurrentes, respecto al primer inciso, consideran que se vulneran los arts. 117 CE, 39 CE y 24.1 CE. Según sus argumentos, esta redacción priva automáticamente al progenitor de los derechos de visitas o estancias, sin que el juez pueda valorar lo que sea más conveniente para los hijos menores, lo que impide la protección efectiva de los menores de edad por parte de la autoridad judicial. También, limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde a los órganos del poder judicial y priva del derecho a la tutela judicial efectiva al progenitor afectado. Esta misma vulneración se atribuye al segundo inciso del precepto.

Además, sobre el segundo inciso se alega que también vulnera la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE), así como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE). Los recurrentes indican que se obliga al juez civil a pronunciarse sobre indicios fundados de violencia doméstica o de género, lo cual solo corresponde a un órgano del orden jurisdiccional penal, y que la regulación de esta materia mediante ley ordinaria y no orgánica es inconstitucional; también, mencionan que se vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al no atribuirse la competencia al juez natural correspondiente.

Asimismo, en el recurso se argumenta que el primer y segundo inciso del art. 94.4 CC, en su nueva redacción, vulnera «el principio de seguridad jurídica» al no definir con precisión la situación jurídica que lleva a la privación de derechos. De igual modo, se apunta una falta de claridad sobre cuándo se considera que alguien esté «incurso en un proceso penal iniciado» que crea una «incertidumbre insuperable» para los progenitores afectados.

Finalmente, el último inciso del precepto, referente a que la autoridad judicial podrá establecer el régimen de visita, a juicio de los recurrentes, no afecta los argumentos previamente presentados, puesto que la privación siempre será previa al criterio que

sobre este asunto adopte el órgano jurisdiccional, debido a que en todo momento, y sin excepción, siempre se velará por el interés superior del menor.

Respecto a la patria potestad, la inconstitucionalidad del art. 156 se centra en el segundo párrafo, en el cual, la redacción dada por la reforma es la siguiente:

Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de esto.

Como señala la sentencia, la reforma únicamente introduce el segundo inciso del párrafo segundo del art. 156 CC, puesto que el primer y último inciso fueron objeto de modificación anteriormente ([Real Decreto Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género](#)). Los recurrentes consideran que con la nueva redacción del art. 156 CC se vulnera el art. 117 CE con relación al art. 39 CE, puesto que prevé una privación automática de la patria potestad sin que haya intervenido previamente un órgano judicial, cuando estaríamos en el supuesto en el que se hubiera iniciado un proceso penal, y debiera ser el órgano instructor quien determinara esta medida como cautelar en el caso de que se dieran una serie de circunstancias concretas.

Respecto al contenido al fallo, el TC expresa lo siguiente:

En relación con el régimen de visitas determina:

1. El párrafo cuarto del art. 94 CC no establece un automatismo legal, por lo que no se priva de forma automática a ningún progenitor del régimen de visitas o estancia, sino que hay un control judicial de las medidas que evaluará caso por caso y velando en todo momento por el interés del menor. En este sentido, indica textualmente la sentencia: «En alguno de los supuestos referidos en los dos primeros incisos del párrafo cuarto, será la valoración de la gravedad, naturaleza y alcance que el delito investigado tenga sobre la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, o las concretas circunstancias del caso, las que normalmente revelarán si el interés del menor impone que se suspendan de modo absoluto, o se restrinjan o no, las relaciones del menor con alguno de los progenitores o con ambos» (FJ. 4).
2. Descarta que exista vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al señalar que en caso de que la autoridad judicial decidiera suspender el régimen de visitas deberá siempre «hacerlo mediante una resolución motivada».

3. Rechaza que exista una vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y de la reserva de ley orgánica (arts. 81.1 y 122 CE). El TC fundamenta que la consideración de indicios de violencia doméstica o de género por el juez civil en la decisión del régimen de estancias, comunicaciones y visitas no implica un cambio en la competencia judicial, al igual que indica que la reserva de ley orgánica no se aplica a la fijación de reglas de competencia, siempre y cuando estas reglas estén establecidas por ley (FJ.6).

Atendiendo al precepto de la patria potestad señala:

1. La decisión de que los hijos menores de edad reciban atención y asistencia psicológica por parte de un progenitor no vulnera el art. 117 CE en relación con el art. 39 CE, debido a que se ha informado previamente al otro progenitor, máxime cuando puede presumir una cierta hostilidad entre ellos, y además dicha decisión cuenta con control judicial previo.

Por las razones expuestas, el fallo desestima en su totalidad el recurso planteado.

Almudena GALLARDO RODRÍGUEZ
Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
algaro@usal.es

Sentencia 604/2022, del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2022. Rec. 1089/2022

INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR POR COMUNICAR Y MANTENER LOS DATOS DE LA DEMANDANTE INSCRITOS EN UN FICHERO DE SOLVENCIA PATRIMONIAL POR UNA DEUDA INEXISTENTE SIN HABER EFECTUADO REQUERIMIENTO PREVIO DE PAGO

La Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo analiza el caso planteado por una persona (la demandante) que solicitó que se declarase la comisión de una intromisión ilegítima en su derecho al honor, por comunicar y mantener sus datos inscritos en un fichero de solvencia patrimonial por una deuda inexistente, sin haber efectuado un requerimiento de pago, solicitando, además de la cancelación de la inscripción de la deuda, una indemnización en concepto de daños morales con sus correspondientes intereses con base en la doctrina del TS (STS de 9 de octubre de 2015).

Con respecto a las pretensiones expuestas, el Juzgado de Primera Instancia de Puerto de la Cruz desestimó la demanda en la sentencia 110/2021, de 14 de julio. Sentencia que fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial resolvió en la misma línea desestimatoria, sentencia 550/2021, de 28 de diciembre. Se consideró que la deuda no pagada era líquida, cierta, vencida y exigible, que había contrato electrónico y que la demandante había sido avisada por los medios de notificación previstos en el contrato: mediante SMS al teléfono móvil indicado y por correo electrónico. No cejando en su intento de constatar una intromisión ilegítima en su honor, la demandante presenta recurso de casación alegando la vulneración del artículo 18.1 de la CE en conexión con el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (concretamente en relación con los requisitos para la inclusión de los datos contemplados en el artículo 38.1 apartados A y C, que se refieren respectivamente a que sólo será posible la inclusión en estos ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que se constate la existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros y ha de haber requerimiento previo de pago a quien corresponda el cumplimiento de la obligación) y, así mismo, lo conecta con la doctrina fijada sobre estos mismos aspectos en las STS 174/2018, de 23 de diciembre, y 672/2020, de 11 de diciembre.

El primer motivo alegado por la recurrente en casación es la incorrecta valoración de la prueba llevada a cabo por la AP, pues sólo se produjo el interrogatorio de la actora

sin que se practicasen pruebas complementarias que hubieran confirmado el origen y la realidad de la presunta deuda y el consiguiente impago de la misma. Además, queda indicado que el importe de la deuda comunicado al fichero de morosos ASNEF no coincide con la cantidad reflejada en el contrato ni en los requerimientos efectuados por SMS y por correo electrónico.

El TS, siendo consciente de que no coinciden las cantidades reflejadas en el documento de requerimiento de pago y en el registro de morosos, afirma que lo alegado en este primer motivo no constituye por sí mismo una vulneración del derecho al honor, siendo, por cuanto interesa en casación, intrascendente. Añade que lo verdaderamente importante es la comunicación de datos a la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), no tanto la discordancia en la cantidad. Se trata de datos personales asociados a datos económicos de los que resultaba su condición de moroso, sin serlo realmente.

El segundo de los motivos en los que se fundamenta el recurso de casación gira en torno a los medios por los que se practica el requerimiento de pago previo a la inclusión en el registro de morosos (cuestión relacionada con el 38.1.C). La sentencia recurrida considera que los medios elegidos eran prueba suficiente para entender cumplido dicho trámite.

El TS determina que el recurso de casación es un recurso extraordinario que no tiene por objeto la revisión de la valoración de la prueba y la fijación de los hechos realizada por los órganos de instancia, reconociendo que la parte revisable en casación valora los criterios jurídicos aplicables al cumplimiento del requerimiento de pago previo a la inclusión en el registro y admite que esto no sólo constituye un requisito formal que pudiera dar lugar a una sanción administrativa, sino que es un requisito que por sí mismo responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias. El requerimiento evita que personas que tienen deudas vencidas y exigibles, por simple descuido o debido a errores bancarios, sean incluidas en este tipo de listas, permitiendo además que ejerciten sus derechos ARCO (de acceso, rectificación, cancelación y oposición) ampliados en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), que contemplan la adición de los derechos de portabilidad, supresión (derecho al olvido) y limitación del tratamiento de los datos.

A todo ello cabe añadir que la jurisprudencia del TS ha considerado que el requerimiento previo de pago es un acto de comunicación de carácter recepticio, es decir, que no adquiere eficacia jurídica hasta que llega a conocimiento de su destinatario y es perfeccionado. Cuestión que el Tribunal deja aclarada en el punto 6 del FD5 donde esa exigencia de constancia razonable sobre la recepción de la comunicación por la interesada se entiende cumplida y probada al haber hecho uso de la intervención de un tercero de confianza (contemplado en el artículo 25 de la Ley servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), al que la ley se refiere como servicio de entrega electrónica certificada, que informa de la remisión y recepción de los mensajes

en los canales comunicados por la actora en el contrato suscrito (número de teléfono y correo electrónico), cuestión que como pone de manifiesto la sentencia, pese a su relevancia, no es tomada en consideración por la recurrente al formular su recurso.

En conclusión: la discordancia entre la cantidad por la que se practicó el requerimiento de pago y la cantidad que años después aparece en el fichero de solvencia patrimonial no determina por sí sola la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado. Además, se declara la suficiencia del requisito de la práctica del requerimiento previo de pago practicado por SMS y correo electrónico utilizando un servicio de entrega certificado. El TS, atendiendo a las circunstancias concurrentes, desestima el recurso de casación confirmando las decisiones tomadas en instancia.

La sentencia resulta interesante por cuanto recuerda que el derecho al honor no es un derecho absoluto cuya vulneración se pueda alegar arbitraria e indiscriminadamente y que serán las circunstancias particulares de cada caso las que determinen si finalmente se produce o no intromisión ilegítima en el mismo.

M.^a Teresa HEREDERO CAMPO
Abogada
Doctora en Derecho
Universidad de Salamanca
theredero@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 790/2022, de 17 de noviembre

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD EJERCITADA POR EL HIJO TRAS UN PROCEDIMIENTO PREVIAMENTE A INSTANCIA DE LA MADRE EN EL QUE SE DESESTIMÓ LA DEMANDA. INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA

En la STS 790/2022 de 21 de noviembre, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la eficacia de la cosa juzgada en los procesos de filiación. En particular, sobre si es o no posible un segundo proceso de reclamación de paternidad cuando ya se ha dictado una sentencia desestimatoria anterior respecto del mismo demandado. La cuestión litigiosa se centra en determinar si esa sentencia previa excluye un nuevo pronunciamiento por concurrir la excepción de cosa juzgada o si, por el contrario, prevalece el derecho del hijo al ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad.

La cosa juzgada, como fuerza vinculante que se atribuye por el ordenamiento jurídico al resultado del proceso, determina que, salvo supuestos excepcionales, no quepa volver sobre lo ya resuelto, lo que se garantiza por el principio de la irrevocabilidad de las sentencias firmes. Su fundamento es la seguridad jurídica y manifiesta su eficacia en un proceso posterior, pues «excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo» (art. 222.1 LEC).

En relación a los procesos de filiación, el artículo 222.3 LEC señala que, en las sentencias sobre filiación, paternidad, maternidad... «la cosa juzgada tendrá efectos frente a terceros a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil». Además, el artículo 764.2 LEC dispone que «los tribunales rechazarán la admisión a trámite de cualquier demanda que pretenda la impugnación de la filiación declarada por sentencia firme, o la determinación de una filiación contradictoria con otra que hubiere sido establecida también por sentencia firme».

La cuestión a decidir por el Tribunal Supremo es si la aplicación de estas normas al caso litigioso impide el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad a instancia del hijo al existir ya una sentencia firme que desestimó la acción en un procedimiento previo iniciado por la madre. En definitiva, debe pronunciarse sobre si el efecto de cosa juzgada de la sentencia previa imposibilita al hijo para reclamar de nuevo la filiación.

Los hechos que dan lugar a la sentencia son los siguientes: en 1986 nace el actor fruto de una relación extramatrimonial. Su madre, con apenas 18 años, formuló, en nombre propio, una demanda de reclamación de paternidad frente al supuesto progenitor biológico. La demanda fue desestimada. Más de tres décadas después, el hijo reclama, en nombre propio, su filiación paterna frente al mismo demandado. Explicamos brevemente el iter procesal de caso.

Como antecedente relevante es necesario referirse a ese primer proceso de reclamación de la paternidad iniciado por la madre. El Juzgado de Primera Instancia de Antequera (Sentencia 12 de junio de 1987) desestimó la demanda a pesar de haberse

practicado una prueba biológica que determinó una probabilidad de paternidad del 99,3 %, considerada como «paternidad extremadamente probable». A lo que hay que añadir además que el propio demandado reconoció haber mantenido relaciones sexuales con la madre.

La argumentación del Tribunal para desestimar la demanda fue, a nuestro juicio, absolutamente cuestionable. Por una parte, la valoración de las pruebas biológicas que, según la propia sentencia, «arrojan una probabilidad extremadamente probable de paternidad», pero que «no es más que una mera probabilidad, y por tanto insuficientes y no concluyentes para imputar una paternidad». Es difícil entender que el Tribunal haya obviado una prueba prácticamente incontestable, como es la biológica.

Por otro lado, la eventualidad de otros posibles padres, aludiendo (¿o censurando?) otras posibles relaciones sexuales de la madre. Señala la sentencia que «ha quedado acreditado que la actora por su profesión ha podido tener más relaciones con otros hombres, por lo que sería prácticamente imposible determinar la paternidad del menor». Nos parece absolutamente inaceptable un comentario innecesario y fuera de lugar, sobre la vida sexual de la demandante, una niña de apenas 18 años, para justificar la no paternidad del demandado, a pesar de que la relación biológica ha quedado patente por la prueba practicada.

La sentencia desestimatoria de instancia devino firme. El Ministerio Fiscal no recurrió la sentencia. La madre sí apeló, pero, por razones que se desconocen, el recurso de apelación fue declarado desierto.

En 2018, tres décadas después, es el hijo quien acude los tribunales para reclamar su filiación paterna.

La Sentencia 92/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Loja, alegó la concurrencia de cosa juzgada opuesta por demandado y, sin entrar en el fondo del asunto, lo absuelve de las pretensiones de la demanda. Sostuvo que la acción deducida era la misma que ya había sido desestimada en 1987, por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Antequera.

La sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª) que, en la Sentencia 219/2021, de 21 de junio, desestimó el recurso y confirmó la de instancia, apreciando la excepción de cosa juzgada. Señala la citada Audiencia que no es posible ejercitar una nueva acción de reclamación de filiación cuando ya existe una sentencia firme desestimatoria, protegida por la figura de la cosa juzgada que impide la reproducción de la misma acción sobre idéntica filiación. Reconoce al respecto que la verdad biológica no tiene un valor absoluto y «la hipotética verdad material carecerá de cualquier eficacia o relevancia procesal... cuando deba entrar en juego la cosa juzgada del artículo 222 de la LEC».

Contra esta sentencia, el hijo demandante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve en la STS 790/2022, de 17 de diciembre, que ahora reseñamos. Estima el recurso por infracción procesal y no entra a examinar el de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1. 2.º LEC, es la supuesta infracción del artículo 222.3 de la LEC, relativo a los efectos extensivos de la cosa juzgada. El recurrente alegó que, en el primer proceso, la madre no actuó en nombre y representación del hijo, sino mediante la legitimación propia que le otorga el artículo 134 del CC, mientras que ahora es el hijo, mayor de edad, quien entabla judicialmente la acción de reclamación de la paternidad. Añade que el artículo 39 de la CE atribuye al hijo el derecho a conocer su filiación, que conlleva una interpretación flexible de las normas para que se satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva, permitiendo el ejercicio de las acciones de filiación. Y que el artículo 222.3 CC se refiere a las sentencias estimatorias de filiación, paternidad y maternidad, que son las que tienen efecto frente a terceros, mientras que, en este caso, la sentencia fue desestimatoria.

Por su parte, el Ministerio Fiscal emitió un informe favorable a la estimación del recurso. Invoca el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que lo interpreta, para dictaminar que es necesario ponderar el derecho del demandante a conocer quién es su padre biológico con las exigencias de seguridad jurídica. Y considera que, en este caso, y de acuerdo con las circunstancias concurrentes, el derecho del hijo debe ser preferentemente atendido. Según el criterio de proporcionalidad, no se debe cerrar, mediante el instituto de la cosa juzgada, el derecho del hijo al conocimiento y declaración de su paternidad.

Especial mención merece el hecho de que el propio Ministerio público pone en entredicho la sentencia del primer proceso que desestima la paternidad reclamada por la madre, a la que califica de «discutible» (opinión que compartimos plenamente). Señala en su informe que en ese momento «el interés del entonces menor no fue adecuada ni diligentemente defendido, al quedar el recurso de apelación desierto ante una sentencia tan discutible».

El Tribunal Supremo resuelve estimando el recurso extraordinario por infracción procesal. Los argumentos que fundamentan la decisión de los magistrados son los siguientes:

La eficacia derivada de la cosa juzgada de las sentencias tiene connotaciones propias en los procesos de filiación, que exigen proteger el interés del hijo y salvaguardar la seguridad jurídica en el estado civil de las personas. Y en este proceso, la Sala considera que concurren circunstancias excepcionales que le hacen merecedor de un tratamiento diferenciador.

Cuando la madre promovió la demanda, el hoy actor era un recién nacido, que no alcanzaba el año. En el procedimiento, se practicó una prueba biológica que arrojó un porcentaje de paternidad «extremadamente probable», a pesar de lo cual se desestimó la demanda. La sentencia no fue recurrida y adquirió firmeza. «La situación propició que el menor sufriese una lesión en su interés superior. Este interés superior constituye un verdadero principio de orden público».

La Sala recuerda que, en atención a las circunstancias concurrentes, no debe descartarse que el derecho a la fijación de la verdad biológica y al conocimiento de la filiación prevalezca sobre la seguridad jurídica, mediante una atinada aplicación del principio de proporcionalidad. Así se desprende de la doctrina del TEDH que interpreta el artículo 8 de la CEDH y que la propia sentencia recoge.

Y en este caso concreto el Alto Tribunal considera que, «en el juicio de proporcionalidad entre la seguridad jurídica, de la que es manifestación la cosa juzgada, y el derecho del actor al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, que le corresponde conforme al artículo 133.1 CC, ha de prevalecer este último», por los motivos siguientes:

- En primer término, porque «el demandante es titular de un derecho fundamental a conocer su filiación biológica paterna que se integra también dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 10 y 39 CE y 8 CEDH)».
- En segundo lugar, porque «el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, proclamado por el artículo 24.1 CE, no fue debidamente satisfecho durante la minoría de edad del demandante, en el primer proceso seguido para determinar su filiación, al no activarse todos los resortes para garantizarlo, y someter la efectividad de sus derechos a un juicio que agotase las posibilidades de defensa y protegiese de forma plena su interés superior».

En consecuencia, «esa primera sentencia no puede reputarse como antecedente necesario para obviar el ulterior ejercicio de la presente acción por el actor, alcanzada su mayoría de edad y, con ello, el pleno goce de sus derechos civiles».

Por todo ello la Sala reconoce la prevalencia del actor al ejercicio de la acción de reclamación de paternidad sobre el principio de seguridad jurídica, del que es manifestación la cosa juzgada. Y concluye que, para este caso concreto, «en atención a las concretas circunstancias concurrentes, que no son extrapolables a otros casos distintos, no opere la excepción de cosa juzgada apreciada por las sentencias recurridas».

Con la estimación del recurso por infracción procesal el Alto Tribunal anula la sentencia de la AP de Granada (sección 5.ª) 219/2021, de 21 de junio. La declara sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la estimación de la cosa juzgada. Y ordena reponer las actuaciones al estado y momento en que se cometió la infracción, a fin de que la Audiencia Provincial dicte una nueva sentencia en la que resuelva el recurso de apelación interpuesto.

No entra en el examen del recurso de casación, ya que, preservando el principio de doble instancia, la cuestión de fondo controvertida será resuelta, en sede de apelación, por la propia Audiencia.

Nieves MARTÍNEZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
marini@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo 888/2022, de 13 de diciembre

CANTIDADES ANTICIPADAS A CUENTA DEL PRECIO EN LA COMPRAVENTA DE APARTAMENTOS TURÍSTICOS EN CONSTRUCCIÓN

1. La legislación primigenia sobre las cantidades entregadas a cuenta del precio final en la compraventa de viviendas en construcción está contenida en la denominada Ley 57/1968, que respondía a una necesidad social de protección derivada de la reiterada comisión de abusos que ocasionaban importantes e irreparables perjuicios patrimoniales a los adquirentes. Para cumplir con este objetivo, la citada normativa obligaba a los promotores a contratar una garantía (aval o seguro) que cubriera los anticipos de dinero abonados por los futuros compradores a cuenta del precio de las viviendas, y a que dichos anticipos se ingresaran en una cuenta especial de una entidad bancaria, de los que únicamente podría disponer el promotor para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Pues bien, el régimen jurídico vigente de las garantías por cantidades anticipadas a cuenta del precio de compra de viviendas en construcción está actualmente regulado en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que fue reformada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la cual derogó la Ley 57/68, si bien, sigue siendo comúnmente aplicada por la jurisprudencia civil por motivos de transitoriedad.

Esta Ley 57/68 únicamente se aplicaba a las compraventas de viviendas que supusieran «domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial» (art. 1). Su aplicación no depende de la condición de consumidor del comprador, sino de que la vivienda de que se trate esté destinada a domicilio o residencia familiar (STS 36/2020, 21 de enero, RJ 2020\94). La prueba de la finalidad profesional o inversora corresponde al garante (STS 236/2022, 28 de marzo, RJ 2022\1459) y la de la finalidad residencial al comprador (SSTS 360/2016, 1 de junio, RJ 2016\2314 y 161/2018, 21 de marzo, RJ 2018, 1152, entre otras).

2. Los hechos enjuiciados traen causa en la compraventa de dos apartamentos turísticos suscritos con la promotora Finca Lo Cirer, S. L., destinados, como el conjunto en el que se integraban, a una finalidad y explotación hotelera, no residencial sino negocial.

Según el tenor de los dos contratos, el objeto de cada uno era un apartamento turístico sometido a la normativa valenciana reguladora de esa actividad y destinado, como el conjunto en el que se integraba, a un uso turístico-deportivo-hotelerero. Como se infiere de su contenido, sendos compradores, en correspondencia con el calendario de pagos pactado, anticiparon a la promotora ciertas cantidades, que se ingresaron en una cuenta de ésta en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A. (en adelante BBVA),

entidad bancaria que también financiaba la promoción mediante un préstamo con garantía hipotecaria.

Transcurrido el plazo pactado sin que los apartamentos hubieran sido entregados, los contratos fueron resueltos judicialmente por incumplimiento de la promotora, que fue declarada en concurso, y cuya administración concursal abonó a los compradores parte del dinero entregado a cuenta. Al no atender el BBVA los requerimientos extrajudiciales de los compradores, éstos demandaron al citado banco, alegando que, al haber incumplido la promotora su obligación de entrega efectiva, el banco demandado debía responder como receptor de los anticipos conforme al art. 1-2.^a de la Ley 57/1968 al haber aceptado aquellos sin asegurarse de que se hicieran en cuenta especial debidamente garantizada.

El banco se opuso a la demanda, entre otras razones, porque la Ley 57/1968 no era aplicable al caso al tratarse de compraventas con una finalidad no residencial. La sentencia de primera instancia, dimanante de las actuaciones del juicio ordinario n.º 6 de Alicante, desestimó la demanda por considerar que, del propio tenor literal de los dos contratos de compraventa, resultaba que su objeto eran sendos apartamentos turísticos, expresión que se reiteraba en su clausulado, expresamente sometidos a la normativa sobre apartamentos turísticos de la comunidad autónoma valenciana, y no a la Ley 57/1968.

Los demandantes interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia provincial de Alicante, al que se opuso el banco reiterando que la Ley 57/1968 no era aplicable por las mismas razones aducidas al contestar a la demanda. Recurso que fue desestimado en la sentencia de 22 de mayo de 2019, confirmando la sentencia apelada. Remitiéndose esencialmente a los fundamentos jurídicos de la sentencia de primera instancia, razona que: (i) según «la documental obrante» las dos compraventas litigiosas no tuvieron una finalidad residencial al ser su objeto sendos apartamentos turísticos sometidos a la normativa específica de este tipo de alojamientos; (ii) los compradores «no podían desconocer la imposibilidad de destinarlos a uso residencial o de vivienda», ya que así figuraban en las condiciones que se tomaron en cuenta para el otorgamiento de la licencia de obra mayor y así se inscribieron en el Registro de la Propiedad; (iii) la jurisprudencia excluye los apartamentos turísticos del ámbito de aplicación de la Ley 57/1968, sin ser óbice para ello que en este caso los demandantes pudieran ceder la explotación u explotarlos por sí, ni que promotora y avalista se hubieran remitido a la misma, ya que dicho pacto no vinculaba a un tercero como es el caso de BBVA; y (iv) tampoco es decisivo lo resuelto en el previo proceso de resolución contractual seguido contra la promotora, dado que el BBVA no fue parte en el mismo.

Contra esta sentencia, los compradores interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional, que fueron desestimados por la Sala, apoyándose en los argumentos que a continuación comentamos.

3. Sobre la exclusión de la Ley 57/68 a compraventas con finalidad profesional, la jurisprudencia sostiene que dicha ley no ampara a los que compren una vivienda para un uso no residencial propio, sino negocial, como es el caso del demandante

que compró una «unidad alojativa» en régimen de apartahotel destinada, como el conjunto en que se integraba, a una finalidad de explotación hotelera (SSTS 501/2022, 27 de junio, JUR 2022\236268 y 502/2022, 27 de junio, JUR 2022\236175); ni tampoco al que compró unos apartamentos tipo suite turísticos pertenecientes a un conjunto inmobiliario en construcción, como sucede en el caso que nos ocupa y que viene reiterando la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en las sentencias: 52/2022, 31 de enero (RJ 2022/357); 53/2022, 31 de enero (RJ 2022/626); 103/2022, 7 de febrero (RJ 2022\994); 101/2022, 7 de febrero (RJ 2022\818); 98/2022, 7 de febrero (RJ 2022\654); 599/2022, 12 de septiembre (RJ 2022/1013), y 857/2021, 10 de diciembre (RJ 2021, 5595).

A mayor abundamiento, en los supuestos de compraventas con finalidad profesional o inversora no puede aplicarse, en contra de los garantes, la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia de los avales colectivos en favor de los compradores amparados por la Ley 57/68, ni tampoco la doctrina que hace responder al banco receptor de los anticipos. El tribunal sentenciador funda su decisión favorable a la tesis del banco precisamente en la existencia de cumplida prueba (que valora en conjunto) de que los apartamentos se compraron con esa finalidad no residencial, principalmente, pero no únicamente (ya que también valora la licencia de obra mayor o los datos registrales de la promoción), porque del propio contenido de los contratos resultaba que estaban destinadas a un uso turístico-hotelero, lo que además es una conclusión no exclusivamente fáctica, sino fruto de la interpretación de los contratos que solo puede revisarse en casación.

La razón de la imperatividad de esta ley está vinculada al bien jurídico protegido, cual es la vivienda con finalidad residencial, y no la puramente comercial o de explotación, sean o no profesionales los adquirentes (STS 27/2022, 18 de enero y sentencia 325/2022, 25 de abril, RJ 2022\2277). Por tanto, si la Ley 57/1968 no amparaba a los compradores-demandantes, éstos no podían exigir al banco demandado, hoy recurrido, que respondiera conforme a lo previsto en el art. 1-2.ª de la citada ley y su jurisprudencia (en este sentido, se pronuncian las sentencias 101/2022, 7 de febrero; 385/2021, 7 de junio, y 582/2017, 26 de octubre).

María José CALVO SAN JOSÉ
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Salamanca
calvo@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre

EL TC AMPARA LAS GRABACIONES AUDIOVISUALES EMPRESARIALES A EMPLEADOS INFRACTORES

En fechas recientes, el Alto Tribunal ha matizado su doctrina anterior sobre las grabaciones audiovisuales a los trabajadores, al anclar esta conducta en el derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes y a un proceso con todas las garantías —conectado con la tutela judicial efectiva—.

En una resolución de pleno muy ajustada (que contiene nada menos que cinco votos particulares) el Tribunal de Garantías ha otorgado amparo constitucional a la empresa, tras dictaminar que no puede reprocharse la grabación a un empleado del que se sospecha un comportamiento infractor y que, de hecho, justifica su despido.

En este sentido, es la ausencia de un verdadero motivo jurídico para reputar ilícita la grabación audiovisual el núcleo de la ratio decidendi del Máximo Intérprete de la Constitución española para amparar en esta ocasión la conducta empresarial, lo que implica un importante giro jurisprudencial al abrirse paso en firme la posibilidad de revisión del estándar de protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales.

En apretada síntesis, los hechos del caso de los que trae causa esta sentencia, que resuelve un recurso de amparo (7211/2021) en el que el TC declara a su vez la nulidad de la sentencia núm. 1211/2020 del TSJ País Vasco y del auto dictado por el Tribunal Supremo, son los siguientes:

- i) En junio de 2019, la parte actora —una empresa comercializadora de material de construcción radicada en Álava— le notificó a uno de sus trabajadores una carta de despido tras verificar su conducta infractora a través de cámaras ubicadas en lugares visibles instaladas por la recurrente. Disconforme con dicha actuación, el empleado decide impugnar esta decisión; en la instancia, el órgano judicial descartó la vulneración de algún derecho fundamental del empleado al estar ubicadas las cámaras de seguridad a la vista y, también, que la documental probatoria aportada por la empresa hubiese sido obtenida de forma ilícita.
- ii) Tras ver desestimadas sus pretensiones, la parte demandada interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En esta ocasión, la Sala dio la razón al trabajador y declaró la improcedencia de su despido al considerar que esta actuación estuvo acreditada inicialmente por una prueba ilícita (TSJ-PV 1211/2020, de 6 de octubre).
- iii) En septiembre de 2021, la empresa interpone ante el TS un recurso de casación para la unificación de doctrina; esta vez, la Sala inadmite mediante Auto dicho recurso y motiva su resolución tanto en la falta de concurrencia de los hechos (acaecidos en 2016) de la Sentencia de contraste (resolución de enero de 2017) aportada por la actora como

en el dispar contexto normativo (hechos que suceden en 2019, tras la reforma de la Ley de Protección de Datos operada por el legislador en 2018).

Éste es, en esencia, el presupuesto fáctico que antecede al recurso de amparo (rec. 7211/2021) interpuesto por la actora ante el TC.

En lo que a la fundamentación jurídica respecta, cabe señalar que, en la instancia, el órgano juzgador se apoya en jurisprudencia consolidada anterior (en concreto, SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, y 29/2013, de 11 de febrero) para descartar una vulneración de algún derecho fundamental, así como que las imágenes de las grabaciones audiovisuales aportadas por la demandada hubiesen sido obtenidas de manera ilícita.

Por su parte, el TSJ tiene en cuenta el denominado «test Barbuлесcu» (que se comentará más adelante); la STEDH de 17 de octubre de 2019, asunto López Ribalda y otros c. España; y los arts. 18 CE 20 bis de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y 87 y 89 de la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, para argumentar que la empresa efectúa una revisión de las grabaciones en las que se halla un ilícito. Para la Sala, ésta constituye una omisión del deber de informar a los trabajadores sobre la posible utilización de grabaciones audiovisuales para fines disciplinarios que vulnera los derechos fundamentales que competen a la empresa frente a sus trabajadores.

Por su parte, en casación, para el TS en este caso es relevante realizar una exégesis de los preceptos 22.4 y 89 de la LO 3/2018, por cuanto los contextos normativos previos y posteriores son distintos. En este sentido, para la Sala «se produce un hallazgo casual de un ilícito ante la revisión de las grabaciones tras las sospechas generadas por otros actos del trabajador. Esto es, se acude a las grabaciones ante sospechas previas y se descubren los actos ilícitos que llevan al despido. Del mismo modo, en el caso de autos consta un previo despido tras la revisión de las cámaras de seguridad con notable incidencia en la razón de decidir».

Así, «a tenor del artículo 89 Ley Orgánica 3/2018, que permite la utilización de las grabaciones de las cámaras de seguridad con el dispositivo previsto en el artículo 22.4 de dicha Ley que desvelen la comisión flagrante de un acto ilícito, las distintas conclusiones de las respectivas sentencias sobre la licitud del proceder empresarial se deben a la interpretación de normas distintas».

Ya en amparo, dos son los argumentos que la recurrente identifica. De un lado, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, sin indefensión. El recurrente considera que la inadmisión indebida de la prueba de grabación de imágenes ha determinado, a su vez, la falta de eficacia de la prueba testifical del gerente de la empresa, cuando declaró que el trabajador había reconocido los hechos en su presencia. Se trata de un hecho admitido por las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, sin embargo, al no ser valorado en la sentencia impugnada, le coloca en una situación de indefensión.

De otro, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por la indebida declaración de ilicitud de una prueba de grabación de imágenes procedentes de una cámara de seguridad, como elemento determinante para la acreditación de una causa de despido.

Del mismo modo, dos son las cuestiones que el TC examina en el recurso: aspectos jurídico-procesales y jurídico-sustantivos. Una vez resuelta la cuestión procesal, esto es, examinada la concurrencia de los presupuestos que justifican en su caso la especial trascendencia constitucional, la Sala realiza una ponderación de los derechos fundamentales eventualmente afectados, tras aquilatar su delimitación y alcance.

La ratio decidendi del Máximo Garante de la CE pivota sobre la posible afectación de la utilización para uso disciplinario de las imágenes de cámaras de seguridad de una empresa en dos derechos fundamentales. De un lado, el derecho a la intimidad. De otro, el derecho a la protección de datos. Y ambos, en el marco de las relaciones laborales.

La Sala estima el amparo de la recurrente y descarta que se haya producido una vulneración en alguno de los derechos fundamentales señalados; a tal efecto, en lo que al derecho a la intimidad respecta, el TC trae a colación SSTEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (asunto *Barbulescu c. Rumanía*); y de 17 de octubre de 2019 (asunto *López Ribalda y otros c. España*), en los que se recogen los criterios generales que habrán de ser ponderados por los Estados. En concreto:

- (i) Si se ha notificado al empleado la posibilidad de que el empresario adopte medidas para supervisar la correspondencia y otras comunicaciones, y la implementación de esas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de diversas maneras en función de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, el Tribunal considera que para que las medidas se consideren compatibles con los requisitos del artículo 8 del Convenio, la notificación debería normalmente ser clara sobre la naturaleza de la supervisión y darse con antelación;
- (ii) El alcance de la supervisión por parte del empresario y el grado de intrusión en la intimidad del empleado. A este respecto, debe distinguirse entre la monitorización del flujo de comunicaciones y de su contenido. También debe tenerse en cuenta si se han monitorizado todas las comunicaciones o solo parte de ellas, así como la cuestión de si la monitorización fue limitada en el tiempo y el número de personas que tuvieron acceso a los resultados [...]. Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la monitorización;
- (iii) Si el empresario ha proporcionado razones legítimas para justificar la monitorización de las comunicaciones y el acceso a su contenido real [...]. Dado que la monitorización del contenido de las comunicaciones es, por naturaleza, un método claramente más invasivo, requiere una justificación más ponderada;
- (iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de supervisión basado en métodos y medidas menos intrusivos, que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado. A este respecto, debería evaluarse, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario podría haberse logrado

sin haber accedido directamente al contenido completo de las comunicaciones del empleado;

- (v) Las consecuencias del control para el empleado sometido a él [...]; y la utilización por el empresario de los resultados de la operación de monitorización, en particular si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida [...];
- (vi) Si se habían proporcionado al empleado las garantías adecuadas, especialmente cuando las operaciones de supervisión del empresario eran de carácter intrusivo. Esas garantías deben garantizar, en particular, que el empresario no pueda acceder al contenido real de las comunicaciones en cuestión a menos que el empleado haya sido notificado con antelación de esa eventualidad.

En definitiva, el órgano jurisdiccional europeo establece una serie de parámetros ponderativos —conocidos como «test Barbulescu»— que han de ser valorados por los tribunales. Y estos criterios han de ponerse en relación con el cambio normativo llevado a cabo en esta materia por la Ley de protección de datos de 2018, por cuanto esta nueva regulación ha supuesto un cambio de paradigma normativo, superando el sistema de registros o ficheros, para inspirarse en el principio de proactividad de los responsables del tratamiento de datos, lo que supone la obligación de aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, acordes con la naturaleza, ámbito y fines del tratamiento, para garantizar y acreditar el cumplimiento de la normativa vigente en protección de los derechos de sus titulares.

Por todo lo anterior, no puede predicarse de la sentencia comentada que, técnicamente, estemos ante un *overruling*, pues ello requiere dos resoluciones emitidas por un mismo órgano jurisdiccional en un sentido análogo, pero sí puede decirse, como se ha apuntado anteriormente, que este fallo implica un giro jurisprudencial.

A ello hay que sumar el elevado número de magistrados que se adhieren al voto particular de la resolución analizada, que rubrican Juan Antonio XIOL RÍOS, Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, Ramón SÁEZ VALCÁRCEL e Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS.

Los citados magistrados se muestran disconformes tanto con el visto bueno del Pleno a la cuestión procesal de la trascendencia constitucional como a la argumentación sostenida relativa a los aspectos sustantivos; en particular, se apartan del sentido del fallo al considerar que el recurso de amparo no es un cauce idóneo para corregir los posibles errores en la aplicación del ordenamiento, so pena de desvirtuar su naturaleza.

Cabe recordar que los derechos a la intimidad y a la protección de datos se han concitado en escenarios normativos distintos marcados por las sucesivas reformas operadas tanto por el legislador español como por el europeo, en 1999 y en 2018, que los han ido delimitando, y cuyo alcance ha ido burilando el cincel del TC.

Por ejemplo, en la STC 292/2000, en la que es ponente el eminente constitucionalista CRUZ VILLALÓN, se establece que la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación tienen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad. Se trata de una resolución de capital importancia,

pues se entroniza a partir de entonces la protección de datos como un derecho autónomo y con sustantividad propia (18.4 CE), escindido de la intimidad (hasta este fallo, la protección de datos se formulaba en el artículo 18.1 CE).

A mayor abundamiento, la STC 29/2013 deja claro que está fuera de toda duda que las imágenes grabadas en un soporte físico constituyen un dato de carácter personal que queda integrado en la cobertura del [art. 18.4 CE](#), ya que el derecho fundamental amplía la garantía constitucional a todos aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona.

En este contexto, la resolución analizada abre paso en firme a la posibilidad de revisión del estándar de protección de datos personales en el ámbito de las relaciones laborales.

Tal vez, en línea con el criterio de los magistrados disidentes, el recurso de amparo no haya sido el vehículo idóneo para ahormar la cintura de los derechos ponderados en este concreto caso (la objetivación del amparo que realizó el legislador ordinario en 2007 pretendía el concreto efecto de no desvirtuar la naturaleza de la actividad principal del TC), pero los derechos a la intimidad y a la protección de datos están alambrados de contingencia y, ante la innegable fuerza intrínseca de las posibilidades que introduce la tecnología, la labor hermenéutica del órgano jurisdiccional es clave.

Laura CABALLERO TRENADO

Doctora acreditada por la ANECA y abogada (ICAM)

Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

lcaballero@der.uned.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 130/2022, de 24 de octubre

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES

Antecedentes. La resolución analizada versa sobre la inconformidad por parte de don Mourad respecto a la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, ello en virtud de que las resoluciones judiciales impugnadas dificultan la materialización de dicho derecho, al impedir la efectiva impugnación del decreto emitido por parte de la Fiscalía de menores respecto a la determinación de la minoría de edad.

Lo más relevante de este caso tiene que ver con los derechos que deberían ser garantizados y reforzados en virtud de que se trata de un menor de edad en situación de desprotección, que, aunado a ello, forma parte de un segundo grupo vulnerable, que es de las personas en movilidad.

Esta circunstancia marca de forma trascendental la impugnación de las consecutivas resoluciones respecto al decreto emitido, ello en atención a la prioridad e importancia que conlleva generar mecanismos de protección por parte de las administraciones de menores, pues se encuentra reconocida y desarrollada la especial protección a grupos prioritarios, tales como menores de edad y personas en situación de migración, tanto en la normativa y jurisprudencia interna como en la comunitaria.

Antecedentes. La resolución acaecida al recurso de amparo número 2744-2019 se remonta a hechos acontecidos durante el año 2017, cuando don Mourad Maha se presentó de forma voluntaria ante los mossos d'Esquadra informando que era menor de edad y que no contaba con figuras representativas protectoras ni redes de apoyo, ante lo cual, el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia dictó resolución de desamparo, asumiendo de este modo funciones tutelares en fecha 17 de agosto del año 2017.

En fecha 13 de julio del año 2017 se designa a doña María Jesús Fernández Salagre como su representante.

Así mismo, se determinó a través del decreto emitido por la fiscalía de menores, que la fecha de nacimiento de don Mourad Maha era el 13 de junio de 2000.

Un año después, en julio de 2018, la representación del entonces menor de edad promueve ante el Juzgado de Primera Instancia escrito en el que informa que le ha sido notificada la resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia y el acuerdo de cierre del expediente de desamparo por considerarlo mayor de edad; con base en ello, se presenta oposición al acuerdo emitido por la Dirección con base en el artículo 780 de la LEC, de igual forma, se presenta disconformidad contra el decreto de la minoría de edad alegando que puede resultar perjudicial para el menor de edad que se haya determinado la fecha de 13 de junio de 2000 como fecha de nacimiento, pues ello pondría en una situación de desigualdad y vulneración por parte de la autoridad administrativa a don Mourad Maha.

De la oposición presentada, recaen sendos acuerdos por parte del Juzgado de Primera Instancia en el mismo día —lo cual será un elemento importante para el ulterior análisis de fondo—: el primero dando trámite al escrito de presentación de demanda sobre oposición a la resolución administrativa y el segundo, el acuerdo a no admitir a trámite a la demanda por exceder las facultades competenciales del Juzgado de Primera Instancia. Ante ello, la representación de don Mourad presenta escrito dirigido al mismo juzgado reconociendo un error en el fondo de la demanda, pues su inconformidad no es sobre la notificación de cierre del expediente administrativo de desamparo, sino sobre la impugnación del decreto emitido por la Fiscalía de menores de Barcelona, al determinar fecha de nacimiento, pues ello vulnera el principio de favor minoris con las respectivas consecuencias jurídicas y procesales que le impiden tener acceso a la protección especial de la que son objeto los menores, así como a la obligatoriedad del Estado a reforzar medidas de protección en caso de situaciones de especial protección, más aún, que el menor de edad al que se hace referencia es migrante desprotegido.

Posterior a la presentación del escrito, el Juzgado ordena unir los autos, tanto el que acuerda haber recibido escrito de demanda sobre oposición y el acuerdo de no admisión a trámite, desechando la demanda y archivando el procedimiento.

Posteriormente, en julio de 2018 la representación de don Mourad Maha presenta recurso de apelación contra el auto emitido por el Juzgado de Primera Instancia alegando que no presentó demanda, sino escrito iniciador de la misma, que, de haberse dado trámite, habrían iniciado una serie de momentos procesales que pondrían en análisis las vulneraciones a que se había expuesto al menor de edad y que, si bien no existe procedimiento expreso contra el decreto de determinación de la edad, sí que es posible acceder a la justicia y a una resolución a través de lo establecido en el artículo 780 de la LEC. Ante ello y luego de la presentación de evidencias por ambas partes involucradas en la sentencia, se desestima el recurso de apelación, dejando en vulneración el derecho a la tutela judicial efectiva pues se dictó el desechamiento en virtud que considera la Audiencia Provincial que «un eventual retorno del expediente al juzgado para oponerse a las resoluciones carece de sentido, al haberse adoptado en su día por la administración medidas de protección que el apelante pretende». Como puede desprenderse de lo expuesto, no se entró al tema de fondo que implica analizar el decreto de minoría de edad, pues este hecho marca por sí la necesidad de generar mecanismos reforzados de protección, lo que violenta el acceso a la justicia; valga decir, que, de los argumentos esgrimidos por la Dirección, se informó que el entonces menor de edad no se encontraba ya en el centro y era imposible su localización, cuando, y como se menciona en el escrito de apelación: «una de las partes de las alegaciones a exponer en la demanda era precisamente haberlo alejado por la vía de hecho, sin atención como menor, expulsándolo del centro con ocasión del decreto sin dictar o notificar resolución administrativa que permitiera impugnar el decreto de la fiscalía», ello en atención a su supuesta mayoría de edad, la cual se desprendía precisamente del decreto impugnado.

Por lo anterior, se presenta demanda de amparo solicitando que sea declarada la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24 de la CE, pues la inadmisión del escrito iniciador del procedimiento de oposición con base en el art. 780 LEC impidió al demandante en amparo acceder a la jurisdicción.

En enero de 2022 la Sala Primera admitió a trámite el recurso de amparo «por apreciar que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina en este tribunal».

Análisis normativo y jurisprudencial. Como se desprende del análisis de la sentencia comentada, es imprescindible analizar las cuestiones de fondo que se alegan por el varias veces promovente, las cuales se destacan en tres situaciones particularmente: a) que la inadmisión del escrito de oposición fuera desechado y los consecutivos intentos a través de escrito de rectificación y de apelación no hayan entrado al fondo del análisis de la litis, lo que produce la vulneración a la tutela judicial efectiva; b) que la inadmisión impide que se analice el caso desde la óptica y relevancia que implica que el promovente sea un menor de edad, que, por tal condición, tiene derecho a un sistema especial de protección, y, por último, c) que, aunado a la minoría de edad, una persona en situación de movilidad puede encontrarse en una doble necesidad de protección al pertenecer a un grupo social en vulnerabilidad.

La Convención de los Derechos del Niño, en su proemio, establece que las infancias deberán de ser consideradas titulares de derecho, ello en atención al artículo 3.º respecto al interés superior de la niñez (reconocido en el art. 39 de la CE); al párrafo 2.º del artículo 12 que establece: «... Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional particularmente», así como el artículo 19.º, que establece que, en atención a su etapa etaria, son sujetos de protección, y que dichas medidas deben comprender, según atañe, procedimientos eficaces e intervención judicial en los casos que corresponda. Debiendo remitir a las autoridades competentes los casos que así lo requieran a través de programas sociales, quienes pueden ser considerados como primeros respondientes.

De la misma forma, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en su recomendación número 12, establece que: «La oportunidad de ser representado debe estar ‘en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’». No debe interpretarse que estos términos permiten utilizar legislación de procedimiento que restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental. Por el contrario, se alienta a los Estados partes a que cumplan las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a la defensa y el derecho a acceder al expediente propio. Ahora bien, desde la perspectiva de la normativa internacional en atención a la protección de los derechos del niño, se deberá asentar la necesidad de observar la recomendación general número 6 del propio comité con respecto al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen: «Estas obligaciones jurídicas tienen carácter tanto negativo como positivo, pues obligan a los Estados no sólo a

abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también a tomar medidas que garanticen el disfrute de estos derechos sin discriminación».

Como se tiene ya conocimiento, el Estado español ha firmado y ratificado la Convención de los derechos del niño, lo cual ha generado que la normativa interna esté alineada a los principios y derechos ahí definidos, conforme al artículo 10.2 de la CE.

Ahora bien, la vulneración a la tutela judicial efectiva debe atenderse en el caso concreto, a partir del análisis de si sus resoluciones son basadas en una interpretación excesivamente formal que impida aquella. En otras palabras, si bien no existe un procedimiento directo de impugnación a un decreto de minoría de edad, es posible entender que la trascendencia de dicho decreto determina una serie de acciones positivas —a las que se encuentra obligado el Estado— en atención a la protección de un menor de edad, y que, en caso de no analizar el fondo de la petición, vulnera no sólo el derecho al acceso a la justicia, sino al principio de igualdad, y en el caso de un menor de edad, al derecho a garantizar medidas reforzadas de protección.

Para determinar que una resolución jurisdiccional vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, no basta, por sí mismo, que se impida el acceso a la justicia a través de ese medio, sino que se compruebe que la resolución sea «arbitraria, manifiestamente irrazonable... que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines perseguidos y los intereses que se sacrifican». Ante ello, es importante precisar lo que ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso «Instituto de reeducación del menor» Vs Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C n.º 112) respecto al derecho a la protección judicial de los niños, que ha expuesto que, si bien «los derechos procesales y sus correlativas garantías son para todas las personas, necesario es adoptar medidas específicas con el propósito que gocen efectivamente de dichos derechos». Ello nos habla de las medidas reforzadas tratándose de menores de edad, y, más aún, que la edad, según los precedentes mencionados en la resolución, conforman un elemento inherente del derecho a la identidad de una persona.

Por lo aquí vertido, consideramos que el fallo a favor del recurrente de amparo fue emitido con la rigurosidad que implica analizar el acceso a la justicia de un menor de edad, de manera que concordamos con lo dicho por el Tribunal Constitucional, especialmente, en su entendimiento acerca de que el carácter del derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto —como la mayoría de los derechos—, por lo que puede ser configurado por la ley; empero, esa limitación está sujeta, a su vez, a la garantía de los derechos fundamentales, así como a la protección de los bienes jurídicos protegidos. En otras palabras, las formalidades no pueden ser obstáculo para que la tutela judicial efectiva no garantice los derechos, porque eso desdibujaría el contenido esencial de este derecho, haciéndolo ineficaz para alcanzar el debido proceso.

Ivette Fátima MECOTT RIVERA
Universidad Autónoma de Nuevo León, México
ivette_mecott@hotmail.com

Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2022, de 24 de octubre

Para el Tribunal Constitucional (en adelante TC), el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho inherente de todas las personas a tener acceso a un sistema de justicia y a adquirir de las resoluciones de los tribunales su motivación y facultades que legalmente tienen reconocidas no permitiendo la indefensión de las partes en asuntos judiciales. El presente análisis que nos ocupa es una cuestión trascendental por el contenido de la sentencia que podría suponer una vulneración a este principio de tutela judicial efectiva por parte de los tribunales.

El recurso de amparo se presenta por Manuel Miguel Almozar Losada y como partes personadas a Pablo Almazor Losada y a Virginia Almazor Losada — todos ellos miembros de la sociedad mercantil Mayorista Mariscos Gallegos, S. L. —, a los que les habían impuesto las sanciones como autores responsables de un delito continuado de estafa, agravado por notable cantidad de lo defraudado, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena para cada uno de ellos de tres años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de nueve meses a razón de una cuota diaria de tres euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Enfrentaba el TC en efecto una resolución compleja, especialmente si se tenían en cuenta los hechos probados de la sentencia en razón de que los tres sentenciados, que ostentan cargos de administrador y apoderados, emitieron para su pago decenas de pagarés que resultaron todos fallidos a consecuencia de la insolvencia manifiesta de la sociedad, situación en que se encontraba desde antes de realizar las compras; de esta manera los acusados actuaron de forma dolosa pues sabían de la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones fiscales. Se pudo comprobar que la entidad que ellos representaban — Mariscos Gallegos — dejó de realizar los pagos al Registro Mercantil de Madrid, originando un ficticio capital social, adquiriendo otras empresas del mismo ramo, todas ellas impagadas, dice la sentencia, desaparece «Mayorista de Mariscos Gallegos, S. L.» sin dejar rastros.

Desde el punto de vista metajurídico, la criminalidad propia de este género de delitos se enmarca dentro de lo que doctrinalmente se ha querido denominar delincuencia económica o delincuencia de cuello blanco, denominación acuñada en 1939 por SHUTERLAND en su discurso presidencial ante la Sociedad Americana de Sociología. Esta delincuencia se enmarca en tres características esenciales: la comisión de un delito, el alto nivel social de la clase a la que pertenece el autor y la relación entre la infracción y la actividad profesional. En el desarrollo de la sentencia de los hechos probados podemos advertir lo que ya se había señalado por BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGGESE, la denominación de delincuencia profesional, u occupational crime, se relaciona

con los tres autores, que se destacan por sus actividades empresariales; el vínculo entre las infracciones detalladas en la sentencia y la actividad profesional, en este caso empresarial, con independencia de la clase social a la que pertenecieran los acusados.

Sobre la sentencia recaída a los acusados se promovió un recurso de casación en el que se acordó rebajar la pena individualizada a un año y nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, con la condición de requerir a los penados M.^a Virginia Almazor Losada, Pablo Miguel Almazor Losada y Manuel Miguel Almazor Losada para que abonen la indemnización a que han sido condenados, bajo apercibimiento de proceder a la vía de apremio en caso de impago, lo que ponía contra las cuerdas a los tres condenados que se vieron beneficiados por el recurso de casación. La resolución fue benevolente con los acusados. Aprovechando la circunstancia, Manuel Miguel Almazor Losada solicitó que se ejecutara la suspensión de la ejecución de la pena toda vez que invocaban los arts. 80.2.2. y 80.3 del Código Penal, además de efectuar una serie de pagos que se presentaron en el momento de la comparecencia que, además, tienen como aval a su mujer, que es médico, con capacidad económica para hacer frente a los pagos requeridos —para el caso de que avenga a mejor fortuna, asume el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica— y apelar, con todos estos beneficios, a cumplir con el fin de la pena.

La sección de ejecución desestimó la solicitud de suspensión —en la que se había contado con el apoyo del Ministerio Fiscal— de forma cautelar, argumentando falta de probidad y compromiso serio para hacer frente a las obligaciones mercantiles de la sociedad, toda vez que era insuficiente la cantidad con la que argumentaban la solidez del pago mensual de 500 euros. No obstante, uno de los recurrentes (Manuel Miguel Almazor Losada) ofrece una serie de posibles soluciones con la argumentación de responder civilmente frente a los requerimientos de la sección, considerando que la Sala realice una investigación patrimonial para que los acusados puedan ser beneficiados. Se intentó de distintas maneras poder aspirar al beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena. A exención del pago se ofrece como garantía una vivienda, no en venta, pues se perdería un patrimonio familiar que va en contra del espíritu para mantener una familia unida, de otra manera se castigaría a sus familiares más cercanos; entre otras propuestas que parecían viables se ofreció que la esposa de Manuel Miguel Almazor Losada podría solicitar un préstamo de 100 000 euros a un banco para trasladar la hipoteca de la vivienda. Por último, los recurrentes invocaron el artículo 17.1 de la Constitución española y el art. 1 del Protocolo adicional núm. 4 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH). Incluso el art. 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) prevé la posibilidad de interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo frente a una resolución dictada en violación de alguno de los derechos del CEDH. «Respetuosamente hacemos valer que la Sala debe integrar la interpretación constitucional y ajustada al Convenio en la resolución que dicte para resolver este recurso de súplica».

La sección de ejecución argumentó en sentido negativo la solicitud propuesta por los recurrentes, destacando el poco compromiso del penado para satisfacer razonablemente el pago mensual requerido, que los argumentos son escasos y se deja entrever la falta de capacidad económica.

A partir de estas consideraciones de los recurrentes y ante la negativa de la Sala, el asunto llegó al terreno del derecho penal económico, indicando que en este no se da respuesta a la alegación de «la inconstitucionalidad de la prisión por deudas con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 bis» de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la STC 230/1991, de 10 de diciembre, así como que debía aplicarse el Código Penal en su redacción más beneficiosa.

De esta manera, el recurso de amparo plantea quejas constitucionales que lesionan los intereses del acusado en el sentido de la violación de las garantías del proceso penal del art. 24.2. de la Constitución por no existir en el artículo 80.2.3 del código penal recurso alguno ante tribunal superior, lesión por las resoluciones impugnadas del Derecho Fundamental a la libertad personal art. 17 Constitucional, infracción al art. 24.1 sobre la motivación para las decisiones de suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, inconstitucionalidad del art. 80 del Código Penal en relación al art. 1 del protocolo 4 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1960, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y el artículo 10.2 de la Constitución en relación a la prisión por deudas.

Con respecto a todo lo argumentado por las partes, y sin que nos dejemos contagiar por un excesivo optimismo, se puede afirmar que hoy ya es difícil negar los avances más recientes desde la comunidad internacional en la construcción de mecanismos eficaces de defensa de garantías fundamentales a nivel mundial, por ello el fallo que emite el TC para no admitir los motivos de la demanda, desestimar el motivo de la demanda en relación a la inconstitucionalidad del art. 80.2.3 del Código Penal, estimar el motivo de la demanda por falta de motivación reforzada de las resoluciones impugnadas. Se declara vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a la libertad individual (art. 17 CE).

En fin, el panorama en el cual se vislumbra el germen de un verdadero constitucionalismo con la idea de un Estado democrático de derecho conlleva indispensablemente la apertura de los derechos de los condenados para seguir resguardando los principios constitucionales de tutela judicial efectiva.

Dr. Rogelio BARBA ÁLVAREZ
Profesor de la Universidad de Guadalajara
México
rogelio.barba@academicos.udg.mx

Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de la Audiencia Provincial (Sección 4) de A Coruña, de 9 de febrero de 2023

UN CASO PRÁCTICO DE CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD. PERSPECTIVA DE GÉNERO

El 9 de febrero de 2023 la Sección n.º 4 de la Audiencia Provincial de A Coruña dictaba el auto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante las dudas de constitucionalidad suscitadas de la dicción literal del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante) en su aplicación al caso de autos, al resultar dicho precepto insuficiente para garantizar la efectividad del derecho reconocido a uno de los cónyuges en una sentencia de separación o divorcio a percibir del otro una pensión compensatoria por desequilibrio económico (artículo 97 CC). La duda de constitucionalidad suscitada en el conocimiento del caso concreto se podría sintetizar en la compatibilidad del artículo 607 LEC (antes mentado) con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), en conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE).

Conviene significar, antes de proceder a analizar los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de A Coruña en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la finalidad de dicho mecanismo (instrumento) de control jurisdiccional de constitucionalidad previsto en el modelo español de Justicia Constitucional. Un modelo (concentrado) que tiene sus orígenes en las doctrinas kelsianas a través de las cuales se ve la necesidad de crear un órgano ad hoc encargado de llevar a cabo el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre los actos, decisiones, resoluciones, etc., del resto de poderes del Estado (poderes constituidos) y, especialmente, sobre la actividad del Poder Legislativo. Un modelo que trata de garantizar la supremacía constitucional, su carácter normativo y su vinculación directa a todos los poderes del Estado. De ahí la relevancia de los controles de constitucionalidad sobre las disposiciones normativas con fuerza de ley como controles abstractos de adecuación de las normas al marco constitucional.

Sentado lo anterior, la relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad estriba en que, frente al recurso de inconstitucionalidad cuya legitimidad para su interposición la ostentan el Ejecutivo, 50 diputados/as, 50 senadores/as, Defensor del Pueblo, así como los ejecutivos y órganos autonómicos de las comunidades autónomas, en la cuestión de inconstitucionalidad son los tribunales y/o jueces/zas ordinarios en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (dimensión práctica del Derecho), ante la duda de constitucionalidad de la norma a aplicar para resolver un caso concreto y de cuya validez dependa el fallo, los únicos legitimados para plantear (e instar) ante el Tribunal Constitucional este control abstracto de constitucionalidad. Obsta señalar que el hecho de incidir en los sujetos legitimados para plantear dudas de constitucionalidad

no es anodino, toda vez que se observa que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es otra que impedir la aplicación de normas inconstitucionales, esto es, de normas que no se acomoden al marco constitucional. Por tanto, se está ante un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico instado por uno de los poderes constituidos (Poder Judicial) en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, a través del cual el Tribunal Constitucional llevará a cabo un doble juicio: (a) juicio de constitucionalidad y (b) juicio de relevancia.

Centrando el análisis en el auto de planteamiento de la Audiencia Provincial de A Coruña de 9 de febrero de 2023, el juicio de constitucional que incorpora es obvio desde el momento en que analiza el precepto cuestionado de constitucionalidad (artículo 607 LEC) en su aplicación al caso concreto desde una clara dimensión de género. Esto es, implementa en el juicio de constitucionalidad la perspectiva de género como metodología jurídica a los efectos de determinar las consecuencias jurídicas indeseadas y no acordes con el mandato constitucional de igualdad (artículos 9.2 y 14 CE) ni con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), la dicción literal del precepto mentado. Pero, es más, junto al juicio de constitucionalidad el auto de planteamiento incorpora el juicio de relevancia, concretándose el mismo en la profundización de la distinta naturaleza jurídica de la pensión de alimentos en contraste con la pensión compensatoria que se erige en justificación normativa (y/o legal) para inaplicar el artículo 608 LEC en el despacho de ejecución instado ante el Juzgado de Familia del que trae causa el recurso de apelación del que conoce la Audiencia Provincial, y que esta deja en suspenso al instar la cuestión de inconstitucionalidad.

Llegados a este punto, conviene focalizar las siguientes líneas en los razonamientos jurídicos de la Audiencia Provincial de A Coruña que sustentan el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, a saber:

- (1) El auto comienza significando los antecedentes más relevantes del caso concreto. En este sentido, significa que el recurso de apelación objeto del recurso deviene de un proceso de ejecución de títulos judiciales del Juzgado de Familia en el seno del cual se acordó dirigir un oficio al INSS para proceder al embargo de la pensión de jubilación del obligado al pago de la pensión compensatoria a efectos de garantizar el derecho de la ejecutante en el proceso de instancia.
- (2) Contra la providencia de embargo del Juzgado de Familia, el ejecutado interpuso recurso de reposición a efectos de que se tuvieran en cuenta los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC, atendiendo a la naturaleza no alimenticia de la pensión compensatoria reconocida en sentencia a la ejecutante.
- (3) Ante la desestimación del recurso de reposición por parte del Juzgado de Familia, el ejecutado plantea recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña en donde este insiste en su planteamiento anterior, esto es, «en la necesidad de que se respeten los límites de embargabilidad del artículo 607 de la LEC por carecer la pensión compensatoria de naturaleza alimenticia, lo que hace inaplicable el artículo 608 de la LEC en que se funda la providencia del juzgado».

- (4) La Audiencia Provincial —en el análisis del caso sobre el que tiene que decidir— cuestiona la constitucionalidad de la norma aplicable al caso, esto es, del artículo 607 de la LEC. La duda de constitucionalidad se suscita al profundizar en la distinta naturaleza jurídica de la pensión compensatoria en relación con la pensión de alimentos (artículo 97 CC). En el primer caso, según una constante doctrina jurisprudencial, su finalidad es estrictamente compensatoria o reparadora del desequilibrio patrimonial generado tras la separación y/o divorcio. En el segundo caso, en lo que atañe a la pensión de alimentos, su finalidad es cubrir necesidades subsistenciales. Esta distinta naturaleza jurídica motiva que no pueda aplicarse al caso de autos el artículo 608 de la LEC.
- (5) Sin perjuicio de lo expuesto, la Audiencia Provincial cuestiona esa distinta naturaleza jurídica de las pensiones apuntando, en un análisis contextual del caso concreto desde una dimensión sensible al género, que la pensión compensatoria es en muchas ocasiones el único recurso económico de muchas mujeres que, socializadas en un modelo tradicional, optan en el seno de la relación por dedicarse a las tareas de cuidados y de la familia, impidiendo y/o dificultando su promoción profesional y/o laboral.
- (6) Desde este análisis contextual con perspectiva de género, la Audiencia Provincial, a tenor de la dicción literal de los artículos 607 y 608 de la LEC considera inaceptable que por vía de aplicación del artículo 607 de la LEC «se haga inefectivo el derecho de crédito que una sentencia ha reconocido a uno de los cónyuges valorando para ello, precisamente, la totalidad de los ingresos mensuales del otro, sin descontar, por tanto, la parte inembargable de los mismos».
- (7) Entiende la Audiencia Provincial que la limitación legal del artículo 607 LEC carece de justificación constitucional en su proyección sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del CC. Es más, significa que la pensión compensatoria es una institución que lleva de suyo el reconocimiento de una concreta situación de desigualdad entre los cónyuges generada durante la convivencia matrimonial y sirve para preservar «el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación» y, en concreto, «a la igualdad jurídica ente los cónyuges que proclama el artículo 32.1 de la CE y concreta el CC en su artículo 66».
- (8) En este punto el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tiene en cuenta las circunstancias sociológicas del origen de la pensión compensatoria, realizando un análisis contextual de la diferente forma de socialización de hombres y mujeres en el sistema sexo-género. Por tanto, rompiendo con la neutralidad socio-sexual de la dicción del precepto cuestionado. De ahí el cuestionamiento de constitucionalidad, al observarse cómo una norma legal —en su aplicación práctica— puede neutralizar la efectividad y materialidad de un derecho reconocido en sentencia (pensión compensatoria), favoreciendo dicho precepto «inicuamente a quien ha sido judicialmente condenado a compartir con el otro los beneficios de su posición tras la ruptura de la convivencia».

Con base en los puntos comentados, el auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, con base en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, cuestiona la constitucionalidad del artículo 607 de la LEC en su proyección sobre la ejecución o el aseguramiento cautelar del derecho a percibir una pensión compensatoria por desequilibrio, judicialmente reconocido en una sentencia de divorcio o separación a favor de uno de los cónyuges frente al otro. Desde el punto de vista del juicio de constitucionalidad, la Audiencia —en su planteamiento— no duda en significar que el precepto mentado resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE, en conexión con otros preceptos constitucionales como el artículo 117.3 y 118 CE), así como también resulta contrario al derecho fundamental a la igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 14 CE).

Llegados a este punto, y sin perjuicio del posterior pronunciamiento del máximo intérprete constitucional, conviene reseñar la importancia de la articulación de la presente cuestión de inconstitucional por los siguientes motivos. En primer lugar, porque se está ante un control jurisdiccional de constitucionalidad que emerge de los propios aplicadores de la norma. Por tanto, de los operadores jurídicos (jueces/zas y tribunales ordinarios) a los que compete —en primera instancia— garantizar y tutelar los derechos de las personas. En segundo lugar, porque la duda de constitucionalidad planteada trata de evitar que normas de cuya constitucionalidad se duda surtan efecto, vulnerando derechos claves de las personas que acuden a los tribunales. Y, por último, porque el auto de planteamiento —desde el punto de vista metodológico— implementa la perspectiva de género para posicionarse en el lugar de partida de los sujetos a efectos de determinar las consecuencias jurídicas de la dicción literal de preceptos articulados haciendo abstracción de la forma de socialización diferenciada derivada del sistema sexo-género. De ahí la relevancia de la contextualización sociológica que incorpora el auto en el juicio de relevancia del caso, así como del posterior juicio de constitucionalidad al poner en conexión dichas consecuencias jurídicas con dos derechos fundamentales centrales y troncales como la tutela judicial efectiva y la igualdad y no discriminación por razón de sexo en su dimensión indirecta. Se observa como el auto de planteamiento desde esta óptica de análisis trata de preservar en todas sus dimensiones un derecho de acceso a la Justicia sin sesgos de género.

Dra. María Concepción TORRES DÍAZ
Abogada y Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Alicante
concepcion.torres@ua.es

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 8 de diciembre de 2022, asunto C-694/20 [DOUE núm. 35, de 30 de enero de 2023]

DECLARADA LA ILEGALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN DE MECANISMOS TRANSFRONTERIZOS DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA A CARGO DE LOS ABOGADOS EXCEPTUADOS DE INFORMAR POR EL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL

La Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado la Sentencia de 8 de diciembre de 2022 (asunto C-694/20), en la que declara contraria al Derecho de la Unión Europea determinada obligación de comunicación entre intermediarios vinculada a la dispensa de información por secreto profesional prevista por la Directiva (UE) 2018/822, del Consejo, de 25 de mayo de 2018, que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad en relación con los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información, conocida como «DAC 6».

– Antecedentes de hecho y de derecho

El asunto C-694/20 versa sobre una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional de Bélgica).

Esta petición de decisión prejudicial tiene por objeto la validez del art. 8 bis ter, apartado 5 y 6 de la Directiva 2011/16/UE, del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad a la luz de los artículos 7 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que regulan el respeto a la vida privada y familiar y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, respectivamente.

En particular, el apartado 5 de la DAC 6 establece que los Estados miembros deberán exigir que los intermediarios que estén dispensados de la obligación de información de los mecanismos transfronterizos de planificación fiscal potencialmente agresivos por aplicación del deber de secreto profesional deberán comunicar sin demora sus obligaciones de comunicación de información a cualquier otro intermediario o, cuando no exista tal intermediario, al contribuyente interesado. Por su parte, el apartado 6 de la DCA 6, establece que, cuando el intermediario notifique al contribuyente interesado o a otro intermediario la dispensa por secreto profesional establecida en el apartado 5 anteriormente señalado, la obligación de presentar información sobre el mecanismo transfronterizo de planificación fiscal potencialmente agresivo corresponderá al otro intermediario notificado o, de no existir este, al contribuyente interesado.

La petición se ha presentado en el contexto de varios litigios entre la Orde van Vlaamse Balies (Colegio de Abogados Flamencos); la Belgian Association of Tax Lawyers, una asociación profesional de abogados, e IG, CD y JU (tres abogados particulares), por una parte, y el Vlaamse Regering (Gobierno Flamenco-Bélgica), por otra, en relación con la validez de determinadas disposiciones de la normativa flamenca de

transposición de la DAC 6 relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Los demandantes en el litigio principal se oponen, en particular, a la obligación establecida en el artículo 11.6, apartado 1, párrafo primero, punto 1.º, del Decreto de 21 de junio de 2013 (Decreto relativo a la colaboración administrativa en el ámbito de la fiscalidad que transpone la Directiva 2011/16 en la región de Flandes, Bélgica), introducido en dicho decreto por el artículo 14 del Decreto de 26 de junio de 2020 que transpone la Directiva 2018/822 y que obliga al abogado que actúa como intermediario, cuando está sujeto al secreto profesional, a informar mediante escrito motivado a los demás intermediarios interesados de que no puede cumplir su obligación de comunicación de información. Según los demandantes es imposible cumplir esta obligación de información sin violar el secreto profesional al que se hallan sujetos los abogados. Añaden que dicha obligación de información no es necesaria para garantizar que se comunique información sobre los mecanismos transfronterizos, puesto que el cliente, asistido o no por el abogado, puede informar por sí mismo a los demás intermediarios y solicitarles que cumplan su obligación de comunicación de información.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la información que los abogados deben transmitir a la autoridad competente en relación con sus clientes está protegida por el secreto profesional si esta información se refiere a actividades propias de sus funciones específicas de defensa o de representación ante los tribunales y de asesoramiento jurídico. Observa que el mero hecho de recurrir a un abogado está amparado por el secreto profesional y que, a fortiori, lo mismo ocurre con la identidad del cliente de un abogado. La información protegida por el secreto profesional frente a las autoridades públicas lo es también frente a otros agentes, como son otros intermediarios.

– Fundamento jurídico

El art. 7 de la Carta, que reconoce a toda persona el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones, corresponde al art. 8, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH), mientras que el art. 47, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, se corresponde con el art. 6, apartado 1, del CEDH. De conformidad con el art. 52, apartado 3, de la Carta, que tiene por objeto garantizar la coherencia necesaria entre los derechos contenidos en ella y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin menoscabar la autonomía del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta, en la interpretación que lleve a cabo de los derechos garantizados por los arts. 7 y 47 de la Carta, los derechos correspondientes garantizados por el art. 8, apartado 1, y por el art. 6, apartado 1, del CEDH, tal como han sido interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como nivel mínimo de protección.

En lo que concierne a la validez del art. 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16 modificada a la luz del art. 7 de la Carta, de la jurisprudencia del TEDH resulta que el art. 8, apartado 1, del CEDH protege la confidencialidad de toda la correspondencia entre particulares y ofrece una protección reforzada en el caso de los intercambios entre abogados y sus clientes.

Al igual que esta disposición, cuya protección abarca no solo la actividad de defensa, sino también el asesoramiento jurídico, el art. 7 de la Carta garantiza necesariamente el secreto de ese asesoramiento, tanto en lo que respecta a su contenido como a su existencia. En efecto, como ha señalado el TEDH, quienes consultan a un abogado pueden esperar razonablemente que sus comunicaciones permanezcan privadas y confidenciales. Por lo tanto, salvo en situaciones excepcionales, estas personas deben poder confiar legítimamente en que su abogado no divulgará a nadie, sin su consentimiento, que han recurrido a sus servicios.

La protección específica que el art. 7 de la Carta y el art. 8, apartado 1, del CEDH conceden al secreto profesional de los abogados, que se traduce ante todo en obligaciones a cargo de estos, se justifica por el hecho de que se les encomienda un cometido fundamental en una sociedad democrática, a saber, la defensa de los justiciables. Esta misión fundamental implica, por una parte, la exigencia, cuya importancia se reconoce en todos los Estados miembros, de que todo justiciable debe poder dirigirse con entera libertad a su abogado, profesión a la que es propia la función de asesorar jurídicamente, con independencia, a todos aquellos que lo soliciten y, por otra parte, la exigencia, correlativa, de lealtad del abogado hacia su cliente.

Pues bien, la obligación que establece el art. 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16 modificado para el abogado intermediario cuando este, debido al secreto profesional al que está sujeto por el Derecho nacional, esté exento de la obligación de comunicar información prevista en el apartado 1 de dicho art. 8 bis ter, de notificar sin demora sus obligaciones de comunicación de información en virtud del apartado 6 de dicho art. 8 bis ter a los demás intermediarios que no son clientes, implica necesariamente que esos otros intermediarios adquirirán conocimiento de la identidad del abogado intermediario que lleva a cabo la notificación, de su apreciación de que el mecanismo en cuestión está sujeto a comunicación de información y de que ha sido consultado a este respecto.

En estas circunstancias y en la medida en que esos otros intermediarios no tienen necesariamente conocimiento de la identidad del abogado intermediario y del hecho de que este ha sido consultado acerca del mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información, la obligación de notificación establecida en el art. 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16 modificada supone una injerencia en el derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, garantizado por el art. 7 de la Carta.

Además, debe observarse que esta obligación de notificación implica, indirectamente, otra injerencia en ese mismo derecho, que resulta de la divulgación a la Administración tributaria, por los terceros intermediarios que han recibido la notificación, de la identidad del abogado intermediario y de su consulta. Es decir, los terceros intermediarios que hayan recibido la notificación, informados así de la identidad del abogado intermediario y de su consulta en relación con el mecanismo transfronterizo sujeto a comunicación de información sin estar ellos mismos sujetos al secreto profesional, deberán informar a las autoridades competentes a que se refiere el art. 3, apartado 1, de dicha directiva no solo de la existencia de ese mecanismo transfronterizo de

planificación fiscal agresiva y de la identidad del contribuyente o contribuyentes interesados, sino también de la identidad del abogado intermediario y de su consulta.

Por lo que se refiere al respeto del contenido esencial del derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, garantizado en el art. 7 de la Carta, señala el TJUE que la obligación de notificación, establecida en el art. 8 bis ter, apartado 5, de la Directiva 2011/16 modificada solo implica de manera limitada el levantamiento, respecto de un tercero intermediario y de la Administración tributaria, de la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado intermediario y su cliente. En particular, esta disposición no obliga, ni tan siquiera autoriza, al abogado intermediario a compartir, sin el consentimiento de su cliente, información relativa al contenido de esas comunicaciones con otros intermediarios y, por lo tanto, estos no podrán transmitir tal información a la Administración tributaria.

En cuanto a la posible justificación de la citada injerencia por razones de interés general, el TJUE considera que, si bien la lucha contra la planificación fiscal agresiva y la prevención del riesgo de elusión y evasión fiscales son razones de interés general que pueden amparar dicha injerencia, no puede considerarse estrictamente necesaria para alcanzar dichos objetivos, porque la obligación de comunicación de información que incumbe a los demás intermediarios no sometidos al secreto profesional y, a falta de tales intermediarios, la que incumbe al contribuyente interesado, garantizan, en principio, que la Administración tributaria sea informada de los mecanismos transfronterizos sujetos a comunicación de información.

– Fallo del Tribunal

El TJUE acoge los argumentos de los demandantes y, otorgando prioridad al Derecho primario (la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) sobre el Derecho derivado (DAC 6), establece que la obligación de comunicación a otros intermediarios impuesta por el art. 8 bis ter.5 de la DAC 6 supone una injerencia en el derecho al respeto de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes, garantizado por el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El TJUE concluye que el art. 8 bis ter. 5 de la DAC 6 es inválido a la luz del art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la medida en que su aplicación por los Estados miembros tiene como consecuencia imponer al abogado dispensado de la obligación de información por el deber de secreto profesional la obligación de notificar sin demora sus obligaciones de comunicación de información a cualquier otro intermediario que no sea su cliente.

Nora Libertad RODRÍGUEZ PEÑA
Investigadora Postdoctoral Margarita Salas
Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Salamanca
nrodriguezp@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) 536/2022, de 5 de julio de 2022

DERECHO DE REPRESENTACIÓN DEL SOCIO EN LA JUNTA DE LAS SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

1. ANTECEDENTES DE HECHO

D. Eduardo y D. Estanislao son socios de dos compañías mercantiles de responsabilidad limitada, Eme Compañía de Seguridad e Ingeniería y Mantenimiento, S. L. (en lo sucesivo, Eme), y Mantrol Servicios, S. L. (en adelante Mantrol). Mientras los estatutos de Eme no incorporan pacto alguno en sus estatutos sobre el derecho de representación del socio, los de Mantrol se limitan a reproducir, en su art. 14, el contenido del art. 183 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), y prevé después: «También podrá hacerse representar por cualquier otra persona, siempre que la representación conste en documento público y sea conferida con carácter especial para cada junta». Las dos compañías mencionadas celebraron sendas juntas de socios a las que acudieron D. Eduardo y D. Estanislao mediante tercero (habitual de ocasiones anteriores) no incluido en el art. 183 LSC, habilitado por documento privado; como resultado, los presidentes de las dos juntas denegaron la asistencia y el voto de los representantes.

Como consecuencia de lo expuesto, D. Eduardo y D. Estanislao demandaron a las entidades Eme y Mantrol ante el Juzgado de lo Mercantil, solicitando la nulidad de las juntas, celebradas el 28 de febrero de 2013, y de todos los acuerdos adoptados en las mismas (entre ellos, la aprobación de cuentas, de la gestión social y de la aplicación del resultado del ejercicio 2011). Por lo que aquí interesa, procede indicar que el juzgado estimó parcialmente la demanda, aunque no en lo relativo a la vulneración del derecho de asistencia de los demandantes, al considerar, conforme al art. 183 LSC, que la representación sólo podía otorgarse en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente, de otro socio o de persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional; lo que no fue el caso, al haberse otorgado en documento privado en favor de una persona no incluida en el art. 183.1 LSC, aunque fuera especial para las juntas objeto de autos.

Las sociedades demandadas recurrieron en apelación la sentencia de primera instancia y los demandantes se opusieron al recurso, que fue desestimado por la Audiencia Provincial y revocó la sentencia de primera instancia, estimando en parte la demanda y declarando nulos los acuerdos adoptados en la junta celebrada el 28 de febrero de 2013. Valoró la práctica societaria y no discutida, consistente en permitir la asistencia a las juntas de tales sociedades de representantes de diversos socios, sin cumplir con los requisitos establecidos en el art. 183 LSC; consideró que el rechazo

por parte de la sociedad de dicha práctica fue una conducta sorpresiva y contraria a la buena fe. Las sociedades demandadas interpusieron recurso de casación con un único motivo: la infracción del art. 183 LSC, en relación con la asistencia a las juntas generales impugnadas mediante representación voluntaria. Este es el objeto del litigio sobre el que se centra la sentencia comentada y que pasamos a exponer de forma desarrollada a continuación.

2. EL RÉGIMEN DE LA REPRESENTACIÓN DEL SOCIO EN LA JUNTA DE LA SOCIEDAD LIMITADA: ASPECTO GENERAL E IMPORTANCIA

El derecho de representación en la junta es un derecho de carácter político que permite al socio el ejercicio de algunos derechos que le corresponden en su condición de tal a través de un tercero designado. Cabe indicar que el ejercicio de este derecho presenta un tratamiento legal muy diferenciado para la sociedad anónima y para la sociedad limitada. La razón obedece a la diversa naturaleza que presentan ambos tipos societarios. En esta reseña, abordaremos —en consonancia con la sentencia comentada— el ejercicio de la representación en la sociedad limitada, un derecho que presenta mayores restricciones que en la anónima por ser la primera un tipo societario de carácter parcialmente cerrado —de ahí que la doctrina y la jurisprudencia la hayan considerado como una compañía de capital, pero «con tintes personalistas»—. En primer término, cabe indicar que la utilidad del derecho de representación descansa en permitir a un tercero el ejercicio de los derechos de asistencia, voto e información en la junta por parte de otra persona, que actúa en nombre del socio cuando éste, por diversas razones, no puede o no desea asistir en propia persona a la reunión.

El derecho de representación en la sociedad limitada es un derecho ejercitable en todo caso, pues en este tipo social no cabe una restricción de la asistencia hacia el socio, ni siquiera por motivos de una escasa participación en el capital social. Esto genera que, ante la posibilidad de asistir a cualquier junta —sólo por el mero hecho de ser propietario de alguna participación social—, queda abierta la opción de que concorra otra persona en lugar del socio. Por tanto, cabe representación en todo caso, pero no de cualquier manera. La LSC configura, para la sociedad limitada, un derecho de representación para la junta que presenta un carácter restrictivo. En tal sentido, dispone su art. 183.1 que «El socio sólo podrá hacerse representar en la junta general por su cónyuge, ascendiente o descendiente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional».

Conforme a la lectura del precepto señalado, procedemos a exponer, de forma sistemática, los supuestos y requisitos prescritos en aquél, con el objeto de efectuar un desarrollo adecuado de la materia.

2.1. Elementos personales

La primera observación extraída del art. 183.1 LSC es la limitación subjetiva del derecho de representación. Se trata de una restricción que opera bajo el mismo principio que disciplina, por ejemplo, la transmisión inter-vivos de las participaciones (art. 107 LSC): la deslegitimación, como norma general, de la injerencia de extraños en la vida de la sociedad (ZUBIRI DE SALINAS, M. 2015: El representante del socio en la sociedad de capital. Cizur Menor: Aranzadi, 200). Por tanto, resulta coherente que la legislación limite la representación del socio a las personas de su círculo más cercano, tanto desde la perspectiva familiar (cónyuge, ascendientes y descendientes) como de la societaria (otros socios). Sin embargo, se infiere cierta flexibilidad, pues el art. 183.1 II LSC permite a los socios incorporar un pacto estatutario para abrir la puerta al ejercicio de la representación por medio de otras personas distintas a las enunciadas en el párrafo primero del precepto. Considerando la rigidez del art. 183.1, algunos de nuestros autores recomiendan insistentemente hacer uso de la ampliación estatutaria [ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A. 2022: «Comentario al art. 183 LSC». En J. Juste Mencía y A. Recalde Castells (coords.): La junta general de las sociedades de capital. Cizur Menor: Aranzadi, 423-438, 425], pues, mientras no ejerciten esta facultad, se aplica el régimen previsto en el citado precepto con carácter imperativo [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014/2336) y SJM de Vigo de 1 de septiembre de 2022 (JUR 2022/343819)].

2.1.1. Familiares

Las primeras personas a quienes confiere el título de «representante de la junta» son los familiares del socio, concretamente el cónyuge, los ascendientes y descendientes. Personas que, estando ligadas al socio por un vínculo tan próximo, son idóneas para ostentar el cargo de representante y defender desinteresadamente los intereses del representado. Sobre este supuesto, únicamente es posible su aplicación —por razones obvias— cuando el socio es una persona física, descartando a aquel que tenga una forma jurídica o societaria [SANCHO GARGALLO, I. 2021: «Comentario al art. 183 LSC». En J. A. García-Cruces González e I. Sancho Gargallo (dirs.): Comentario a la Ley de Sociedades de Capital, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2603-2611, 2604].

Sobre el cónyuge, cabe indicar que el art. 183.1 LSC ha de interpretarse de forma amplia. Considerando el reconocimiento jurídico actual de otras situaciones afectivas, el presidente de la junta tampoco podrá negar el acceso a la reunión a la pareja de hecho del socio (ZUBIRI DE SALINAS, M.: El representante del socio en la sociedad de capital, cit., 201), siempre y cuando dicha relación se haya constituido correctamente, con arreglo a la normativa vigente para el territorio en que dicho vínculo se haya reconocido. Otros autores entienden que basta cualquier relación afectiva que sea conocida y pueda acreditarse, pues lo esencial reside en esa proximidad con el socio, que justifica la confianza al designar la representación (SANCHO GARGALLO, I.: «Comentario

al art. 183 LSC», cit., 2605). A nuestro juicio, considerando que el art. 183.1 habla de cónyuge, no nos oponemos a admitir una interpretación extensiva del precepto, pero exclusivamente debe ser aplicable para situaciones afectivas declaradas por un organismo oficial y competente (por ejemplo: pareja de hecho), y siempre que no hayan sido concluidas, bien por separación legal (matrimonio) o por baja en el registro donde conste inscrita la pareja de hecho, pues en tal caso la representación por situación afectiva quedaría revocada (ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A.: «Comentario al art. 183 LSC», cit., 430).

En torno a los ascendientes y descendientes, la posibilidad de que actúen como representantes estriba en el vínculo familiar subyacente, con independencia de la calidad de la relación real que subsista entre ellos. El precepto no impone límites en cuanto a los grados de consanguinidad, de modo que es posible la actuación en nombre del socio por cualquier familiar en el plano vertical, quedando excluidos los parientes colaterales, incluidos los hermanos (ZUBIRI DE SALINAS, M.: El representante del socio en la sociedad de capital, cit., 201). No obstante, las normas del derecho privado común incorporan una serie de limitaciones relacionadas con la capacidad del representante. Por ejemplo, no podrán ostentar tal condición los menores no emancipados, ni tampoco los mayores con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica cuando el discapacitado no esté en condiciones de actuar como representante de conformidad a la medida de apoyo que le haya sido establecida (por ejemplo: supuestos de mayores de edad sometidos a curatela con funciones representativas —art. 269 III CC—).

2.1.2. Otro socio

Respecto de la representación ejercitada por un socio de la sociedad, tal posibilidad se funda en el vínculo societario que existe entre el representante y el representado, al coincidir en ambos la idéntica condición en la sociedad cuya junta se ha de celebrar. A falta de indicaciones adicionales sobre este extremo, el representante puede revestir el carácter de persona física o jurídica; también cabe de un administrador en que concurra, simultáneamente, la condición de socio con su cargo de gestor, pues en caso contrario habría que incorporarle en estatutos como un posible representante (UBIRI DE SALINAS, M.: El representante del socio en la sociedad de capital, cit., 204; y ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A., «Comentario al art. 183 LSC», cit., 431). Por otro lado, la doctrina también considera socio a los efectos de posible representante ex art. 183.1 LSC a aquel que es copropietario de alguna participación de la sociedad, aunque no haya sido designado como el representante para el ejercicio de los derechos (ex art. 126 LSC). E, igualmente, al socio que ostente participaciones sin derecho de voto [CHAVES RIVAS, A. 2017: «Comentario al art. 183 LSC». En L. Ballester Azpitarte (coord.): Tratado de sociedades de capital, tomo I. Cizur Menor: Aranzadi, 1020-1040, 1035], pues la representación no activa el voto de sus participaciones, sino que le permite ejercitar el derecho contenido de las que fuera titular el representado.

2.1.3. Apoderamiento general

Mayores problemas ha planteado la figura del apoderado general, considerando que el art. 183.1 LSC exige de éste que ostente un «poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional». El primer requisito contemplado es la forma que debe revestir el apoderamiento: documento público; el motivo parece razonable, pues de esta manera adquiere mayor fuerza probatoria. En torno a la segunda exigencia, ya más discutible, determina que el poder debe abarcar todas las facultades de administración del patrimonio del representado sito en territorio nacional. La doctrina ha matizado este requisito, considerando que resulta algo desproporcionado para el fin que pretende la norma con el apoderamiento. Así, algunos autores consideran que basta un poder general, que se refiera a la mayoría de bienes y derechos del representado, sin llegar a ser absoluto (ALFARO, J. y CAMPINS VARGAS, A.: «Comentario al art. 183 LSC», cit., 431).

2.2. Contenido de la representación

2.2.1. Alcance

En cuanto al contenido de la representación, alcanza, esencialmente, a los derechos de asistencia y voto. Lógicamente, obviaremos que el representante está facultado para asistir a la junta, pues en caso contrario no podría ejercitar el voto, que es la verdadera utilidad que proporciona al socio la representación. En torno este derecho, cabe la posibilidad de impartir instrucciones precisas sobre cada asunto a tratar, al existir un orden del día. Ahora bien, puede ocurrir que el representante no haya recibido indicaciones sobre el sentido del voto en uno o varios asuntos, bien porque el socio dejó la decisión a buen criterio de su representante, o bien por tratarse de un asunto no contemplado en el orden del día (por ejemplo: la destitución de un administrador —art. 223 LSC—). Ante la existencia de instrucciones conferidas, el representante deberá acatarlas; y, en ausencia de ellas, adoptará la decisión en el mejor interés de su representado (GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. 2021: Derecho de sociedades mercantiles. Valencia: Tirant lo Blanch, 234). Las indicaciones sólo tienen efecto interno en el seno de la relación representativa, de modo que el incumplimiento de lo pactado entre las partes no afectará a la validez de lo acordado en la junta (SANCHO GARGALLO, I.: «Comentario al art. 183 LSC», cit., 2609).

2.2.2. Límite objetivo

Otra cuestión de relevancia en la relación representativa para la junta de la sociedad limitada es la restricción que impide la representación parcial: «La representación

comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado» (art. 183.3 LSC). El legislador está impidiendo al socio, en caso de ser titular sobre una pluralidad de participaciones, hacerse representar en la misma junta por dos o más personas. Esta prohibición no impera en la sociedad anónima, pese a que las acciones, al igual que las participaciones sociales, son partes alicuotas, indivisibles y acumulables al capital social (art. 90 LSC) y que confieren a su titular la condición de socio y los derechos inherentes a su posición (art. 91 LSC). Sin embargo, la propia naturaleza de la sociedad limitada hace que el voto del socio, como persona, tenga relevancia para la entidad (ZUBIRI DE SALINAS, M.: El representante del socio en la sociedad de capital, cit., 208), razón por la cual en este tipo social la representación recae sobre la persona del socio y no sobre una parte del capital social (SANCHO GARGALLO, I.: «Comentario al art. 183 LSC», cit., 2609).

2.3. Requisitos formales del apoderamiento

Conforme al art. 183.2 LSC: «La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada junta». El legislador ha querido proporcionar seguridad jurídica a los supuestos en que el socio opte por hacer uso de su derecho de representación; no obstante, queda sometido a unos requisitos mínimos de forma. En primer lugar, el apoderamiento debe ser expreso y constar por escrito, pues tales circunstancias permiten acreditar la voluntad del socio de apoderar a un tercero para que ejercite los derechos en su nombre, quedando una copia del poder en manos de la sociedad o la constancia del administrador sobre su previa exhibición y verificación del contenido. Se excluye el apoderamiento verbal, así como la posibilidad de subsanar este defecto cuando la junta ya se ha celebrado [ZUBIRI DE SALINAS, M.: El representante del socio en la sociedad de capital, cit., 205-206; y STS de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/2361)]. Por otra parte, la norma permite la forma escrita por documento privado, pero limita su alcance para una sola junta, habiéndose conferido especialmente para aquélla; si la intención del poderdante es que su representado le asista en varias reuniones, el apoderamiento habrá de formalizarse bajo escritura pública. Estas exigencias formales tienen un carácter imperativo [STS de 15 de abril de 2014 (RJ 2014/2336)] y no pueden ser excluidas por pacto.

3. LA MALA FE POR ESTRICTA APLICACIÓN DEL ART. 183 LSC

El objeto del presente litigio, y que es único sometido a examen por el Tribunal Supremo en la sentencia comentada, consiste en apreciar la oportuna mala fe de las sociedades demandadas, al exigir éstas la estricta aplicación del art. 183 LC en las juntas impugnadas cuando en otras anteriores no se había exigido. La razón estriba

en que ambas entidades no concedieron a los socios la oportunidad de acreditar una representación ajustada a la normativa. Lo relevante reside en que era práctica habitual —en juntas precedentes— permitir una representación voluntaria por un representante que no se ajustaba a las previsiones legales y por las mismas personas. Un proceder consolidado, hasta que se celebraron las reuniones descritas en los antecedentes de la sentencia y que son objeto del litigio.

La jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo ya había establecido que «no se puede declarar que la inexistencia material o física de un poder escrito de designación para concurrir a una Junta, invalide la representación y por ende suponga la nulidad, siempre que en juntas anteriores se hubiera aceptado dicha representación, ya que la misma con tales antecedentes ha de estimarse como válida, incluso aunque las juntas anteriores fuera de distinta naturaleza —ordinaria o extraordinaria—» [SSTS de 22 de mayo de 2002 (RJ 2002/4458); de 8 de mayo de 1961 (RJ 1961/2313); de 5 de julio de 1986 (RJ 1986/4415); y de 20 de abril de 1987 (RJ 1987/2716)]. Ahora bien, la evaluación de la conducta en aras de la buena o mala fe por la admisión o rechazo de una representación voluntaria no ajustada a Derecho, pero que, sin embargo, se venía admitiendo con anterioridad de forma reiterada, sólo puede ser casuística [SSTS de 16 de marzo de 2010 (RJ 2010/3793); y de 21 de febrero de 2011 (RJ 2011/2361)].

Considerando todo esto, la STS de 5 de julio de 2022 (RJ 2022/3524) quita la razón a las sociedades recurrentes y desestima el recurso de casación no por el hecho de que los apoderados no se ajustaran a la ley ni a los estatutos —que no se discute—, sino por

haber expresado el cambio de criterio justo al tiempo de constituir las juntas y no haberlo advertido antes. El precedente por sí solo no es fuente normativa que obligue de cara al futuro, ya que puede variarse y ajustarse a la ley; pero después de haber generado la confianza en los socios en que se podía acudir a esa clase de representación, negarlo en el momento de constitución de las juntas generales, sin margen de reacción, es lo que resulta contrario a la buena fe.

Naturalmente, compartimos esta postura con el Alto Tribunal, pues la ley no ampara el abuso del derecho, quedando en manos de nuestros juzgados y tribunales la adopción de medidas encaminadas a suprimir la subsistencia del abuso (art. 7.2 CC).

Martín GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
martingorus@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)
561/2022, de 12 de julio de 2022

CESE VOLUNTARIO DE ADMINISTRADORES SOCIALES

Como habitualmente enseña la práctica societaria, el carácter incompleto del régimen normativo de aplicación obliga a perfilar, con más asiduidad de la que hubiera sido deseable, el tratamiento jurídico de algunas cuestiones cuya respuesta no siempre aparece adecuadamente resuelta. Una de ellas y no de importancia menor es a la que se enfrenta el Tribunal Supremo en la sentencia que ahora nos proponemos reseñar y en la que, como primera aproximación, se evidencia cómo el nivel de preocupación del legislador por la regulación de la separación forzosa del administrador no se corresponde con el que tiene por la dimisión o cese voluntario del mismo. Una descompensación que se constata de forma muy evidente en su reflejo normativo, ya que, al margen de la inclusión de previsiones generales en las que, sin especificar la causa del cese, se atiende a los supuestos en los que exista vacante en el órgano de administración, lo cual es aplicable tanto al cese forzoso como el cese voluntario, la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) no presta atención alguna a la renuncia, de la que tan solo encontramos alguna referencia en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo art. 147 1. 1 —aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de la remisión efectuada por el art. 192 RRM— refiere los documentos necesarios para la inscripción, incluyendo en los mismos tanto el escrito de renuncia, que ha de constar en escritura pública o acta notarial y presentarse a inscripción mediante copia autorizada de dicho documento público y no una copia simple del mismo (Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 20 de febrero de 2020), como a la notificación fehaciente a la sociedad de dicha renuncia realizada bien a través de notario, bien a través de certificación del acta de la Junta General o del Consejo de Administración con firmas legitimadas notarialmente (Resolución de 12 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública).

Se reconoce así de forma positiva una facultad del administrador que nadie pone en entredicho. La representación del administrador es voluntaria y su aceptación y ejercicio también lo han de ser. Ahora bien, planteada su admisión, conviene su tratamiento respecto del que lo primero que se detecta es la parquedad en su pronunciamiento y la escasez normativa en lo que a sus presupuestos y efectos se refiere, toda vez que más allá del referido escrito y la notificación fehaciente nada se determina. Silencio normativo que, por otro lado, colisiona frontalmente con las dificultades que tal dimisión provoca, toda vez que las situaciones en las que el cese voluntario pueda tener lugar resultan muy variadas y no todas ellas pacíficas. En este punto, y derivado de la falta de uniformidad de los supuestos, detectamos como conviven casos, menos

controvertidos, en los que las facultades gestoras o representativas son asumidas por varios administradores, de modo que dichas competencias, tras la dimisión de uno, pueden ser ejercidas por otros administradores, frente a aquellos otros supuestos, más complejos, en los que la renuncia del administrador, por ser único o por producirse una dimisión en bloque, deja a la sociedad en una situación de acefalia no deseada. Supuestos estos últimos en los que, tal y como nos recuerda la doctrina administrativa (Resolución de la DGRN de 10 de enero de 2001) «han de combinarse el incuestionable derecho que tienen aquéllos a desvincularse unilateralmente del cargo que tienen conferido por más que la sociedad pretenda oponerse a ello con la diligencia que les es exigible por razón del mismo».

Una combinación recogida en otros muchos pronunciamientos (Resoluciones de la DGRN de fecha 26 y 27 de mayo de 1992, 24 de marzo y 23 de junio de 1994; 27 de noviembre y 17 de julio de 1995; 23 de mayo y 30 de junio de 1997; 17 de mayo y 2 de octubre de 1999; 21 de marzo y 22 de septiembre de 2000; 13 de septiembre de 2005; 3 de enero de 2011; 11 de mayo y 2 de agosto de 2012; 5 de junio y 16 de diciembre de 2013; y 27 de marzo o 29 de septiembre de 2014, entre otras. En la Jurisprudencia vid. STS 736/2006, de 21 de julio de 2006; STS 667/2009 de 23 de octubre, o la STS 37/2012, de 23 de febrero) y de la que, en nuestra opinión, habría que discriminar dos aspectos claramente diferenciados. El primero de ellos atiende al carácter necesario que tiene la convocatoria de la junta como presupuesto de la plena eficacia de la dimisión, ya que, tal y como señalase el Centro Directivo, «en la defensa del interés de la sociedad y en la exigencia al administrador que renuncia de la debida diligencia en el ejercicio de su cargo sin perjuicio del respeto a su libre voluntad de no continuar en el mismo» no cabe admitir la inscripción de la renuncia al cargo en tanto no se convoque junta general en cuyo orden del día conste como uno de sus puntos el nombramiento de administradores, a fin de evitar la falta de representación de la sociedad. O, lo que es lo mismo, los administradores renunciantes no podrán valerse de la publicidad material que otorga el Registro Mercantil en tanto no se constate que se ha producido la convocatoria de la junta general. Una convocatoria que en el supuesto enjuiciado no plantea especiales dificultades, toda vez que el administrador único de la sociedad procedió a la misma antes de renunciar a su cargo en escritura pública, con lo que cabría pensar que concurre el presupuesto interpretativamente impuesto sin que la actuación del gestor merezca mayor reproche.

Ahora bien, del análisis del supuesto se constata la introducción de un elemento distorsionador, derivado del hecho de que, en aplicación de lo previsto en el art. 203 LSC, el socio, con representación en el capital suficiente para hacerlo, solicitó, con los cinco días de antelación preceptivos, la presencia de un notario para que levantase acta de la junta general. Demanda del socio mayoritario que anticipa otra cuestión, cual es la relativa a los efectos que para la marcha de la sociedad tiene el cese voluntario de su gestor. El alegato del administrador de la sociedad, puesto de relieve en el caso enjuiciado, conforme al cual el cese voluntario faculta para desatenderse de cualquier actuación societaria incluida la solicitud formulada requiriendo la presencia

del notario, debe cohonestarse necesariamente con el interés al correcto desarrollo de la gestión social, de manera que aquél no lesione este último. De este modo, cuando la dimisión vaya a suponer la paralización de la sociedad, los administradores no podrán desentenderse de la gestión hasta que la sociedad pueda adoptar las medidas necesarias para solventar la situación. Algo que aparece en gran medida resuelto con el presupuesto mínimo planteado, conforme al que «si no hay otro administrador titular o suplente, el administrador renunciante está obligado a convocar la junta para cubrir la vacante», pero que no se agota con ello, toda vez que el intento tutelar vinculado al deber de diligencia al que están sometidos los administradores sociales permite cuestionarse un mayor alcance de medidas a adoptar.

En este sentido, cabría partir del pronunciamiento del Alto Tribunal en la sentencia reseñada, de acuerdo al que, de alguna forma «subsiste transitoriamente su cargo hasta que la sociedad haya podido adoptar las medidas necesarias para proveer a tal situación». Un fundamento de aplicación que, aunque no fue el defendido por la demandante —quien prefirió considerar que la convocatoria realizada por el administrador antes de su dimisión no era materialmente válida, toda vez que, al no haberse nombrado notario, no se permitía que el acuerdo de nuevo nombramiento fuera eficaz al no constar en acta notarial, tal y como previene el art. 203 LSC—, no impide que el Alto Tribunal, con la finura jurídica que caracteriza a su ponente, dejara entrever la solución que a mi juicio resulta técnicamente más correcta y que atiende al engarce más general que tiene el deber de convocatoria con la diligencia que pesa sobre el administrador social en los casos de cese voluntario.

En este punto, y al margen de que el fallo, fundamentalmente centrado en atender al alcance de los presupuestos de inscripción del cese, no aborde de forma directa la cuestión, no ignora el eje central del asunto que pivota sobre el contenido del alcance de aquello que puede ser exigible al administrador renunciante tras su cese. Para ello, el Alto Tribunal recurre a una interpretación amplia conforme a la cual, huyendo de formalismos, considera la obligación del gestor de cumplir con todas las exigencias requeridas para la eficacia del acuerdo de nombramiento de nuevo administrador. Una idea que no solo ha de ser interpretada como un intento de dar validez material al proceso de convocatoria de la junta, sino que, a nuestro juicio, podría ir más allá en el sentido de considerar un dato de cierta relevancia cual es que el momento temporal del cese de las funciones del administrador no debe corresponderse con la fecha formal en el que este se hubiera producido, sino que debería hacerse coincidir con el momento en el que la junta general hubiera podido decidir un nuevo nombramiento.

Conforme a este criterio interpretativo el cese voluntario se haría partícipe del criterio general previsto en la LSC para el resto de los casos de cese de los gestores, según el cual la desvinculación de los administradores se escinde de la fecha formal de concurrencia del hecho que lo genera, para aparecer coordinada con la celebración de la junta general. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el caso de la caducidad del cargo para el que el art. 222 LSC señala que «el nombramiento de los administradores caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado junta general

o haya transcurrido el plazo para la celebración de la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior». Conforme a este precepto y en tutela de un interés general, no será de aplicación la norma general del cómputo de los seis años previsto en el art. 5.1 CC, sino que esta norma será sustituida por el criterio «de junta a junta» (SÁNCHEZ CALERO, F. 2007: Los administradores en las sociedades de capital. 2.^a ed. Thomson-Civitas, 126), en un intento por evitar la acefalia social al facilitar que la asamblea pueda acordar la prórroga del nombramiento o la designación de un nuevo administrador. Solución extensible al segundo de los supuestos, en el que de no haberse celebrado junta el administrador con cargo caducado mantiene su cargo hasta que hubiera transcurrido el plazo para la junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior. Algo que, por otro lado, también se da en el caso de separación forzosa de los administradores, ya que, al someterse la misma al acuerdo de la junta, vuelve a recurrirse al criterio señalado, en la medida en que el cese definitivo del gestor se vincula al momento en el que resulta posible la voluntad social de un nuevo nombramiento

Se plantea así una solución interpretativa cuya traslación al régimen del cese voluntario parece razonable, pero que no puede ser admitida sin mayor reflexión. En este sentido, considerar el hecho de que el administrador social renunciante no pueda abandonar de forma definitiva sus deberes una vez producido el cese no supone admitir que, tras su dimisión, el cesante deba seguir siendo considerado administrador a todos los efectos. La subsistencia transitoria a la que hace referencia el Tribunal no parece absoluta. Aunque parece claro que el hecho de vincular su retirada definitiva a la celebración de la junta es la respuesta que mejor tutela los intereses concurrentes, no cabría pensar, tal y como sucede en el caso del cargo caducado, en una extensión de las facultades hasta el momento de celebración de la asamblea. La imposición del deber de adoptar todas las medidas necesarias para la válida celebración de la junta en la que se lleve a cabo el nombramiento de un nuevo administrador no implica admitir fórmulas abiertas de un modelo de renuncia sin efectos inmediatos, en los términos formulados por la RGRN conforme a la cual el cese voluntario «implica la obligación, en caso de tomar aquella decisión, de continuar en el ejercicio del cargo renunciado hasta que la sociedad haya podido tomar las medidas necesarias para solventar la situación creada evitando así una paralización de la vida social, perjudicial e inconveniente, de la que deberían responder» (RDGRN de 10 de enero de 2001).

Por el contrario, en nuestra opinión y sin desconocer cierta vinculación societaria del gestor cesado, parece más acertado optar por un modelo limitado, articulado en torno a unos criterios de actuación que logren un mejor ajuste de la materia a la transitoriedad planteada. Lejos de soluciones generalistas parecería evidente que quien cesó no puede emprender nuevas actividades ni tomar decisiones relevantes para la sociedad, pero no podría descartarse la posibilidad de que el cesante deba implicarse en la toma de decisiones urgentes o necesarias para la actividad social. Algo muy residual y constreñido por el estrecho margen temporal que se da entre dimisión, convocatoria de junta y celebración de la misma, pero que, en circunstancias excepcionales,

podiera ser necesario. De este modo, se ampliarían, de forma restrictiva, los efectos del cese voluntario del administrador y, junto a la imposición del deber de adoptar todas las medidas oportunas para lograr la celebración de la junta de nombramiento, cabría incluir situaciones extraordinarias de respuesta urgente. Situación que, lógicamente, gozará de una limitada transitoriedad, ya que, una vez celebrada esta junta, el cargo del administrador cesará de forma definitiva, en la idea de que si la sociedad no ha sido capaz de renovar a sus administradores la paralización del órgano ya no será imputable al gestor sino a la sociedad, en los términos del art. 363 LSC.

Alfredo ÁVILA DE LA TORRE
Catedrático de Derecho Mercantil EU
Universidad de Salamanca
aadlt@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª)
621/2022, de 26 de septiembre de 2022

ESCISIÓN PARCIAL DE SOCIEDAD ANÓNIMA. NULIDAD DE CONTRATO INCLUIDO EN LA UNIDAD ECONÓMICA TRASPASADA Y LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA SOCIEDAD BENEFICIARIA

Estamos ante un caso de escisión parcial de sociedad anónima, una entidad financiera, y la nulidad de los contratos de adquisición de unos bonos estructurados incluidos en la unidad económica escindida y traspasada a la sociedad beneficiaria cuya legitimación pasiva se plantea en el proceso de nulidad. Banco Inversis, SA, parte recurrente, interpone un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación, siendo parte recurrida Auge, Asociación de consumidores y usuarios de servicios generales.

En primera instancia, Auge interpuso demanda de juicio ordinario (en interés de sus tres socios) contra Banco Inversis, solicitando que se declarase la nulidad de los contratos suscritos por las partes para la adquisición de dos bonos estructurados litigiosos, así como de los contratos de compraventa destinados a las operaciones «intradía» sobre derivados; que se extendiese la declaración de dicha nulidad a la parte del contrato de crédito suscrito entre las partes; que se acordase la restitución íntegra de las prestaciones aportadas por las partes en ejecución de los contratos referidos y se condenase a Banco Inversis a reintegrar las cantidades invertidas en los productos financieros litigiosos; que se condenase a Banco Inversis a abonar a los tres socios de Auge 1.537.719,99 €, más los intereses legales aplicables; que se condenase a la entidad demandada a abonar los intereses procesales moratorios del artículo 576 LEC, y que se impusiesen a Banco Inversis las costas procesales.

Dentro del plazo de contestación a la demanda, la representación de Andbank España, SA, se persona en el proceso solicitando la sucesión procesal de Banco Inversis, SA. Los demandantes se opusieron y el juzgado dictó un auto desestimatorio de la solicitud.

La representación de Banco Inversis contestó a la demanda solicitando que se dictase auto de archivo del procedimiento durante la audiencia previa y que se condenase en costas a los demandantes; subsidiariamente, que se dictase sentencia declarando la falta de legitimación pasiva de Banco Inversis; y, subsidiariamente, que dictase sentencia desestimando la demanda y absolviendo a Banco Inversis de la totalidad de los pedimentos.

En primera instancia se dictó sentencia estimando parcialmente la demanda formulada por Auge frente a Banco Inversis: se declararon nulos los contratos de suscripción de bonos estructurados suscritos entre las partes y se declaró el deber de restituir el capital inicial invertido en estos bonos con intereses y comisiones y gastos

de toda índole que se les hubiese obligado a pagar. Los demandantes debían devolver al Banco la rentabilidad percibida como consecuencia del contrato declarado nulo, más los intereses correspondientes. Cada parte debía abonar las costas ocasionadas a su instancia. Posteriormente, dos autos completaron el fallo en primera instancia.

La representación de Banco Inversis presentó recurso de apelación y la representación de Auge se opuso al mismo. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia desestimando el recurso e imponiendo las costas al apelante.

Tras estos avatares, tuvo lugar la interposición y tramitación de dos recursos: recurso por infracción procesal y recurso de casación, ambos interpuestos por la representación de Banco Inversis; el primero por vulneración de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el segundo por vulneración de artículos del Código Civil (y de la jurisprudencia de la Sala), de la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y de la Ley del Mercado de Valores (y de la jurisprudencia que los desarrolla).

La Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, las define en su preámbulo como «aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad». Entre estas modificaciones se incluye la escisión, cuya función económica trata de dividir o separar el patrimonio de una sociedad que se extingue para aportar cada una de ellas a una o varias sociedades nuevas o preexistentes. Esta ley vino a sumar a las ya conocidas escisiones total y parcial una tercera: la segregación. La escisión parcial, que es la que nos ocupa en la sentencia, se caracteriza por el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales debe formar una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o previamente existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital en la medida necesaria.

El Fundamento de Derecho Primero viene a resumir los antecedentes del caso y las vicisitudes ocurridas en primera y segunda instancia, mientras que, en el Fundamento de Derecho Segundo, la Sala decide examinar en primer lugar el recurso de casación, en concreto el tercer motivo de este, ya que es el que plantea la falta de legitimación pasiva de la demandada. En el Fundamento de Derecho Tercero, la Sala declara que, en tanto que Andbank no incumpla su obligación de restitución frente a los demandantes, derivada de la nulidad que pudiera declararse en este proceso, Inversis carece de legitimación pasiva, pues su responsabilidad es de carácter subsidiario.

Es el Fundamento de Derecho Cuarto el más interesante de esta sentencia, pues viene a resumir con claridad meridiana la doctrina de la Sala acerca de la escisión parcial de las sociedades mercantiles y, en concreto, la aplicación del artículo 71 de la LME.

En la sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, la Sala ya declaró que, aunque no se haga mención expresa en la escritura de segregación a la sucesión en la responsabilidad por anulación de los contratos de adquisición de las cuotas participativas, dicha responsabilidad es consecuencia de la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque del negocio financiero. En aquel momento, Banco Sabadell, en cuanto que sucesor universal del Banco CAM tras la fusión por absorción, devino responsable de las obligaciones que tuviera el Banco CAM frente a terceros, puesto que las transformaciones estructurales de las sociedades, a través de las operaciones de fusión, escisión total o parcial o cesión global de activos, producen, en sus respectivos ámbitos, una sucesión universal en un patrimonio, o en partes de patrimonio, de una sociedad por otra (arts. 22, 68, 69, 71, 80 y 81 LME). En todos estos supuestos la eficacia de la transformación respectiva se produce con la inscripción en el Registro Mercantil (arts. 47, 73 y 89.2 de la reseñada ley), y con ello el efecto legal de la transmisión en bloque de todos los bienes, derechos y obligaciones de las sociedades absorbidas, extinguidas, y también de las segregadas a favor de las sociedades beneficiarias; doctrina que fue reiterada en la Sentencia de la Sala 439/2017, de 13 de julio.

De ese modo, la Sala argumenta que Adbank quedó subrogada en su momento en todas las responsabilidades legales y contractuales que procedían del negocio minorista —porque en los supuestos de escisión parcial se produce una sucesión universal respecto de la unidad económica traspasada en bloque— y termina declarando que el recurso de casación debe estimarse, siendo innecesario examinar el resto de motivos del recurso de casación y del recurso extraordinario por infracción procesal.

Respecto a las costas, solo condena a la parte demandante al pago de las costas de primera instancia y ordena la devolución de los depósitos constituidos.

En definitiva, la Sala decide estimar el recurso de casación interpuesto por Banco Inversis, SA, contra la sentencia 498/2018 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa; casar dicha sentencia y estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Inversis contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; revocar dicha sentencia, y desestimar la demanda interpuesta por Auge en interés de sus socios contra Banco Inversis, SA.

Cabe preguntarse qué habría sucedido con el resto de los motivos alegados en los recursos de no haberse alterado el orden de resolución de los mismos para decidir sobre la legitimación pasiva de la sociedad beneficiaria de la escisión parcial y en qué sentido hubiese resuelto la Sala los mismos.

Julia LAGO MUÑOZ
Investigadora Predoctoral en Formación (FPU)
Departamento de Derecho Privado
Universidad de Salamanca
julamu@usal.es

Sentencia del Tribunal General (Sala 6.^a ampliada), de 14 de septiembre de 2022. Google LLC y Alphabet, Inc. contra Comisión Europea (Google Android) Asunto T-604/18 [ECLI:EU:T:2022:541]

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO MEDIANTE IMPOSICIÓN DE RESTRICCIONES EN ACUERDOS SOBRE SERVICIOS DIGITALES

La sentencia de 14 de septiembre de 2022 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE) resuelve un recurso interpuesto el 9 de octubre de 2018 por Google LLC y Alphabet, Inc. (de la que Google LLC es filial), en el que se solicitaba la anulación de la Decisión de la Comisión Europea de 18 de julio de 2018 (asunto COMP/AT.40099 — Google Android); con carácter subsidiario, ambas sociedades (en adelante, Google) solicitaban la anulación o reducción, en ejercicio de la competencia jurisdiccional plena del TGUE, de la multa impuesta a las partes demandantes y, en cualquier caso, la condena a la Comisión Europea de cargar con las costas y gastos causados por las partes demandantes en relación con el procedimiento correspondiente.

En la resolución recurrida la Comisión, además de ordenar la cesación de la conducta, impuso una sanción récord a Google (4.343 millones de euros), como consecuencia del abuso de posición dominante realizado mediante la imposición de restricciones contractuales a los fabricantes de dispositivos móviles Android y a los operadores de redes móviles con el propósito de consolidar la posición dominante de su motor de búsqueda, y con base en los artículos 102 TFUE y 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Desde la incoación del procedimiento (15 de abril de 2015) y la STGUE que se comenta (14 de septiembre de 2022) han transcurrido más de 7 años.

Más concretamente, la Comisión sancionó tres tipos de restricciones contractuales impuestas por Google, consideradas en conjunto como «infracción única y continuada»: a) las incluidas en sus acuerdos de distribución de aplicaciones móviles, donde Google requería que los fabricantes de dispositivos preinstalaran sus aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y navegador (Google Chrome) como condición para obtener la licencia de la tienda de aplicaciones de Google (Play Store); b) las incluidas en sus «acuerdos contra la fragmentación», por los que los fabricantes de dispositivos que deseaban preinstalar aplicaciones de Google no podían vender ni un solo dispositivo en versiones alternativas de Android que no estuvieran aprobadas por Google; y c) las incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos», en los que la distribución de un porcentaje de los ingresos por publicidad de Google dependía de que los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles no preinstalaran ningún producto general de la competencia en ningún dispositivo dentro de una cartera acordada. Según la Comisión Europea, el objetivo de estas restricciones contractuales

era proteger y reforzar la posición dominante de Google en los servicios de búsqueda en línea en un momento en que la importancia de Internet móvil estaba creciendo significativamente. Esta conducta aseguraba que los usuarios utilizaran su motor de búsqueda, lo que garantizaba los ingresos publicitarios correspondientes.

Entre las cuestiones más interesantes aportadas por esta extensa STGUE, de 1116 apartados, destacan las siguientes:

A) La definición del mercado relevante. En la STGUE que comentamos Google impugna, por separado, la definición del propio mercado y su posición en el mismo. Como es sabido, con anterioridad a la determinación de posición de dominio resulta imprescindible delimitar el mercado afectado, aunque su definición no siempre es objeto de recurso. Tradicionalmente, para su delimitación se ha exigido por parte de autoridades de competencia y tribunales la concreción, en primer lugar, del mercado de productos/servicios y, en segundo lugar, su ámbito geográfico.

Sin obviar la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, la STGUE considera que en el caso de mercados propios de la economía digital es necesario «un examen más detallado, que va más allá de la mera segmentación en mercados, a fin de comprender mejor y evaluar las presiones competitivas que prevalecen en esos mercados y la posición de fortaleza económica de la que goza la empresa en cuestión». En este contexto digital los parámetros tradicionales —como el precio de productos o servicios o la cuota de mercado de la empresa en cuestión— pueden ser menos importantes que otras variables, como la innovación, el acceso a los datos, la multiplicidad, el comportamiento del usuario o los efectos de red.

Sobre esta base el TGUE confirmó los cuatro mercados de referencia identificados por la Comisión: i) el mercado mundial (excluida China) para la concesión de licencias de sistemas operativos de dispositivos móviles inteligentes; (ii) el mercado mundial (excepto China) para las tiendas de aplicaciones de Android; (iii) los diversos mercados nacionales, dentro del EEE, para la prestación de servicios generales de búsqueda; y (iv) el mercado mundial de navegadores de Internet no específicos diseñados para uso móvil.

B) La posición de dominio. La Comisión constató que Google ocupaba una posición de dominio en los tres primeros mercados de referencia citados supra. Sin embargo, los demandantes realizaron alegaciones en relación con la situación en cada uno de los mismos.

Sobre su situación en el primer mercado —concesión de licencias— alegaron que la presión competitiva de los sistemas operativos no sujetos a licencia —en particular el iOS de Apple— fue evaluada erróneamente, al igual que la presión competitiva ejercida por la naturaleza de código abierto de Android —la licencia AOSP—, que cubre las funciones básicas de un sistema operativo, pero no las aplicaciones de Android («apps») y los servicios propiedad de Google.

En relación con la presión de los sistemas operativos sin licencia, se reprocha a la Comisión ignorar la competencia de Apple en lo que respecta a los usuarios y

desarrolladores de aplicaciones, tanto en relación con la definición del mercado de los sistemas operativos sujetos a licencia como al evaluar su poder en dicho mercado. Los motivos esgrimidos por Google fueron variados, destacando las acusaciones a la Comisión de desestimar erróneamente pruebas de la presión competitiva ejercida por Apple; de no tener en cuenta los principios establecidos en la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión* (T-310/01, EU:T:2002:254) —que preveía la competencia de empresas integradas verticalmente—; de subestimar el impacto del deterioro de la calidad de Android al evaluar incorrectamente la sensibilidad de los usuarios a la calidad del sistema operativo; la importancia de la política de precios de Apple; los costes de cambiar a otro sistema operativo; la lealtad de los usuarios a su sistema operativo, y el comportamiento de los desarrolladores de aplicaciones. Todas estas alegaciones son, sin embargo, desestimadas por el TGUE (vid. apartados 143-222).

Respecto a la presión competitiva ejercida por la naturaleza de código abierto de la licencia AOSP, el TGUE considera que la Comisión concluyó acertadamente que tal código no constituía una presión competitiva suficiente para contrarrestar la posición dominante de Google en el mercado de los sistemas operativos sujetos a licencia.

La consideración de la posición de dominio en el segundo mercado —tiendas de aplicaciones de Android— también es recurrida por Google. Al respecto, la Decisión de la Comisión Europea concluyó que, en el mercado de las tiendas de aplicaciones de Android, Google ocupaba una posición dominante con Play Store, basándose, entre otros aspectos, en sus cuotas de mercado, la cantidad y popularidad de las aplicaciones descargables, la obligación de utilizar Play Store para obtener los Servicios de Google Play, la existencia de barreras de entrada, la falta de poder de compra compensatorio de los fabricantes de equipos originales y la presión competitiva insuficiente de las tiendas de aplicaciones para los sistemas operativos móviles sin licencia. Google, por su parte, centró su alegación ante el TGUE en la intensidad de la presión competitiva de las tiendas de aplicaciones para los sistemas operativos móviles no sujetos a licencia. El TGUE, sin embargo, mantuvo las conclusiones de la Comisión Europea.

C) El carácter abusivo de las restricciones contenidas en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles. Recuérdese que una de las restricciones calificadas como abusivas por la Comisión fue requerir a los fabricantes de dispositivos que preinstalaran las aplicaciones de búsqueda general (Google Search) y navegador (Google Chrome) como condición para obtener la licencia de la tienda de aplicaciones de Google (Play Store). Según Google, la Comisión no demostró en su Decisión que dichas condiciones pudieran excluir la competencia, y destaca las posibilidades de preinstalar servicios rivales colocando otros íconos en la pantalla de inicio con igual o mayor visibilidad, así como de que los usuarios descarguen servicios de búsqueda o navegadores de la competencia. En refuerzo de sus argumentos, Google critica estos cinco aspectos de la resolución impugnada: i) no demuestra que las condiciones previas a la instalación creen un «sesgo de statu quo»; ii) ignora el hecho de que los acuerdos de distribución dejaron libres a los fabricantes para preinstalar rivales y configurarlos como

predeterminados; iii) ignora el hecho de que los rivales tenían otros medios efectivos para llegar a los usuarios; iv) no demuestra que los porcentajes de búsqueda y uso del navegador de Google fueran atribuibles a las condiciones previas a la instalación impugnadas; y v) no considera adecuadamente el contexto económico y legal completo al llegar a la conclusión de que las condiciones previas a la instalación brindaron a los rivales nuevas oportunidades, en lugar de excluirlas.

Tras la desestimación de estas alegaciones (vid. especialmente apartados 320-596), el TGUE aborda la afirmación de Google de que las condiciones de preinstalación están objetivamente justificadas, ya que le permiten proporcionar la plataforma Android de forma gratuita al garantizar que las aplicaciones generadoras de ingresos, Google Search y Chrome, no queden excluidas de la preinstalación. El TGUE hace referencia a la jurisprudencia que confirma que pueden existir justificaciones del comportamiento que pueda estar sujeto a la prohibición del artículo 102 TFUE y que corresponde a la empresa implicada demostrar, a tal efecto, que su conducta es objetivamente necesaria, o que el efecto de exclusión producido puede verse contrarrestado, incluso superado, por ventajas en términos de eficiencia que también benefician a los consumidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, apartados 40 y 41; también sentencias *British Airways/Comisión*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, apartado 86, y *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 76). Sin embargo, en este caso el TGUE considera que Google no ha cumplido con su carga de la prueba respecto a la demostración de las justificaciones objetivas.

D) El carácter abusivo de las restricciones incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos». Recuérdese que Google hizo depender la distribución de un porcentaje de los ingresos por publicidad de que los fabricantes de dispositivos y operadores de redes móviles no preinstalaran ningún producto general de la competencia en ningún dispositivo dentro de una cartera acordada. Según la resolución impugnada, el propósito de estos acuerdos de reparto de ingresos basados en carteras era asegurar que Google tuviera el derecho exclusivo de preinstalar aplicaciones del servicio de búsqueda general en dispositivos móviles, lo que conduce a un resultado esencialmente idéntico al de los descuentos de «fidelidad» que fueron el tema central de la sentencia del 6 de septiembre de 2017, *Intel/Comisión* (C-413/14 P, UE:C:2017:632); en este caso, Google recompensa por garantizar que la búsqueda de Google esté preinstalada exclusivamente.

Ante esta realidad destacan los siguientes motivos de impugnación: i) no se tiene en cuenta la pequeña cuota de mercado cubierta por la práctica impugnada y su impacto insignificante; ii) el error de evaluar la posibilidad de que dichos acuerdos excluyan a rivales que hipotéticamente son al menos tan eficientes, en particular la capacidad de estos rivales para compensarlos; iii) la ignorancia de las condiciones para la concesión de los pagos en cuestión, lo que dejaba a los usuarios un acceso ilimitado a los rivales; y iv) la ausencia de una evaluación contrafáctica válida. Al analizar estos motivos, el TGUE detecta errores de motivación en la Decisión impugnada,

como la insuficiencia de la prueba del carácter significativo del acuerdo o la afirmación de que un competidor que hipotéticamente es al menos tan eficiente como Google podría, en dispositivos móviles, contestar solo el 12 % de las consultas de búsqueda realizadas por los usuarios a través de Google Search (para más detalle puede consultarse el apartado 798 de la STGUE). Estos errores implican la anulación de la Decisión impugnada, en la medida en que considera que los acuerdos de reparto de ingresos constituyen en sí mismos un abuso, sin que sea necesario examinar los argumentos de Google en relación con el acceso de los usuarios a los servicios de búsqueda generales competidores y la necesidad de una prueba contrafáctica.

E) El carácter abusivo de las restricciones incluidas en sus «acuerdos contra la fragmentación». Recuérdese que según estos acuerdos los fabricantes de dispositivos que deseaban preinstalar aplicaciones de Google no podían vender ni un solo dispositivo en versiones alternativas de Android que no estuvieran aprobadas por Google. Adviértase que la fragmentación, derivada principalmente de las sucesivas versiones de Android, puede mermar la funcionalidad y la seguridad. La Comisión considera que esta práctica es abusiva, al impedir el desarrollo y la presencia en el mercado de dispositivos que ejecutan una bifurcación de Android no compatible, aunque no cuestiona el derecho de Google a imponer requisitos de compatibilidad con respecto a los dispositivos en los que se instalan sus aplicaciones. El TGUE confirma la existencia de la práctica y su naturaleza anticompetitiva, ya que la misma privó a los competidores potenciales o existentes de Google de cualquier mercado, reforzando su posición dominante en los mercados de servicios generales de búsqueda y disuadiendo de la innovación. Además, considera que Google no demostró ni la existencia de un objetivo legítimo ni la producción de efectos favorables a la competencia.

F) Sobre el derecho de defensa. El quinto motivo de impugnación de Google se basó en la vulneración de su derecho de defensa, al no respetar, en primer lugar, su derecho a ser oída y, en segundo lugar, su derecho a acceder al expediente. El TGUE, tras realizar unas consideraciones generales sobre el derecho de defensa, considera que Google fue perjudicada, al no permitírsele realizar una audiencia oral, que hubiera proporcionado a la Comisión información que podría haber resuelto, por ejemplo, algunas de las ambigüedades en torno a la preparación de la «prueba del competidor tan eficiente» en una etapa anterior y discutirla directamente con la Comisión, que resulta muy relevante en este asunto. Por consiguiente, el TGUE decide anular la Decisión impugnada en la medida en que califica de abusivas las restricciones contenidas en los acuerdos de reparto de ingresos.

G) Sobre la resolución del recurso y su repercusión en el cálculo de la multa. De todas estas consideraciones se confirma el carácter abusivo de las restricciones incluidas en los acuerdos de distribución de aplicaciones móviles y en los «acuerdos contra la fragmentación». Sin embargo, el TGUE considera que en el análisis de las restricciones incluidas en los «acuerdos de reparto de ingresos» la Comisión vulneró el derecho de defensa y vició la Decisión impugnada con varios errores de apreciación. A pesar

de esto, se considera que los abusos confirmados formaban parte de una estrategia global destinada a anticipar el desarrollo de Internet móvil, preservando al mismo tiempo el modelo de negocio propio de Google, que se basa en los ingresos que obtiene esencialmente del uso de su servicio de búsqueda general.

Ante esta situación el TGUE, de acuerdo con su competencia jurisdiccional plena, aprecia la legalidad de la Decisión impugnada y analiza el carácter apropiado de la multa impuesta, para lo que tiene en cuenta las siguientes circunstancias: i) si la infracción se cometió de forma intencionada o negligente; ii) la consideración de la gravedad y duración de la infracción; iii) las circunstancias atenuantes o agravantes; iv) la cuantía de la multa y responsabilidad solidaria de Alphabet; v) la idoneidad de la pena; vi) si la sanción tiene un efecto suficientemente disuasorio habida cuenta del tamaño de la empresa; y vii) el cumplimiento del límite máximo del 10 % de la facturación total. Tras su análisis, y como conclusión, el TGUE decide modificar parte de la Decisión impugnada para que el importe de la multa impuesta a Google LLC por la infracción única y continuada a que se refiere su artículo 1, por la que Alphabet, Inc., es responsable solidario respecto del período comprendido entre el 2 de octubre de 2015 y la fecha de adopción de la decisión impugnada, se fije en 4.125 millones de euros. Respecto a las costas el TGUE resuelve que cada parte cargue con las suyas.

La STGUE constituye un último referente de la justicia europea en relación con la valoración antitrust de las conductas de empresas de la economía digital, que deberá, en su caso, confirmarse por el TJUE.

Fernando DE LA VEGA GARCÍA
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Murcia
flavega@um.es

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª),
759/2022, de 15 de septiembre**

**LA COMPATIBILIDAD DE LA ALEVOSÍA CON LA INTOXICACIÓN POR CONSUMO DE ALCOHOL,
DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES U OTRAS SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS**

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo 759/2022, de 15 de septiembre, desestima el recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Civil y Penal, que, a su vez, desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección primera, 57/2021, de 29 de marzo.

En la madrugada del 13 de marzo de 2019, Luis Alberto fue invitado por su amigo Arcadio a unirse a la fiesta que este último estaba celebrando en una vivienda ocupada por Eleuterio a principios de ese mismo mes. Este inmueble formaba parte de una herencia yacente y no tenía suministro de luz. Arcadio se había hecho con las llaves y lo utilizaba de forma habitual como local de reunión para beber, fumar y, en ocasiones, consumir sustancias estupefacientes.

La terraza de esta vivienda daba a un conjunto de patios interiores cubiertos por terrazas y un tejado de uralita, siendo posible el acceso a otras viviendas desde la ocupada. Así accedieron a la vivienda B para, en un primer momento, utilizar su suministro eléctrico y cargar los móviles. Una vez en su interior, las personas que accedieron inspeccionaron la vivienda y se llevaron diversos objetos. En el inmueble ocupado se encontraron algunos de ellos. Del mismo modo, Luis Alberto y Lucio se desplazaron hasta la terraza de la vivienda C en la que había una bicicleta. Lucio la cogió y cuando emprendió el camino de regreso a la vivienda ocupada, junto con Luis Alberto, el tejado de uralita cedió y aquél cayó por el hueco abierto. Esto produjo un estruendo que hizo que algún vecino se asomara a las ventanas. Luis Alberto comenzó a desplazarse por el tejado tratando de encontrar una salida a la calle o acceder a alguna vivienda.

Accedió al salón de la vivienda D a través de la terraza, en la que vivían Juan María y su anciana madre Joaquina, que padecía sordera. Entró en la cocina y tomó «un cuchillo jamonero, ya con la intención de eliminar con él cualquier oposición que encontrare». Continuó por el inmueble hasta llegar al dormitorio de Juan María, que dormía plácidamente, se acercó a éste y de forma sorpresiva comenzó a acuchillarle con el propósito de matarle. Juan María despertó y tras un forcejeo para defenderse instintivamente, Luis Alberto salió a la calle por la puerta del domicilio.

Juan María pudo pedir auxilio por teléfono a unos familiares que vivían cerca. Esto permitió que recibiera la atención médica cualificada y de urgencia necesaria para salvar su vida. Recibió el alta hospitalaria el 18 de marzo de 2019 tras cinco días

hospitalizado, dos de ellos en la UCI. Necesitó sesenta días más para su sanación y le quedó una extensa lista de secuelas.

Luis Alberto refiere un historial de consumo de sustancias estupefacientes desde temprana edad, si bien no existe corroboración objetiva clínica ni analítica. El día de los hechos «se consumió alcohol, speed y puede que cocaína, desconociéndose la cantidad». No obstante, dicho consumo «no afectó a su grado de raciocinio, su capacidad intelectual o volitiva ni a su comprensión de los hechos».

Fue condenado por la Audiencia Provincial como «responsable criminalmente en concepto de autor de un delito de asesinato cualificado por la alevosía, en grado de tentativa (art. 139.1.ª, 16 y 2 del CP), y de un delito de allanamiento de morada (art. 202.1.2 CP), sin que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad».

Por el primer delito, se le impuso una pena de 10 años de prisión con inhabilitación absoluta, más 10 años de prohibición de comunicarse por cualquier medio con Juan María y aproximarse a menos de trescientos metros. Por el segundo, 1 año y 6 meses de prisión y 8 meses de multa a seis euros día.

Sentencia que fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal de Justicia de La Rioja. Órgano que desestimó el recurso y confirmó la sentencia en su integridad.

2. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

La representación de Luis Alberto interpuso el recurso de casación por infracción de ley que dio lugar a la sentencia que aquí se comenta. Este se fundamentó en dos motivos. Primero, la aplicación indebida del artículo 139 CP y, segundo, la aplicación indebida del artículo 21.7.ª CP en relación con los artículos 21.1.ª y 20.2.º del mismo.

Cabe advertir que el recurso de casación se aparta del relato de hechos probados. Según el Tribunal Supremo, cuando lo que se cuestiona es el denominado juicio de subsunción (art. 849.1 LECrim), resulta indispensable tomar como referencia el sustrato fáctico sobre el que aquel opera¹. Esta vicisitud hubiese sido suficiente para su desestimación.

2.1. *Indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal*

La alevosía consiste en realizar la conducta delictiva empleando medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para el sujeto activo pudiera proceder de la defensa por parte del sujeto pasivo (art. 22.1.ª CP).

1. Algunas de sus resoluciones más recientes en este sentido son: SSTS 665/2022, de 30 de junio; 623/2022, de 22 de junio; 602/2022, de 16 de junio; 608/2022, de 16 de junio; 591/2022, de 15 de junio; 592/2022, de 15 de junio; 598/2022, de 15 de junio.

La conducta consistente en matar a otro concurriendo alevosía se reputará asesinato (art. 139.1 CP) y no homicidio (art. 138 CP).

El recurrente pretende una nueva valoración de la prueba practicada por la que se admita que, debido al consumo previo de alcohol, speed y puede que cocaína, que tuvo lugar en la vivienda ocupada, sus capacidades estaban limitadas. Además, que aquél se encontraba alterado, desorientado y asustado, tratando de buscar una salida a la calle en una vivienda (vivienda D) que desconoce. En definitiva, argumentar la falta de consciencia en su hacer.

Así pretende argumentar la falta de concurrencia de la alevosía y, consecuentemente, la indebida aplicación del artículo 139.1 CP; debiéndose haber aplicado, por ello, el artículo 138 CP. Precepto este último que debió aplicarse en grado de tentativa (art. 62 CP) dado que el resultado muerte no llegó a producirse por causas ajenas a su voluntad (art. 16.1 CP).

Sin embargo, el *factum* de la resolución impugnada describe que «el consumo no afectó a su grado de raciocinio, su capacidad intelectual o volitiva ni a su comprensión de los hechos»; que el condenado, tras acceder a la vivienda y percatarse de que estaba habitada, tomó un cuchillo jamonero «con la intención de eliminar con él cualquier oposición que pudiera encontrar», y que, al advertir a Juan María durmiendo en su habitación, lo apuñaló sorpresivamente en repetidas ocasiones con el propósito de acabar con su vida. Por ello, el Tribunal Supremo considera que, «incluso bajo ciertas limitaciones en las ordinarias aptitudes para autodeterminarse, resulta perfectamente factible escoger como medios de ataque aquellos que se orienten a asegurar la ejecución del mismo, evitando la defensa que pudiera proceder del ofendido».

Lo anterior le lleva a concluir que «el relato colma plenamente las exigencias de la alevosía como elemento determinante del ataque doloso y orientado a producir la muerte (cuyo posible advenimiento le resultaba subjetivamente imputable al acusado, al menos, a título de dolo eventual)».

2.2. Indebida aplicación del artículo 21.7.ª, en relación con los artículos 21.1.ª y 20.2.º, todos ellos del Código Penal

El artículo 21 CP describe las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal. La 7.ª se refiere a «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». Mediante la 1.ª, pretende el recurrente extender ese «anteriores» a las eximentes de la responsabilidad criminal del artículo 20 CP y, en concreto, su segundo apartado: quien

al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia

de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

Para el Tribunal Supremo no solo esta pretensión resulta indefendible con base en los hechos probados, sino que, además, realiza las siguientes precisiones al respecto.

En primer lugar, que no corresponde a las acusaciones acreditar, con respecto a todas y cada una de las circunstancias eximentes o atenuantes que pudieran concurrir en la conducta, la inexistencia o falta de concurso de los diferentes elementos que las integran.

En segundo lugar, «la falta de acreditamiento pleno de cualquier extremo fáctico vinculada con aquéllas no puede, sin más aditamentos, presumirse en beneficio de la aplicación de cualquiera de las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal». O, dicho en otras palabras, no rige la presunción de inocencia ni el principio in dubio pro reo en materia de eximentes o atenuantes². Consecuentemente, no se parte de una presunción en favor del acusado que la acusación debe destruir, sino al contrario, es el acusado quien debe acreditar su concurrencia para obtener su beneficio. Como tampoco vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia del acusado (art. 24.2 CE) la falta de apreciación de las circunstancias eximentes o atenuantes insuficientemente acreditadas.

En tercer lugar, en la acreditación de los elementos que la integran se emplearán criterios vinculados con la idea de probabilidad razonable.

Según el relato del factum de la resolución impugnada (ver supra), ni cabe constatar una relación de causalidad entre el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias con el delito cometido ni, tampoco, apreciar un síndrome de abstinencia incapacitante que limitara su capacidad de autodeterminación (DELGADO GIL, Andrés 2005). Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Supremo acude a los hechos probados y, en especial, a la declaración testifical de los agentes de Policía Local que interceptaron a Luis Alberto el mismo día de los hechos al poco tiempo de haber salido de la vivienda D.

3. CONCLUSIONES

Primera. La alevosía es compatible con un estado de intoxicación derivado del consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o que produzcan efectos análogos, si el delito cometido no es a causa de su grave adicción o un síndrome de abstinencia limitador de su capacidad de autogobierno.

Segunda. La carga de la prueba de los elementos integrantes de las circunstancias eximentes o atenuantes recae sobre el acusado, no sobre la acusación.

2. SSTS 708/2014, de 6 de noviembre; 805/2021, de 20 de octubre; y 675/2014, de 9 de octubre, entre otras.

Tercera. Para probarlos bastará con emplear criterios vinculados con la idea de probabilidad razonable. En esta resolución cobra especial importancia la declaración testifical de los agentes de Policía Local que interceptaron al condenado el día de los hechos.

Cuarta. La no apreciación de una eximente o atenuante debida a la falta de acreditamiento de tales elementos integrantes no vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Marcos CHAVES-CAROU
Suboficial del Ejército del Aire y del Espacio
Doctorando en Derecho penal y política criminal en la Universidad de Salamanca
mchavesc@usal.es

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 30 de noviembre de 2022

AGRESIONES SEXUALES GRUPALES Y CLÁUSULA DE ATIPICIDAD CON MOTIVO DEL «CASO ARANDINA»

1. MODIFICACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS: LA AUSENCIA DE INTIMIDACIÓN AMBIENTAL Y LA PROXIMIDAD DE MADUREZ FÍSICA Y PSÍQUICA

La presente sentencia del Tribunal Supremo resuelve sobre los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación de uno de los acusados, la acusación particular y la acusación popular contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 14/2020, de 18 de marzo ([ROJ STSJ CL 62/2020](#)).

Según los hechos probados, la víctima, de 15 años, comenzó una relación a través de redes sociales con uno de los acusados, con quien se enviaba fotografías en ropa interior. Tras un encuentro previo, la víctima acudió a su casa, donde se encontraban sus otros dos compañeros de piso. Tras apagar la luz uno de ellos, la víctima masturbó a los chicos y les realizó felaciones, para posteriormente acostarse con el menor de ellos, de 19 años. En un primer momento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, 379/2019, de 11 de diciembre ([ROJ: SAP BU 1017/2019](#)), entendió los hechos cometidos sin el consentimiento de la víctima, quien expresamente «se cruzó los brazos y no supo cómo reaccionar, quedándose paralizada». De esta manera, y como no podía ser de otra forma, la Audiencia reconoció la existencia de un factor intimidatorio ambiental y condenó a cada uno de los tres acusados como autores de un delito de agresión sexual con acceso carnal a una menor de 16 años y como cooperadores necesarios de los delitos cometidos por los otros inculpados. Siguiendo esta línea, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen la figura del cooperador necesario para las agresiones cometidas en grupo siempre que la aportación para la consumación de las agresiones perpetradas por los otros sea «objetiva, causal y eficaz», incluyendo la «sola» permanencia sin existir un plan premeditado, siempre que con ella se genere un clima intimidatorio ambiental sobre la víctima [BOCANEGRA MÁRQUEZ, Jara. 2021: «Tratamiento jurídico-penal de las comúnmente llamadas ‘violaciones múltiples’». En María Acale Sánchez, Ana Isabel Miranda y Adán Nieto Martín (coords.): Reformas penales en la península ibérica: A «jangada de pedra»? Madrid: Boletín Oficial del Estado, 312).

Sin embargo, tras los recursos de casación interpuestos por los acusados, los hechos probados fueron modificados por el TSJ, entendiendo la existencia de consentimiento según las conversaciones de la víctima con su círculo de amigos los días posteriores a los hechos, que difieren de las declaraciones posteriores de la misma. Tomando como referencia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, 2/2021, de

13 de enero (ROJ: STS 64/2021), y partiendo de que «la existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no puede entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio» (FD 2.º) ya que resulta habitual una progresividad en la declaración de la víctima, el Supremo determina que, en este caso, no se aprecia una progresividad en su declaración, sino que se dieron dos versiones diferentes en la fase inicial en dos entornos distintos. En este sentido, al igual que previamente interpretó el TSJ, el Supremo reafirma que las declaraciones posteriores se motivaron en el «miedo al escándalo» una vez comprendida la trascendencia de los hechos, lo que presenta una duda razonable sobre la declaración de la víctima. Así, aplicando el principio in dubio pro reo, el TS da veracidad a las primeras manifestaciones. Con base en todo lo anterior, no aprecia la presencia de intimidación ambiental y los hechos son calificados como agresiones sexuales cometidas sobre menores de 16 años tipificadas en el actual artículo 181.3 CP.

Por otro lado, y para concluir con los antecedentes de hecho, el TSJ atiende a los informes periciales forenses que determinan que el grado de madurez psicológica del menor de los acusados era similar al de la víctima, lo que, unido a su proximidad de edad, exonera su responsabilidad. Igualmente, aplica una atenuante analógica a los otros dos acusados, ya que únicamente concurren parcialmente sus criterios cumulativos (existe una ligera superioridad madurativa y cierta cercanía de edad). Sin embargo, en este segundo supuesto, el Tribunal Supremo veta cualquier posibilidad de crear una eximente ex novo, con lo que cierra la opción de atenuar la pena, como se verá en el tercer apartado.

2. AGRAVANTE CUALIFICADA POR AGRESIÓN SEXUAL GRUPAL

La primera de las cuestiones a tratar es la pertinencia de la aplicación de la agravante por actuación conjunta de dos o más personas, actualmente recogida en el artículo 181.4 a) CP (antiguo art. 183.4 b) CP). La consideración de agravante por el hecho de que una agresión sexual sea cometida en grupo radica en el mayor aseguramiento en el cumplimiento de la agresión sexual y la superior indefensión de la víctima, siendo evidente el incremento del factor intimidatorio ambiental por verse rodeada o abordada por un conjunto de personas. Además, ello aumenta de forma considerable el peligro de sufrir lesiones que atenten a su integridad física o psíquica. Sin embargo, en el presente caso, atendiendo a los antecedentes de hecho, se parte del supuesto de la existencia de consentimiento por parte de la víctima, lo que lleva incluso a excluir la responsabilidad penal de uno de los acusados. Es por ello por lo que cabe plantearse las siguientes cuestiones: ¿es precisa la concurrencia del factor intimidatorio, aunque sea ambiental, para la aplicación de la agravante por actuación conjunta de dos o más personas? ¿Nos encontramos ante una agresión sexual grupal o, por el contrario, debe tratarse como dos agresiones sexuales a una menor de 16 años de manera individualizada?

Tras la reforma del Código Penal introducida con la Ley Orgánica 10/2022, el título VIII pasó a denominarse «Delitos contra la libertad sexual», eliminando la referencia a la indemnidad sexual. Esta se refiere al derecho de toda persona a no sufrir interferencias en el libre desarrollo de su sexualidad, lo que implicaba su extensión a menores y personas con discapacidad, ya que legalmente no disponen de plena autonomía en el ejercicio de su sexualidad. A pesar de no especificarse en el título, en el propio preámbulo de la citada ley orgánica se hace mención a las violencias sexuales como aquellos actos que «condicionan el libre desarrollo de la vida sexual», realizando una referencia implícita a lo que anteriormente el Código denominaba indemnidad sexual. Es con base en la protección de este libre desarrollo que el Código Penal castiga los actos sexuales contra menores de 16 años aun siendo consentidos, contemplando, como agravante, la actuación conjunta de dos o más personas, sin exigir mayores requisitos. Por tanto, teniendo en cuenta los principios de legalidad y taxatividad, y entendiendo los hechos como cometidos de manera conjunta, cabría la aplicación de la agravante.

Sin embargo, la aplicación de la agravante difiere de su fundamento de cualificación, en tanto no supone el incremento del factor intimidatorio ambiental. Además, debe tenerse en cuenta que la línea jurisprudencial seguida en los casos de agresiones grupales es la de atribuir la total de acciones típicas a todos los sujetos participantes, respondiendo tanto por su acceso carnal como por las acciones típicas ejecutadas por el resto de los actores (ibidem, 308). En este sentido resolvió la sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar a la totalidad de los autores como cooperadores necesarios. Por el contrario, el Supremo les declara culpables de sendos delitos de agresión sobre una menor de 16 años con la agravante de comisión grupal, pero no extiende la responsabilidad a las agresiones perpetradas por el otro participante. Por tanto, hubiese sido de mayor corrección calificar los hechos como dos agresiones sexuales individualizadas, sin imponer la circunstancia agravante, o bien extender la responsabilidad como cooperador necesario al otro interviniente (opción más difícil de sostener si los hechos fueron cometidos con consentimiento).

3. SOBRE LA CLÁUSULA ROMEO Y JULIETA Y SU APLICACIÓN COMO ATENUANTE ANALÓGICA

Como segunda cuestión a comentar, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por la representación de la víctima acerca de la imposibilidad de aplicar la cláusula de atipicidad (según la doctrina mayoritaria) contenida en el artículo 183 bis CP, comúnmente conocida como cláusula Romeo y Julieta. Según su redacción, salvo en supuestos cometidos con violencia o intimidación, «el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica».

De esta manera, el legislador español optó por un criterio mixto de desarrollo/madurez y edad (criterios cumulativos), sin fijar franjas mínimas, ni en el límite inferior

para consentir, ni en su límite superior en el caso del mayor de 16 años (otros Estados establecen límites concretos). Siguiendo los criterios de la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal, en el caso de menores de 14 y 15 años, «la protección debe permitir una diferencia de edad que abarque a los jóvenes hasta 20 años inclusive, moderándose en atención al segundo parámetro (grado de desarrollo o madurez)». Es por ello por lo que el Tribunal entiende la conducta cometida por el chico de 19 años, cuya madurez era similar a la de la menor, como acorde a derecho (RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. 2021: «La cláusula Romeo y Julieta (art. 183 quater del Código Penal). Cinco años después: perspectivas teóricas y praxis jurisprudencial». Estudios Penales y Criminológicos, 2021, 41: 307-360).

Sin embargo, en atención a las circunstancias de los otros acusados, tumba la posibilidad de aplicar la cláusula como atenuante analógica por concurrir parcialmente los criterios previstos. En esta resolución, el TS remarca que la cláusula no deja lugar a un espacio intermedio, pues tan solo puede aplicarse en su totalidad como causa de atipicidad. Según su razonamiento, el artículo 21.7 CP, que se refiere a las atenuantes analógicas, hace referencia expresa a «circunstancias de análoga significación a las anteriores». Esta última consideración impediría la posibilidad de ampliarlo a otras circunstancias, como las previstas en el artículo 183 bis CP. Así, para el TS no se estaría aplicando una atenuante analógica, sino creando una atenuante ex novo, aspecto lógicamente vetado en el ordenamiento jurídico español. Esta postura, que, sin duda, resulta correcta desde la interpretación más estricta del sentido literal de la norma, se aleja tanto de lo estipulado por doctrina (ibidem, pp. 347-359), como por los criterios de la Fiscalía General del Estado y la postura jurisprudencial previa (entre otras, STS 699/2020, de 16 de diciembre de 2020 (ROJ: STS 4326/2020); SAP Almería 179/2019, de 16 de mayo de 2019 (ROJ: SAP AL 364/2019); SAP Las Palmas 34/2019, de 06 de febrero de 2019 (ROJ: SAP GC 350/2019), o SAP Vizcaya 2680/2018, de 14 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP BI 2711/2018)).

En definitiva, el Tribunal Supremo, al cerrar la puerta a la atenuación de los hechos, castiga con penas de 9 años de prisión a los condenados por un delito de agresión sexual con acceso carnal a una menor de 16 años recogido en el artículo 181.3 CP. Así, aplica las horquillas penológicas introducidas con la LO 10/2022, siendo discutible la aplicación de la agravante por comisión grupal al carecer de fundamento y no extenderse responsabilidad al otro condenado.

Manuel CABEZAS VICENTE
Personal Investigador en Formación | Área de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
mcabezas@usal.es

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022, de 13 de septiembre [BOE-A-2022-17272]

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS EN CASOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA O DE GÉNERO

Con fecha de 21 de octubre de 2022 se publica en el BOE la Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022 en la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad 5570-2021 interpuesto por cincuenta y dos diputados/as del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados/as respecto de los apartados décimo y decimonoveno del artículo 2 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [BOE n.º 132, de 03/06/2021].

1. ANTECEDENTES

52 diputados/as del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados presentaron recurso de inconstitucionalidad al entender que las modificaciones no encontraban justificación en la finalidad perseguida por la Ley 8/2021 según anunciaba su Preámbulo. En concreto recurrían:

- El párrafo cuarto del apartado 10 del artículo 2 (en concreto, el objeto del recurso es el primer inciso del párrafo cuarto), que suponía una nueva redacción del artículo 94 del Código Civil [Gaceta de Madrid n.º 206, de 25-VII-1889]. Entendían los recurrentes que vulneraba los artículos 24, 117.3, 122 y 9.3 de la Constitución española [BOE n.º 311, de 29-XII-1978]).

Los recurrentes mantenían la inconstitucionalidad del que entienden como carácter automático del no establecimiento o suspensión del régimen de visitas o estancia respecto del progenitor incurso/a en un proceso penal por atacar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. En su opinión limita e impide el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vulnera la reserva de ley orgánica y obliga al juez civil a pronunciarse acerca de la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (vulnerando el carácter improrrogable de la jurisdicción, la atribución de asuntos al orden jurisdiccional penal y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley). Se basaban en la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre [BOE n.º 274, de 14-XI-2012]. Asimismo, entendían que afectaba al principio de seguridad jurídica por

la «incertidumbre insuperable» ante la dificultad de determinar con exactitud cuándo una persona se encuentra «incurso en un proceso en un procedimiento penal iniciado».

- El apartado 19 del artículo 2 que modificaba el artículo CC. Entendían los recurrentes que vulneraba el artículo 117 CE en relación con el artículo 39 del mismo texto pues se «prevé la privación automática de la patria potestad con relación al progenitor que se halle en determinadas circunstancias». En concreto, aprecian la inconstitucionalidad si se ha «iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores» y si «la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación».

El recurso fue admitido a trámite por providencia el 7 de octubre de 2021 y trasladada la demanda y documentos presentados al Congreso, al Senado y al Gobierno (artículo 34 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [BOE n.º 239, de 05-X-1979]. Personándose en la causa a través del procedimiento establecido.

La Abogacía del Estado presentó escrito de alegaciones solicitando la desestimación íntegra del recurso según los siguientes argumentos: el carácter de «poder público» del Legislativo (artículos 9 y 39.1 y 2 CE); la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 no es aplicable al referirse a supuestos teóricos distintos; los preceptos recurridos no cercenan la patria potestad, sino que configuran el régimen general de ejercicio de facultades de guarda y compañía de menores; el artículo 39 CE no establece un límite mínimo explícito; no vulnera la reserva de ley orgánica pues los preceptos objeto del recurso no invaden o hacen decidir al órgano jurisdiccional civil sobre materias de naturaleza penal; «La modificación del apartado segundo del artículo 156 del Código Civil solo implica la constatación por el juez civil de un hecho indubitado».

Tenidas por formuladas las alegaciones por diligencia del letrado de la Administración de Justicia, quedando pendientes para su deliberación y votación de la sentencia, teniendo lugar el día 13 de septiembre de 2022.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Destacamos los siguientes fundamentos jurídicos:

- Aunque el apartado 19 del artículo 2 de la Ley 8/2021 solo introdujo el segundo párrafo, supone una modificación formal del precepto y se abre de nuevo el plazo del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para que pueda ser recurrido (FJ 1.B.b).
- «El juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, pues no es este tribunal ‘juez de la calidad técnica de las leyes’, en su triple dimensión de

corrección técnica, oportunidad o utilidad de las leyes sino ‘vigilante de su adecuación a la Constitución’» (FJ 1.C).

- Del contenido del artículo 39 CE o de la protección del interés prevalente del menor que resulta de dicho precepto (FJ 2), de los tratados internacionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 2.D) «no se infiere la imposibilidad de que el legislador, al determinar la regulación relativa al régimen de estancias, comunicaciones y visitas establezca la ponderación del interés superior del menor» (FJ 3. párrafo 1.º). Los artículos 39, 117.3 o 24 CE no vedan que el legislador pueda dictar una regulación general modulando la capacidad decisoria de los órganos judiciales (FJ 3. párrafo 2.º).
- La inconstitucionalidad del artículo 92.8 del Código Civil declarada por STC 185/2012, de 17 de octubre, vino motivada por dejar al arbitrio del Ministerio Fiscal la determinación del interés superior del menor.
- Inexistencia de infracción del art. 39 CE (FJ 4). El párrafo cuarto del art. 94 CC carece del automatismo que predicen los recurrentes y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores.
- Se descarta la vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) pues «si la autoridad judicial decidiera la suspensión del régimen de visitas habrá de hacerlo mediante una resolución motivada, en la que valore la relación indiciaria del progenitor con los hechos delictivos que han dado lugar a la formación del proceso penal» (FJ 5.c).
- Se descarta la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. No se atribuye competencia distinta a la que tiene el juzgado de primera instancia (FJ 6.c). Así como tampoco se vulnera la reserva de ley orgánica pues ni se atribuye competencia y «esta reserva no se proyecta a la fijación de las reglas fundamentales de la competencia, material y territorial» (FJ 6.c in fine).
- Se desestima la vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), en relación con el art. 39 CE. Los recurrentes no argumentan por qué entienden que la atribución a uno de los progenitores de la decisión de que el menor sea asistido y atendido psicológicamente, informando previamente al otro, en las circunstancias preceptuadas sea «irrazonable, desproporcionada, arbitraria, o contravenga el interés del menor». Además, esa decisión no está exenta de control judicial (FJ 7).

3. FALLO

Se desestima el recurso de inconstitucionalidad en su integridad.

Voto concurrente formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos y la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, por medio del cual se presenta la discrepancia con la argumentación que lo

sustenta entendiendo que en la argumentación se obvia la perspectiva de género y la violencia contra las mujeres pues «la norma impugnada surge en desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017». Opinan que se invisibiliza la violencia contra las mujeres en la argumentación y el principio feminista de que «lo que no se nombra, no existe» es una exigencia universal. Las medidas controvertidas no solo pretenden proteger a hijas e hijos que viven en contextos de violencia, sino también a las madres que pueden sufrir violencia vicaria (apartado 1).

Entienden, además, que «la perspectiva de género [...], hubiera exigido analizar por qué y cómo las medidas cuestionadas afectan en particular (aunque no en exclusiva) a las relaciones de poder entre un padre y una madre que, encontrándose en una situación de violencia, tienen hijos o hijas en común con los que despliegan una relación propia que mediatiza la que tienen entre ellos como pareja o expareja» (apartado 2).

Continúan exponiendo los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de la Ley 8/2021, así como legislación foral o especial sobre la materia. Un contexto histórico-normativo que ha de tenerse en cuenta pues de lo contrario se ignora que la evolución normativa tiende a reducir el margen de apreciación del órgano judicial para imponer medidas más restrictivas en cuanto a las relaciones parentales, como en opinión de quienes suscriben el voto concurrente/particular (apartado 3).

El principio de interés superior del menor «no se enfoca tanto hacia la preservación de sus relaciones familiares como hacia la protección de las personas menores de edad de las graves y nocivas consecuencias que para su vida, integridad física y moral y para el libre desarrollo de su personalidad derivan de su exposición a conductas de violencia de género o violencia doméstica» (apartado 4).

Cristina RUIZ LÓPEZ
Universidad de Extremadura
Profesora Contratada Doctora
cruzlopez@unex.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. Se admitirán trabajos enviados en cualquier lengua científica al uso (castellano, inglés, italiano, portugués, francés, alemán...). Para el número de junio, el plazo de entrega será hasta el 28 de febrero, y para el número de diciembre, la fecha de recepción será hasta el 30 de septiembre.
4. *Ars Iuris Salmanticensis* acusará recibo de los originales en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción, y el Consejo de Redacción resolverá sobre su publicación en el plazo máximo de tres meses. La decisión final sobre la publicación corresponde al Consejo de Redacción de AIS, previo informe positivo en el proceso de revisión por pares mediante el sistema de doble ciego. En función de la organización de cada número, aun aceptada la publicación, podría esta 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.^a J. Moro Almaraz (ed.): *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex, 319-346.

Obras en línea: se procederá igual que en los casos anteriores, indicando después de los datos bibliográficos la [fecha de consulta].

Ej.: CORDÓN MORENO, F. 2013: «La reforma del juicio de desahucio en la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas». *Centro de Estudios de Consumo Universidad de Castilla La Mancha*, <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/30/24.pdf> [4 junio 2013].

12. El envío de originales y su aprobación por parte de la Revista implica la aceptación del autor de todas las condiciones de publicación, incluidas las relativas a la cesión de sus derechos de autor.



Ediciones Universidad
Salamanca

AI S

ARS IURIS SALMANTICENSIS

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

Volumen 11

Número 1

Junio 2023

e-ISSN: 2340-5155 - CDU: 34 - 343.9 - 32|BIC: Derecho (L); Criminología (LAR); Política y gobierno (JP) - BIC: Law (L);

Crime & criminology (JKV); Politics & Government (JP) -BISAC: Law / General (LAW000000);

Social Science / Criminology (SOC004000); Political Science / General (POL000000)

<https://doi.org/10.14201/AIS2023111>

ÍNDICE

TRIBUNA DE ACTUALIDAD

1. La era de la primacía de la realidad en el Derecho Administrativo brasileño: el papel del consecuencialismo y del contextualismo, por *Fabio Lins de Lessa Carvalho*..... 11-19
2. Un año lleno de decisiones para la Unión Europea: los tres retos que debe asumir en 2023, por *Andrés López López*..... 21-36
3. Ordenanza que protege a las abejas como agentes polinizadores y fortalecimiento de las actividades apícolas en el cantón Tulcán, Provincia del Carchi, Ecuador, por *Marilyn Gabriela Herrera Jiménez*..... 37-41
4. Análisis judicial del delito de prevaricación administrativa, por *Ibiza Melián* 43-59

ESTUDIOS

1. Regionalización y territorios: un análisis de la formación de consorcios municipales en Brasil para la gobernanza ambiental de recursos hídricos, por *Leonardo Simões Agapito* 63-78
2. Memoria democrática: la represión en la enseñanza, por *Eduardo Barreto Martín, Laura Bote Díaz, Ramón Brais Freire Braña, Paula Hernández Elena, María Louro Pérez, Elena Narrillos Torres, Begoña Olaizola Zárraga, Alejandra Inés Vicario Calleja* 79-100
3. Investigando el papel de la cultura en las prácticas jurídicas en España, por *Majedeh Bozorgi*..... 101-116

CRÓNICAS DE LEGISLACIÓN..... 117-266

RESEÑAS DE JURISPRUDENCIA..... 267-354



VNIVERSIDAD
SALAMANCA

Fecha de publicación de este
volumen: Junio 2023