

ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE
A
DON MANUEL GODED MIRANDA



ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE
A
DON MANUEL GODED MIRANDA

DIRECTOR DE LA OBRA
Luís Sánchez Socías

COORDINADORES
Edmundo Bal Francés
José Ramón del Caño Palop
Alfonso Codes Calatrava
Nuria Díaz Abad
Lourdes Fraguas Gadea
María Luisa García Blanco
Antonio Martínez Lafuente
Manuel Tarrío Berjano
Macamen Tejera Gimeno

Ministerio de Justicia
Abogacía General del Estado

ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE
A
DON MANUEL GODED MIRANDA



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

Madrid, 2019

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>



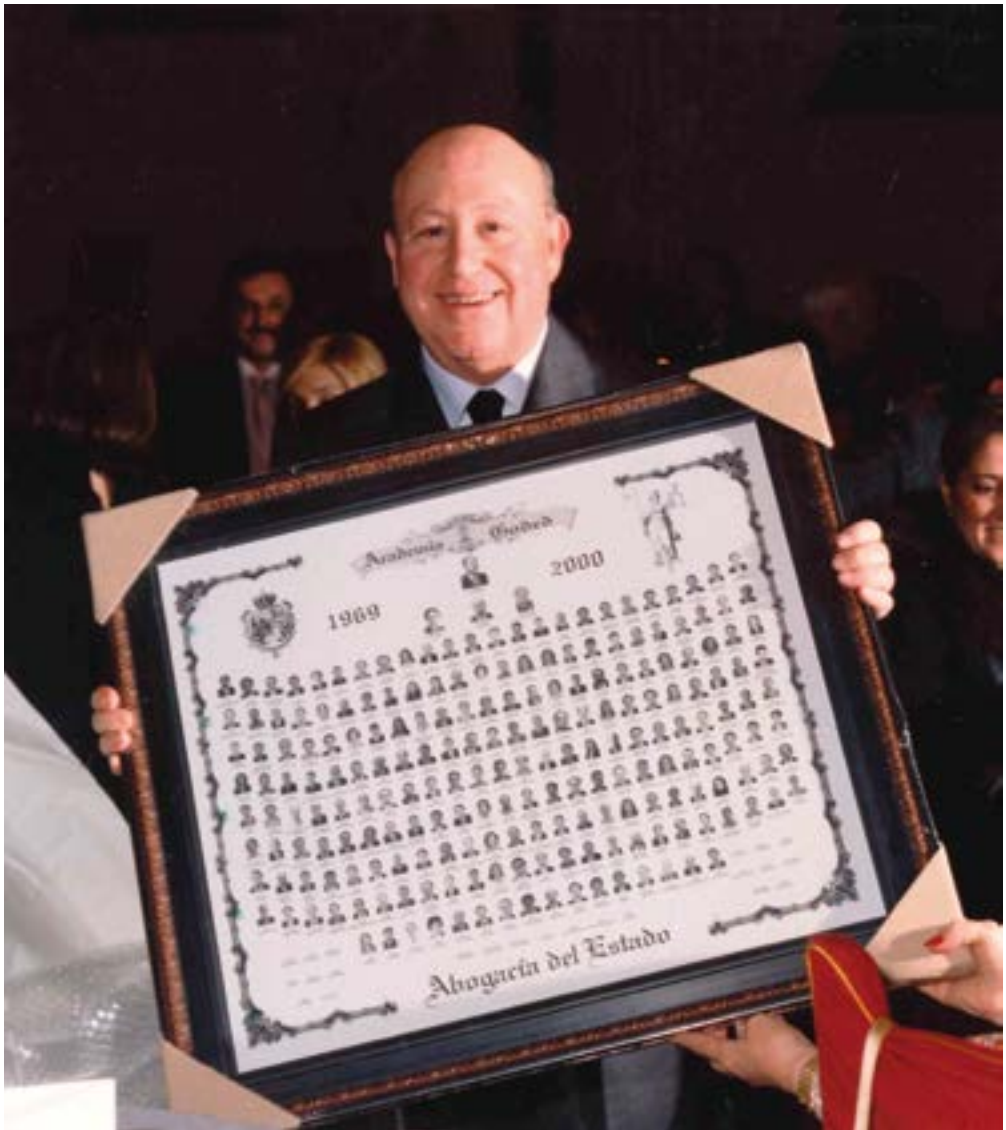
Edita: Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

© de los textos: sus autores
© de la presente edición: Ministerio de Justicia, 2019
Calle San Bernardo, 45
28015 Madrid

NIPO (papel): 051-19-003-4
NIPO (pdf): 051-19-004-X
Depósito legal: M-11551-2019

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

*A Manuel Goded Miranda,
maestro excelente y compañero ejemplar,
en agradecido recuerdo por cuanto inspiró
y suscitó en cada uno de nosotros.*



13 de enero de 2003, Palacio del Negralejo, con sus alumnos

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

<i>Biografía de Manuel Goded Miranda. Lourdes Fraguas Gadea, Macamen Tejera Gimenó</i>	17
<i>El papel de los preparadores de las oposiciones a abogado del Estado. Consuelo Castro Rey</i>	20
<i>El inicio de la Academia de Manuel Goded Miranda. Fernando Castedo Álvarez</i>	24
<i>Manuel Goded Miranda, preparador de oposiciones a abogado del Estado. Julio Díez Menéndez, Edmundo Bal Francés, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa, Ignacio Grangel Vicente</i>	29
<i>Manuel Goded y la Asociación de Abogados del Estado. Fernando Bertrán Girón</i>	33

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

<i>Sobre la independencia judicial. Nuria Díaz Abad</i>	37
<i>El ideario educativo como espacio de libertad y compromiso constitucional. Luis Sánchez Socías, José Francisco Mateu Isturiz</i>	53
<i>Doctrina constitucional reciente en materia de vivienda. En particular, la función social de la propiedad de vivienda. Alfredo Parra García-Moliner</i>	72
<i>Sobre la reforma y el cambio de la Constitución Española de 1978. En especial, la reforma del régimen electoral general. Juan Carlos Calvo Corbella</i>	88
<i>La representación del Reino de España ante el TEDH y los organismos internacionales encargados de la salvaguardia de los derechos humanos. Las actuaciones de carácter preventivo y las medidas cautelares. Rafael León Cavero</i>	111

II. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

<i>El control de los reglamentos ilegales. César Albiñana Cilveti</i>	131
<i>Novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial referencia a los nuevos procedimientos. María Pons Pelufo, María Dorronsoró Alberdi</i>	145
<i>Los encargos a medios propios personificados en la legislación de contratación pública. Raquel Ramos Vallés</i>	158
<i>Los límites al contrato menor en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Fermín Vázquez Contreras</i>	172
<i>La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en las leyes 39/2015 y 40/2015. Carlos Moro Valero</i>	187
<i>Efecto expansivo de la presunción de inocencia en procedimientos administrativos no sancionadores. Belén Triana Reyes</i>	203

III. DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

<i>Estatuto de los altos cargos de la Administración del Estado. En particular, las incompatibilidades y los conflictos de intereses.</i> Miguel Vizcaíno Calderón	225
<i>Los convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.</i> Jorge Guillermo Pipaón Pulido	238
<i>Sociedades mercantiles estatales: régimen de su personal.</i> Fernando Vizcaíno López	248
<i>Gobierno corporativo, empresa pública y responsabilidad de los administradores.</i> José María Elías de Tejada Casanova	260
<i>El régimen jurídico de los consorcios administrativos. Evolución y situación actual, tras la ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.</i> Marcos Mas Rauchwerk	277
<i>Transparencia: la aplicación jurisprudencial de los límites del derecho de acceso a la información pública.</i> Luis Vacas Chalfoun	293
<i>Reflexiones sobre el nuevo marco normativo de la protección de datos personales.</i> Agustín Puente Escobar	311
<i>Protección de datos de carácter personal, normativa europea y la adecuación a las exigencias derivadas de la Ley de Transparencia.</i> Zaida Fernández Toro	332
<i>Especialidades de la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa.</i> Juan Alfonso Domenech Gil, David Santos Sánchez	351
<i>La gestión de las aguas desalinizadas.</i> José Manuel de la Peña Sánchez	364
<i>Pasado, presente y futuro del sector eléctrico y su regulación.</i> Rafael Ramos Gil, Pascual Sala Atienza	375
<i>Prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público en el sector eléctrico: evolución legal y doctrina jurisprudencial.</i> José Ramón Mourenza Díaz	402
<i>Aparta de mí ese cáliz: la gestión de los residuos radiactivos y las competencias autonómicas.</i> Fabiola Gallego Caballero	422
<i>El cumplimiento normativo hoy. Especial referencia al sector público.</i> Antonio Botella García, Álvaro Botella Pedraza	441
<i>Autoridades administrativas independientes.</i> Beatriz Vizcaíno López	454
<i>La CNMC: algunas reflexiones sobre su organización y funcionamiento.</i> José Luis Marroquín Mochales	466
<i>Competencias de la CNMV en relación con las ofertas públicas de adquisición.</i> José Ramón del Caño Palop	484
<i>Evolución de la discrecionalidad del poder y su control, el control judicial de las decisiones de los organismos reguladores y la discrecionalidad del supervisor europeo bancario.</i> Elena Otero Novas, José Giménez Cervantes, Francisco José Serrano Gil de Albornoz	519
<i>La autorización de arrendamiento de vehículos con conductor: evolución de su régimen jurídico.</i> Alfonso Codes Calatrava, Pablo Gutiérrez Serrano	539
<i>Algunas cuestiones que se plantean en relación con la fijación del capital social mínimo de las sociedades anónimas deportivas por su ascenso a competición profesional.</i> Isabel Cadenas García	555

IV. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

<i>La suspensión de la eficacia de las ayudas de Estado no notificadas a la Comisión Europea.</i> José Manuel Villar Uribarri	569
<i>La supervisión financiera por las instituciones comunitarias.</i> Jaime Pérez Renovales	588
<i>Nuevas tecnologías de la sociedad de la información en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: casos Google, Facebook y Uber.</i> Verónica Ester Casas	599

V. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

<i>Precisiones jurisprudenciales sobre los reglamentos tributarios y la reserva de ley.</i> Antonio Martínez Lafuente	613
<i>Prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.</i> José Argüelles Pintos ..	647
<i>El carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria y el artículo 95 bis de la LGT.</i> Manuel Lamela Fernández	662
<i>La regulación de la Ley General Tributaria en materia de delito contra la Hacienda Pública.</i> Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros	683
<i>Los principios del proceso penal en la investigación de delitos fiscales por la Fiscalía y la Inspección de Hacienda.</i> Valeriano Hernández-Tavera	700
<i>Cuestiones conflictivas en los procedimientos de gestión tributaria.</i> Ricardo Huesca Boadilla	713
<i>Sobre la impugnación por los ayuntamientos de los actos de gestión catastral, en vías económico-administrativa y contencioso-administrativa.</i> Noelia Ayala Muñoz	728
<i>Aproximación a las criptomonedas. Su tributación.</i> Beatriz Alonso Segovia	743
<i>La llamada intervención de cuentas de la Generalidad de Cataluña.</i> Macamen Tejera Gimeno	763

VI. DERECHO PROCESAL

<i>Medidas cautelares en el contencioso-administrativo: el conflicto entre la tutela del interés público y la autonomía de la jurisdicción.</i> Manuel Rivero González	783
<i>El procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.</i> Juan Manuel Rodríguez Cárcamo	794
<i>El nuevo recurso de casación: paradojas.</i> Pilar Cancer Minchot	809
<i>La ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa y la mediación intrajudicial: situación actual.</i> Jesús Rodrigo Fernández	821
<i>La Ley Concursal como norma especial.</i> Francisco Pérez-Crespo Payá	838
<i>Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España.</i> María Luisa García Blanco, Isaac Salama Salama, María José García Beato	854
<i>Administración Pública y arbitraje.</i> Antonio Vázquez-Guillén, Pablo Mayor Menéndez	871
<i>España, sede de arbitraje internacional.</i> José Félix de Luis y Lorenzo	889
<i>Hacia la armonización del arbitraje comercial internacional.</i> Antonio Hierro Hernández-Mora	907
<i>El acceso a la abogacía como profesión colegiada.</i> Pedro Lescure Ceñal	916

VII. DERECHO PRIVADO

<i>Crónica parlamentaria de la primera reforma del Código Civil: un ejemplo de prevalencia del utilitarismo frente al derecho sustantivo. El caso del papel sellado correspondiente al año en el testamento ológrafo.</i> Miguel Ángel Gilabert Cervera	937
<i>La transacción.</i> Manuel Tarrío Berjano	951
<i>Singularidades del deber de lealtad de los consejeros de las sociedades mercantiles estatales.</i> Federico Pastor Ruiz	973
<i>La responsabilidad de los administradores en la regulación financiera. Hitos de su evolución.</i> Gonzalo Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Francisco Uría Fernández	987

VIII. FUNCIONES DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

<i>Abogacía del Estado: de los Pactos de la Moncloa a la moción de censura. De 1976 a 2018.</i> Francisco Espinosa Fernández	1003
<i>La deontología profesional del abogado del Estado.</i> Juan José Torres Fernández, José Luis González Carazo	1018
<i>Los códigos éticos y los pactos de integridad en la Administración Pública en general y en la Abogacía del Estado en particular.</i> Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado	1031
<i>El asesoramiento jurídico de la Casa del Rey.</i> Luis María Cazorla Prieto	1043
<i>El abogado del Estado y el sector público empresarial.</i> Juan Serrada Hierro, Luis Felipe Castresana Sánchez	1057
<i>Razones por las que un abogado del Estado debe estar familiarizado con el arbitraje.</i> José Antonio Caínzos Fernández	1076
EPÍLOGO. Manuel Martín Timón	1093

APÉNDICES

APÉNDICE FOTOGRÁFICO	1103
RESEÑA DE LOS AUTORES	1109
RELACIÓN DE LOS ALUMNOS	1122

PRESENTACIÓN

BIOGRAFÍA DE MANUEL GODED MIRANDA

Lourdes Fraguas Gadea y Macamen Tejera Gimeno

Un 14 de febrero de 1934 viene al mundo en Madrid, en la calle Libertad, Manuel Goded Miranda (Manolo). Fue el mayor de dos hermanos, cuyo padre, Manuel Goded Alonso, ejerció profesionalmente como abogado. Su madre fue Mercedes Miranda; y su abuelo, el General Goded Llopis, quien —de ascendencia catalana— nació en San Juan de Puerto Rico un 15 de octubre de 1882 y fue fusilado el 12 de agosto de 1936, en la montaña Montjuic.

Manolo cursó estudios en la capital, en el Colegio de Nuestra Señora del Pilar, siendo compañero y amigo del padre de nuestro compañero Luis Sánchez Socias.

El examen de Estado, que hizo en la Facultad de Derecho, obtuvo la calificación máxima, Matrícula de Honor y premio extraordinario.

Ya en la Facultad de Derecho, de la madrileña calle de San Bernardo, de 25 asignaturas en la carrera, obtuvo 23 matrículas de honor. Fue en la época universitaria cuando aparece en su vida la persona que ha sido más importante para él y que le ha acompañado hasta el final, Mari Carmen Rameau, con la que empieza a salir en tercer curso de carrera. La conoce en la pandilla de verano de El Escorial. Y un buen día, el 22 de agosto de 1953, tras un «¿quieres que bailemos?», comienza una preciosa historia que tan relevante ha sido para la Academia, el Cuerpo de Abogados del Estado y tantos compañeros.

Manolo hace las milicias universitarias, empezando la «mili» en 3.º de Derecho, cursando 4º como sargento y terminó al acabar la carrera de Derecho tras seis meses en Leganés, donde salió de alférez. Juró bandera en La Granja. Su bigote viene de entonces.

Terminada la carrera, se lanza al mundo de las oposiciones, primero a judicaturas, ingresando en la 8.ª Promoción, en 1958. El entonces ministro de Justicia, Sr. Iturmendi, le da el despacho con el número 1 de entre 63 nuevos jueces. Como anécdota señalamos que su entonces novia Mari Carmen rezaba para que aprobara, «aunque sea el último...». Ingresó ese año. Se incorporó a su primer destino en Huete un 12 de enero de 1959, donde dedica su tiempo libre a estudiar para ingresar en el Cuerpo de Abogados del Estado. Preparó con Jaime Montero, Antonio Sánchez del Corral y Manuel Alcalde Vallengillos. De esta forma, trabajando de juez y estudiando para lograr su gran ilusión, ser abogado del Estado, transcurrían sus jornadas, hasta que aprobó 15 meses después, el 17 de mayo de 1960, ingresado en el Cuerpo de Abogados del Estado. Su toma de posesión como abogado del Estado tuvo lugar el 6 de junio de 1960, siendo su primer destino Alicante.

Contrae matrimonio con el amor de su vida el 14 de julio de 1960. Y recién casados van a Alicante, donde el matrimonio permanece seis años. Cuentan que son los mejores años de su vida, con mucha libertad, con muchos amigos, mucha vida social... El jefe en la Abogacía del Estado en Alicante era Juan Martínez Blanquer, cuya esposa Conchita, *granaina* y una auténtica señora, les ayudó muchísimo en esos comienzos. También allí de abogado del Estado estaba Carlos Sancho, que pronto se fue a Madrid. Cuando se jubila Juan Martínez Blanquer, queda solo Manolo en la Abogacía del Estado hasta que se incorpora José Luis Llorente y después José Luis Belda. Años muy felices, y entre arroces y fiestas, sin faltar nunca a su hora a trabajar en la Abogacía del Estado, transcurrie-

ron seis años imborrables. En Alicante, Manolo también preparó a opositores para ingreso en diferentes cuerpos, desde secretarios judiciales a abogados del Estado, aunque con carácter puntual y ocasional.

Tras su etapa mediterránea, en 1966 Manolo fue destinado a Madrid, a la Delegación de Hacienda sita en calle Montalbán, con «*torres de expedientes*» —como decía—. Ahí estaba José Caso —Pepe—, con quien compartiría despacho. Estando allí, le llamó Antonio Sánchez del Corral, para que compatibilizara ese puesto con el del juzgado de delitos monetarios. Cuando llevaba allí dos años, le llama Juan Rovira y le pide que sea su colaborador en la preparación de opositores para Abogacía del Estado, al dejarlo Enrique de Benito. Y así empieza su gran labor como preparador, siendo la primera promoción que ingresa, la de 1969.

En Madrid vivieron primero en la calle Vallehermoso, y después se trasladaron a la actual vivienda, en la calle Fernando el Santo. Vivienda que adaptó a sus clases y necesidades académicas para la preparación, con el fin de poder recibir a los opositores con la exigida discreción, profesionalidad y silencio ambiental.

Cuando a Rovira le nombraron presidente de CAMPSA, pidió su colaboración. Si bien, el tiempo en que ROVIRA fue nombrado subsecretario de Hacienda, Manolo continuó en CAMPSA.

Ya siendo director José Luis Gómez Dégano, manda a Manolo al Ministerio de Comercio (el jefe era Manuel Román y estaba también de compañero Javier Revuelta). El ministerio estaba en la Castellana esquina Ayala, muy cerquita de la actual Abogacía del Estado (luego DSJE), siendo Subdirector de consultivo José Luis Llorente. Allí estuvo veinte años.

Volviendo a los avatares académicos, el 30 de junio de 1977, Fernando Castedo comunica a Manolo que deja la Academia al haber sido nombrado, por Pío Cabanillas, Subsecretario. Ese día, Manolo propone a José Antonio Piqueras su incorporación como preparador a la Academia.

En 1992, el 13 de enero le nombran magistrado del Tribunal Supremo. Desde el punto de vista de la academia fue un «viernes negro», se vivió con cierta tristeza, y sobre todo incertidumbre... pues Manolo anunció que en cuanto cobrase su primera nómina de magistrado del Tribunal Supremo, dejaría de *tomar temas*. Desde entonces solo lo hizo puntualmente; siendo la última promoción que prepara la de 1992, a la que tenemos el honor de pertenecer las dos firmantes de este resumen biográfico.

Manolo ejerce su función jurisdiccional en el Tribunal Supremo con total dedicación hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de su jubilación.

La vida de Manolo no se entiende sin dedicar unas líneas a su gran amigo, José Antonio Piqueras —y también a su esposa, a la par cuñada de Manolo, Pilar Rameau—. Comparte con él, además de con Manolo Martín Timón la preparación de muchos jóvenes ilusionados con ingresar en el Cuerpo de abogados del Estado; dedicando a ello también su tiempo, preocupaciones, anhelos, en definitiva, su VIDA.

Manolo, en compañía de sus dos compañeros, se vuelca completamente en la preparación académica y excelencia jurídica como el más ilustre jurista en ABOGACÍA DEL ESTADO.

Pero sin duda podemos afirmar que su verdadero amigo íntimo era José Antonio Piqueras. Cuando el 11 de noviembre de 1995, fallece José Antonio, dijo de él: «*Era mi hermano, mi amigo, mi compañero.*» Palabras que evidencian, retratan, y expresan lo que era Manolo, como dice Pilar: «*Escueto, breve y conciso*». Mari Carmen, sobre la relación

estrecha y profunda entre Manolo y José Antonio, señala: «*A ese nivel de amistad, nadie en su vida*».

También tuvo gran amistad con otros muchos compañeros, de todas las promociones y edades, destacando los continuadores de la Academia: José Árgüelles, Julio Díez, Nacho Monedero, Edmundo Bal...

Fundamentalmente, Manolo se ha sentido hasta el final ABOGADO DEL ESTADO y nos ha hecho sentir respecto al cuerpo y orgullo enorme por pertenecer a él. Ha sido feliz estudiando, analizando, interpretando y aplicando la ley; y enseñándonos e ilustrándonos a todos siempre, en particular, a todos los que hemos tenido el privilegio de formarnos y aprender con él y de él.

Por todo ello, a ti, Manolo, único e irrepetible: GRACIAS.

EL PAPEL DE LOS PREPARADORES DE LAS OPOSICIONES A ABOGADO DEL ESTADO

Consuelo Castro Rey

Quien nunca ha sido opositor no puede ni remotamente imaginar la intensidad de la experiencia vital que supone dedicar varios años de la primera juventud a preparar alguna de las oposiciones que dan acceso a los cuerpos más cualificados de la Administración, cuyo alto nivel de exigencia y dificultad es bien conocido.

El estudiante que, generalmente lleno de ánimo y determinación, se dispone a enfrentarse al primer tema del programa desconoce —quizás afortunadamente— que está a punto de adentrarse en un universo particular en el que todo —el tiempo, los lugares, las relaciones, las personas y las cosas— adquieren una dimensión diferente y desconocida. El mundo empieza a girar para el opositor sobre un único eje —la preparación de las oposiciones— y el objetivo de aprobarlas pasa a situarse en el centro de su vida.

En ese universo particular el opositor convive con el esfuerzo, la rutina, la monotonía y la soledad, y a menudo le rondan sentimientos de inseguridad y de angustia, de miedo y de abrumadora responsabilidad. La lucha contra sí mismo, la disciplina y la necesidad de superación son, junto al estudio, las constantes de un duro camino, que jamás va a olvidar.

Así nos los transmitió MANUEL GODED: «*Las oposiciones constituyen un singular género de selección que apasiona a los que hemos vivido lo que representan (...). No están reservadas a los iniciados en unos «nuevos misterios». Continuarán siendo un elemento excelente de selección de los más estudiosos, de los más aptos, si presentan un cuadro de materias razonables, con unos temas que faciliten el lógico desarrollo de lo que se pregunta, evitando cargar el acento en las repeticiones memorísticas, indispensables en todas las ciencias sociales, pero susceptibles de limitación, exigiendo en fin unos supuestos prácticos que sean inteligibles. Sobre todo, haciéndolo con comprensión para el esfuerzo del opositor, sin hacer pesar sobre él la falsa superioridad del iniciado, con respeto a las particularidades del individuo, pues es forzoso que existan*» (Prólogo a «La asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista», Ed. Aranzadi 1999).

Durante ese tiempo en el que el opositor se distancia del resto de la sociedad y se convierte en un ser incomprendido y extraño para quienes le rodean, su mundo está poblado por un conjunto de referentes cotidianos. Se trata de personajes, objetos, rituales, y hasta leyendas, familiares para cualquier opositor —entrañables pasado el tiempo, sobre todo si se ha conseguido aprobar—, desconocidos y triviales para todos los demás.

En su divertida obra *Oposita, que algo queda* (Ed. Civitas, 1992), JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ clasifica estos referentes en tono humorístico, siguiendo la técnica expositiva típica de un tema de la oposición, en elementos personales, reales y formales. Entre los primeros incluye, además de al propio opositor, al preparador, a los miembros del Tribunal, a la novia o el novio, a la familia, al bedel y los acompañantes; entre los segundos, los temas (a los que cabría añadir los casos prácticos), el vaso de agua, la silla y la mesa, las bolas, el pasillo, el cronómetro y el programa. Finalmente, entre los elementos formales, las recomendaciones —confío en que hoy desaparecidas, salvo como mero ritual— y los exámenes.

Si el opositor prepara fuera de su casa, también le toca vivir la estancia en el colegio mayor —o la residencia, o el piso de alquiler—, los largos viajes en tren, la preocupación y los desvelos de sus padres en la distancia. En compensación, comparte la monotonía de unos días tan escasos de alicientes con otros compañeros que están en la misma situación, y con los que muchas veces establece lazos de por vida.

Pues bien, sólo conociendo este universo en el que habita el opositor es posible entender qué representa y hasta qué punto es importante la figura del preparador.

El preparador es mucho, muchísimo más que la persona a la que se le «cantan los temas». Al contrario, por las muy especiales características del sistema de oposiciones, el preparador tiene que desempeñar varios papeles distintos y hacerlo con mesura y equilibrio. Es, al mismo tiempo, un maestro, un entrenador, un psicólogo, un confesor y, a veces, hasta un padre. «*Preparar es aquí enseñar, pero también aconsejar, tutelar, hacer propios los problemas del opositor*», resumía MANUEL GODED.

En su papel de maestro, el preparador debe guiar al opositor en la preparación del examen, ocupándose tanto del contenido como de la forma. Dado que la elaboración personal de los temas supondría para el opositor una inversión de tiempo difícilmente compatible con la intensidad y el ritmo del estudio, el preparador acostumbra a proporcionárselos y se esfuerza, además, en mantenerlos actualizados incorporando las reformas normativas y las novedades jurisprudenciales que, para desesperación del opositor, se suceden durante todo el período de la preparación.

De la calidad de los temas depende en una parte no despreciable el éxito de la oposición. Como dice LACRUZ BERDEJO en su ensayo *Sobre las oposiciones* (Zaragoza 1965), «*si [los temas] son buenos, [el opositor] hará un ejercicio brillante. Si no, un ejercicio discreto. Si los sabe recitar sin graves lagunas, difícilmente pueden dejar de aprobarlo*».

A la elaboración y actualización de los temas hay que añadir las tareas de confección de casos prácticos y su posterior discusión y corrección. Si la primera exige una labor de búsqueda y un considerable esfuerzo de imaginación, la segunda supone un reto aún más difícil: el de ser capaz de transmitir al estudiante la técnica del razonamiento jurídico y enseñarle a ordenar los hechos, a separar las cuestiones procesales de las sustantivas, a identificar el Derecho aplicable y a alcanzar conclusiones jurídicas convincentes. Y ello con la dificultad que representa enfrentar a unos supuestos de apreciable complejidad a estudiantes sin ninguna experiencia práctica, cuyo único bagaje son —y no es poco— los conocimientos teóricos esforzadamente memorizados a lo largo de los años de preparación.

Pero la preparación técnica del opositor no se agota en el estudio de los temas y en la resolución de casos prácticos. Al consistir los exámenes en la exposición oral de los temas, la técnica expositiva se convierte en un factor esencial. Y así, otra de las tareas fundamentales del preparador es la de enseñar las reglas de una buena exposición y adiestrar al opositor para hablar con fluidez, exponer ordenadamente las ideas, respetar la literalidad de los artículos cuando es necesario, evitar las muletillas y ajustar el contenido de la exposición al tiempo del que dispone.

Por otra parte, como se ha dicho antes, el preparador tiene que actuar también de forma similar a un entrenador deportivo. Con frecuencia se ha comparado la oposición con una carrera de fondo y es que, ciertamente, durante el tiempo en el que se dedica a la preparación, el opositor debe mantener una forma física y mental aceptables —sería poco realista aspirar a mucho más— que le permitan llegar al momento del examen en condiciones de rendir adecuadamente y de dar lo mejor de sí mismo. De este modo, entre las preocupaciones del preparador también se encuentra la de dar consejos que

ayuden al opositor a administrar su energía y a organizar su tiempo, orientándole sobre la necesidad y la justa medida del descanso semanal y de las vacaciones, la conveniencia de practicar algo de deporte y hasta de llevar una correcta alimentación.

Al mismo tiempo —y ésta es una de las claves para alcanzar el éxito—, en esa carrera de fondo a la que es comparable la oposición, el preparador le marca al opositor el ritmo de estudio y éste se familiariza enseguida con la clásica técnica de «las vueltas», que le permite ir avanzando en el estudio del programa sin olvidar los temas que ya ha memorizado y alcanzar el objetivo, que al principio se antoja imposible, de llegar al día del examen siendo capaz de recordar y de exponer cualquiera de los cientos de temas que integran el programa.

Por último, son muchas también las ocasiones en las que el preparador se ve en la tesitura de probar con el opositor sus dotes de psicólogo o de oficiar como su confesor, pues ese ser «desvalido» al que se refería Alberto Casal se pierde a menudo en su laberinto interior y precisa recibir constantemente apoyo moral, comprensión y motivación, que el preparador tiene que conciliar, lógicamente, con la dosis necesaria de exigencia. En esta faceta de psicólogo, el preparador escucha, aconseja, alienta, consuela o «lee la cartilla», según se requiera en cada caso.

Si alguna misión del preparador se me antoja difícil y delicada es precisamente la de ser capaz de valorar y distinguir cuándo hay que ser comprensivo y cuándo exigente. Y no digamos el acierto, y la enorme de responsabilidad, a la hora de discernir si ha llegado el momento de aconsejar honestamente a un opositor que abandone la preparación por no existir, a criterio del preparador, unas perspectivas razonables de éxito.

En ninguna de estas tareas puede prescindir el preparador de la idiosincrasia de cada opositor. Evidentemente todos ellos son personas distintas. Lo que unos necesitan puede ser contraproducente para otros. Cada uno tiene sus fortalezas y sus debilidades. En manos del preparador, de su experiencia y de su sabiduría, está cultivar y potenciar las unas y el corregir o minimizar las otras.

Todo esto hace un preparador de oposiciones —y seguramente me he quedado corta—, y las expectativas que el opositor deposita en él son altísimas, como de forma concisa pero muy expresiva he visto reflejado en un foro de oposiciones a jueces, en el que un participante sin identificar escribe lo siguiente:

Requisitos buen preparador: Seriedad, responsabilidad, constancia, entendimiento, solidaridad, accesibilidad, comprensión... y ante todo, su psicólogo, psiquiatra, padre, madre, confesor etcétera.

No es, pues, difícil comprender el extraordinario grado de compromiso que exige la tarea del preparador y el sacrificio personal que requiere. El preparador se preocupa por sus alumnos, se alegra y se entristece con ellos, les dedica una buena parte de su tiempo, de su esfuerzo y de sus inquietudes y, al final, comparte con ellos la felicidad del triunfo o el dolor y la angustia del fracaso. Si es bueno, será una referencia imprescindible a lo largo del duro camino que tiene que recorrer el opositor y ocupará siempre un lugar especial y preferente en sus recuerdos y en sus afectos.

Mi perspectiva personal sobre el papel de los preparadores es la que reflejan las líneas precedentes. Mi experiencia como preparadora es muy escasa porque, aunque he recibido propuestas de compañeros para participar en labores de preparación, siempre me han disuadido, por una parte, el sacrificio de ofrecer los niveles exigibles de implica-

ción y de entrega personal y, por otra, mi deseo de desvincularme emocionalmente de una etapa vital dura y poco gratificante, salvo por haberle puesto término felizmente.

Sin embargo, sí he tenido ocasión de «tomar temas» a algunos grupos de opositores, atendiendo a ocasionales peticiones de ayuda de otros compañeros. La impresión que me ha quedado de esos momentos fue siempre una sensación de ternura hacia aquellos estudiantes que afrontaban, con la conmovedora vulnerabilidad de sus pocos años, el tremendo desafío que es preparar la oposición.

En estas líneas en recuerdo de mi preparador Manuel Goded Miranda no puedo dejar de citar a los otros dos abogados del Estado que compartieron tarea: José Antonio Piqueras Bautista y Manuel Martín Timón; los tres revivieron su experiencia personal en cada uno de los compañeros que prepararon. Y para ser justa, debo incluir también a Mari-Carmen, Pilar y Blanca, sus mujeres, que al recibirnos y al marchar, siempre nos dirigían cariñosas palabras de ánimo.

Me acuerdo perfectamente del carácter, de la personalidad y del talante de cada uno de ellos, distintos y complementarios; de la claridad y la perfecta estructura de los temas que firmaban Manuel Goded y Fernando Castedo, muy difíciles de superar; de las citas que Manuel Martín Timón se había molestado en escribir al final de cada tema de Derecho Hipotecario para mantener alta nuestra moral. Entre otras muchas cosas, recuerdo también, como si fuera hoy, el día en que canté mi primer tema y el veredicto que recibí de Manuel Goded: «*Muy bien, Consuelo, francamente bien*». Igual que sucedió ese día, el juicio de mis preparadores, a veces elogioso, otras veces crítico, siempre fue determinante de mi estado de ánimo. Sus consejos, sus reflexiones, sus experiencias, casi todas sus reacciones, sus palabras y sus gestos están grabadas a fuego en mi memoria.

EL INICIO DE LA ACADEMIA DE MANUEL GODED MIRANDA

Fernando Castedo Álvarez

1. No es difícil hacer una descripción objetiva de lo que Manuel Goded Miranda y su Academia ha significado en la historia del Cuerpo de Abogados del Estado. Ello, no sólo por sus excepcionales cualidades, tanto intelectuales como profesionales y personales, que tantos hemos legítimamente envidiado; basta leer su biografía para advertirlo y basta oír a tantas y tantas personas que hemos tenido la oportunidad de conocerle personalmente y de compartir con él de muchas de sus actuaciones allí por donde ha desempeñado su vida profesional, muy especialmente en la vieja Dirección General de lo Contencioso del Estado y en la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Era y es, desde luego, un placer leer sus rigurosos informes, dictámenes y sentencias, como era una constante lección escuchar sus razonamientos cuando debatía una cuestión por muy compleja y difícil que se nos antojara a los que le escuchábamos y nos atrevíamos a polemizar.

Pero no toca aquí hacer el panegírico de su persona, que en todo caso —por lo ya apuntado— resulta sencillamente innecesario. Los que hemos disfrutado de él no necesitamos que se nos diga que era un jurista superdotado, por su ciencia y por su solidez cartesiana; ya lo sabemos, como también somos conscientes que ha sido para todos nosotros un referente del conocimiento jurídico, de obligada cita o invocación.

2. Tampoco resulta difícil, además, esa descripción si nos centramos en otra vertiente de su figura, más personal y también más generosa, como es la que se me ha encargado contar al lector: la de preparador de oposiciones de un larguísimo número de abogados del Estado, actividad a la que dedicó una parte importante de sus horas durante aproximadamente cincuenta años. No creo que, en la historia casi bicentenaria de dicho cuerpo, pueda citarse a nadie más que haya hecho tanto y durante tanto tiempo por ayudar a otras personas, a aquellas que aspiraban con su esfuerzo y su trabajo a hacer oposiciones para alcanzar la meta que soñaban de ser abogados del Estado.

No desmerezco con tales afirmaciones a muchos otros preparadores, anteriores y coetáneos a Manuel Goded, de los que me vienen a la memoria Juan Sánchez Cortés, Antonio Sánchez del Corral, Antonio Melchor de las Heras, Jaime Montero, Manuel Alcalde, Juan Manuel Ruigómez, Luis Argüello Bermúdez, Juan Rovira Tarazona o Enrique de Benito; y tantos otros que, antes o después, han ido dando —o hemos ido dando— un poco de ellos mismos para que los hombres y mujeres que han pertenecido o pertenecen hoy en día a ese prestigioso cuerpo de juristas puedan firmar bajo la rúbrica «Abogado del Estado».

No me aparto un ápice de la verdad si reitero que Manuel Goded nos ha superado a todos porque, a la postre, la preparación de opositores para el ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado ha constituido en él una auténtica y profunda dedicación de vida, que ha dejado en la historia del Cuerpo una significativa —y probablemente irrepetible— huella. Para fundar esta afirmación, bastará con destacar que, dentro de un colectivo tan exiguo en efectivos, bastantes más de doscientos abogados del Estado han sido —hemos sido— alumnos suyos. Y no sólo abogados del Estado se cuentan entre sus alumnos, porque fruto de sus enseñanzas, de su exigencia y de sus consejos hay también numero-

sos jueces, notarios, registradores de la Propiedad, exagentes de Cambio y Bolsa, inspectores de Hacienda, etc.

3. Como he apuntado, esa admirable por comprometida dedicación arrancó en su madura juventud. Estando destinado en la Subdirección General de lo Consultivo de la Dirección General de lo Contencioso-Administrativo del Ministerio de Hacienda, Manuel Goded Miranda se incorporó a la preparación de oposiciones a Abogados del Estado en 1967 en la ya prestigiosa academia que entonces regía Juan Rovira Tarazona, sustituyendo en la tarea a Enrique de Benito.

La Academia se conocía por aquel entonces como la de Juan Rovira, y a la misma yo me había incorporado como alumno en 1966. Tuve, pues, el privilegio de tenerle por mentor y, merced a su ayuda y también a la de Juan y —con anterioridad— a la de Enrique, pude finalmente ingresar en el Cuerpo con la promoción de 1969.

El lector sabrá disculparme por las referencias personales que en estas líneas tengo que hacer; resultan obligadas para explicar el inicio de la que, un poco más adelante, se conocería ya como la Academia de Manuel Goded. En efecto; después de algo más de dos años prestando servicios en Santander, en septiembre de 1971 fue destinado a la Delegación de Hacienda de Madrid, en concreto a la Secretaría del entonces Tribunal Económico-Administrativo Provincial. Allí, en el mismo mes de septiembre, recibí una llamada inesperada de Juan Rovira porque la Academia tenía en ese momento una sobrecarga de alumnos y Manuel Goded y él habían pensado en mí para ayudarles en la preparación, para ocuparme de un grupo especial que habían pensado constituir para descargarse un poco del elevado número de solicitudes de nuevos alumnos que tenían.

El sistema de rotación de la Academia es bien conocido para quienes habéis pasado por ella. En principio, las clases se impartían por las tardes desde las 17:00 hasta las 20:00 horas, en grupos de cinco alumnos por hora, y tres días a la semana por grupo. Cada semana Juan y Manolo rotaban de grupo, de modo que, si una semana Juan daba clases a los grupos de lunes, miércoles y viernes, y Manolo las daba a los grupos de martes, jueves y sábado, a la semana siguiente era Manolo quien se ocupaba de los primeros y Juan el que trabajaba con los segundos. Todo este planteamiento organizativo sólo permitía, si se quería dedicar a cada alumno el tiempo razonable y necesario, un número máximo de alumnos.

Pero resultó que, en ese momento, el conjunto de aspirantes excedía de dicho límite; y, por ello, pensaron que resultaba conveniente crear un nuevo o unos nuevos grupos y encomendar la preparación de éstos a otro compañero, que se integrara en la Academia como su preparador. Era —y sigue siendo— evidente que cuatro horas —al menos— escuchando temas y orientando al mismo tiempo a los opositores, y así tres días a la semana durante todo el año salvo los periodos vacacionales de navidades y verano, constituía una carga de trabajo y de ocupación ya de por sí excesiva. Por ello, decidieron ampliar el número de preparadores, incorporando a un tercero para que se ocupara de los nuevos opositores que iban llegando a la Academia.

Tuve la fortuna de que pensarán en mí. Tengo que confesar que me sentí muy honrado y que, no siendo muy consciente entonces de lo que «me echaba encima», acepté sin dudar. Ahí es nada compartir mi nombre, aún en letra pequeña, con semejantes «compañeros». Puede ahora decir en voz muy alta que no me he arrepentido nunca, porque el tiempo que me dediqué a la preparación de opositores me marcó intensamente y, al mismo tiempo, me permitió profundizar en mi afecto y reconocimiento hacia Manolo y, por supuesto, en mi relación personal con él. Gracias a ello, de ser mi «prepa-

rador», llegamos a generar entre ambos y nuestras respectivas familias una estrecha e íntima amistad.

Por entonces, todavía la Academia seguía siendo conocida como la de Juan Rovira. Pero pocos meses después, en concreto a finales de ese año 1971, Juan fue nombrado Subsecretario de Hacienda y, como es obvio, tuvo que dejar las clases. Aunque a mí, como recién llegado, no me correspondía la decisión a tomar, Manolo tuvo la deferencia de consultarme qué hacer. Me dijo que la opción más lógica, a su juicio, era que yo me incorporara a los grupos generales en sustitución de Juan, eligiendo a un nuevo compañero para que me sustituyera en el grupo especial. Recuerdo que, casi sin pensarlo, yo le dije que si en ese momento él no tenía inconveniente en incrementar en una hora el horario de los grupos generales —empezando o terminando, respectivamente, una hora antes o una hora después—, yo estaba dispuesto a ello y así podíamos incorporar el grupo especial con el que yo había empezado mi colaboración a los generales ya establecidos, sin necesidad por el momento de contar con un nuevo preparador. Aunque la decisión debía tomarse con rapidez, quedó en pensarlo y decirme algo.

No tardó mucho en hacerlo. Al día siguiente, hablamos y me manifestó que mi propuesta le parecía muy bien, aunque ello sin duda supusiera mayor carga de trabajo para ambos. Y así lo hicimos durante un largo tiempo, porque —como después referiré— más adelante no tuvimos otro remedio que recabar ayuda.

4. Huelga decir que, desde ese mismo instante, la Academia empezó a ser ya la de Manuel Goded. En ella, estuve como preparador hasta 1977; tuve que dejarla cuando fui nombrado subsecretario de Cultura en los últimos meses de 1977 por el Gobierno que se constituyó después de las primeras elecciones democráticas (15 de junio de 1977). Es decir, seis largos años.

En esos seis años, tuve la suerte de participar en los éxitos de la Academia de Manuel Goded, que acabaron por consolidarla definitivamente. Baste decir que, si en las oposiciones de 1969, 7 de los 18 aprobados eran alumnos de la Academia, y que en las de 1971 fueron 14 de 27, en las oposiciones de 1973 la Academia de Manuel Goded ingresó 7 de 25; en las de 1975, 17 de 31; y, en las de 1976, 13 de 20. Podría seguir describiendo los análogos resultados obtenidos por la Academia en promociones posteriores, pero creo que los datos reflejados son suficientes para valorar el «peso» que alcanzó la Academia de Manuel Goded y su «implantación en el gremio» de los opositores.

No puedo terminar esta parte de mis recuerdos sin hacer obligada referencia a aquellos compañeros que durante ese período inicial se incorporaron a la Academia como preparadores para un grupo especial. Me refiero, por su orden, en particular a dos: a Juan Segura Galán (de entrañable recuerdo) y a Manuel Martín Timón. Y no puedo tampoco dejar de citar a quien a mí me sustituyó, José Antonio Piqueras (también de entrañable recuerdo). Su participación en la Academia ha sido, sin duda, decisiva; su nombre, junto con el de aquellos otros que en ella se han integrado más tarde, está vinculado de forma imborrable a la Academia de Manuel Goded.

5. Creo que, con lo dicho, no se puede calificar como exagerada la afirmación inicial de que Manuel Goded y su Academia están ya en la historia del Cuerpo de Abogados del Estado.

Pero, quizá, la evocación de Manolo y de su Academia no quede completa sin aludir a otros importantísimos aspectos de la preparación de opositores. En primer lugar, y como es sabido, ésta no se agota con las clases en las que los opositores exponen sus

temas al preparador y reciben de éste orientaciones sobre el fondo y la forma de tal exposición. Especial importancia tiene la preparación de los ejercicios prácticos. Pues bien, elaborar esos casos prácticos, sean dictámenes o pleitos (y, en aquellos tiempos, también supuestos de liquidaciones de sucesiones y/o donaciones, de transmisiones patrimoniales y de actos jurídicos documentados), es asimismo tarea fundamental de los preparadores, porque en ellos tienen que verter casos imaginarios sobre los que los opositores —que ya han aprobado los ejercicios orales— deben elaborar sus criterios jurídicos de modo semejante a cómo han de hacer en el correspondiente ejercicio de la oposición.

No puede ocultarse que esa parte de la preparación, la de los ejercicios prácticos, es tarea de enorme responsabilidad para el preparador, porque el debate y la orientación sobre las soluciones propuestas por los opositores ante los casos propuestos por el preparador constituye un elemento esencial en la formación de aquéllos y, a la postre, para la superación del correspondiente ejercicio.

A esa tarea, en aquella época, Manolo y yo dedicábamos mucho tiempo, creando primero el caso en cuestión a someter a los opositores y discutiendo después entre ambos la solución que para el mismo nos parecía más correcta: ello, aunque los exámenes de la oposición quedaran todavía lejos. El caso elaborado se sometía a los opositores y se debatía con cada uno de los preparadores en reuniones a veces de más de tres horas. Sin lugar a duda, Manolo resultaba en estas reuniones un gran maestro, difícilmente igualable.

En segundo lugar, es de mencionar también la elaboración de los temas de las distintas materias, o al menos de algunas de las principales, que forman parte del programa de las oposiciones. Particular que, desde sus orígenes, la Academia de Manuel Goded llevó a cabo.

Como cualquier otro opositor, Manolo tenía hechos los temas de las oposiciones, adaptados al programa que él había preparado para su ingreso en el Cuerpo; yo también. Por ello, a los pocos meses de incorporarme a la preparación, comentamos la conveniencia de poner al día dichos temas, adecuándolos al nuevo de programa de oposiciones existente a la sazón. Ello nos exigía un importante esfuerzo, porque, si con anterioridad sólo existía un examen oral de exposición de temas de una hora y media de duración, en 1966 cambió la estructura de los exámenes, que pasaron a ser cinco, los dos primeros de ellos orales, cada uno de una hora de duración, respectivamente dedicados en términos generales a las materias de Derecho Privado y de Derecho Público que constituían el programa de las oposiciones. Esta diferencia de tiempo expositivo de los temas se traducía en un significativo aumento del número de temas a preparar, así como del tiempo a dedicar a determinadas disciplinas sustanciales del programa dentro de cada ejercicio.

No obstante, ese esfuerzo común no nos arredró y decidimos elaborar los temas de oposiciones sobre la base de los que ambos teníamos ya confeccionados. Así, elaboramos en primer lugar los temas de Derecho Civil, seguidamente los de Derecho Mercantil y, por último, los de Derecho Procesal. Ahí nos quedamos. Fue una tarea dura pero apasionante en lo sustantivo y, en todo caso, también complicada en lo formal pues en aquellos momentos no existían ni ordenadores ni impresoras; así cualquier error mecanográfico en la redacción de los temas requería la nueva mecanografía completa de la página o páginas correspondientes, a lo que hay que añadir que la elaboración de copias requería necesariamente el uso de papel-carbón.

Si, con perspectiva de hoy, esa tarea puede verse —al menos, yo la veo así— como prehistórica o antediluviana, fue altamente compensatoria. Así la hemos considerado

Manolo y yo cada vez que hemos evocado el trabajo que a ella le dedicamos; y creo que así lo consideran también los muchos alumnos, hoy compañeros o no, que los han utilizado.

6. Espero también que el lector me perdone por las finales derivas humanas que siguen a continuación. Pero no puedo explicar lo que, para mí, fueron esos primeros años de inicio de la Academia de Goded sin aludir someramente a mi relación personal con Manolo.

Si en la preparación de opositores, como ha quedado dicho, nuestra colaboración fue muy intensa y amplia, también lo fue en otras actividades profesionales. No existiendo entonces incompatibilidad general para el ejercicio de nuestra profesión, tuvimos la oportunidad de trabajar conjuntamente en algunos dictámenes que nos encargaron algunos despachos de abogados de reconocido prestigio en aquel tiempo. Recuerdo reuniones de debate jurídico entre ambos, para establecer criterios sobre las cuestiones de fondo y sobre la redacción de dichos dictámenes, que han constituido para mí un privilegio del que no he gozado nunca más.

Toda esa conjunción de actividades comunes nos llevó también a compartir muchos momentos de vida familiar y de ocio, incluidos viajes vacacionales por España y por el extranjero (del que recuerdo de modo muy especial uno que hicimos a París). Creo que puedo afirmar con orgullo que, por todo ello, Manolo y yo fuimos, sin duda, mucho más que compañeros.

Por todo ello, tuve la gran oportunidad de conocer sus principales aficiones, desconocidas para muchos: la pintura y la poesía. Manolo Goded fue, desde su adolescencia, un excelente pintor y un reconocido poeta. Si el resultado de la primera quedó en el ámbito de su intimidad cercana, el fruto de la segunda traspasó esos límites; así, ya a los dieciocho años le concedieron el Premio Keeps de Poesía. Lástima que sólo haya publicado uno de sus trabajos, cuya lectura recomiendo: el *Libro de la vida nueva* (publicado en 1979 por la editorial Aldonza de Poesía).

No quiero terminar estos recuerdos personales sin referirme a Mary Carmen Rameau, su esposa, y hoy viuda, también pintora, por cierto. Cuántas veces nos ayudó en tareas organizativas y cuántas veces nos infundió ánimos en algunos momentos en los que nos flaqueaban las fuerzas ante la carga excesiva de dedicación que la Academia nos exigía. Sin Mary Carmen, puedo afirmarlo con pleno conocimiento de causa, la Academia de Manuel Goded no hubiera podido existir. Creo que es de justicia decirlo y, por eso, quiero dejar constancia de ello.

MANUEL GODED MIRANDA, PREPARADOR DE OPOSICIONES A ABOGADO DEL ESTADO

*Julio Díez Menéndez, Edmundo Bal Francés, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa,
Ignacio Grangel Vicente*

Hemos de comenzar nuestra colaboración como continuadores de la Academia Goded compartiendo algunas reflexiones acerca de las oposiciones que muchas veces nos trasladó Manolo. Para él las oposiciones constituían un excelente sistema de ingreso, apasionante para los que las han vivido y superado, pero que a la vez genera importantes rechazos. Por ello, siempre comentó que la supervivencia del sistema de las oposiciones vendría condicionado por la existencia de un programa que presentase un cuadro de materias razonables; que evitase cargar el acento en las repeticiones memorísticas; y, con un sistema de prácticos inteligibles y adaptados al nivel de conocimientos que se puede exigir al opositor que no ha ejercido todavía como Abogado del Estado ni siquiera en la mayoría de las ocasiones como abogado colegiado. También decía que las oposiciones tenían que hacerse más humanas y huir del elitismo exacerbado.

No le faltaba razón, y es un deber moral que en este libro homenaje abordemos si nuestro actual sistema de ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado es el más idóneo para reclutar las futuras generaciones de abogados del Estado. Los tiempos han cambiado: la sociedad se enfrenta a los nuevos retos de la revolución tecnológica, inteligencia artificial, «*big data*»... Esta revolución también ha llegado a la abogacía, hoy los nuevos abogados del siglo XXI pertenecen a la llamada generación 4.0; por el contrario, el sistema de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado permanece inmóvil o petrificado.

¿Encuentra justificación este inmovilismo?

La práctica totalidad de los abogados del Estado en activo han realizado los estudios de la licenciatura en Derecho con el Plan de 1953: cinco años de carrera y 25 asignaturas. Era ese un sistema de estudio basado en la superación de la teoría a base de aprender de memoria códigos, temas, y con escasa o nula preparación práctica. Sin embargo, los actuales opositores que se incorporan a las academias de preparación están formados en el Plan Bolonia, lo que ha supuesto la desaparición de la licenciatura de Derecho y su sustitución por el nuevo grado de Derecho: con duración de cuatro años, más dos años de master y, finalmente, el examen de acceso a la abogacía. En este nuevo sistema, lo más relevante del cambio no es lo que se enseña, sino la propia metodología docente. Hemos dejado atrás las clases magistrales, exámenes memorísticos, en fin, la visión del estudiante como una enciclopedia andante; por el contrario, ahora se pone el énfasis en el aprendizaje de la teoría a través de los casos prácticos, seminarios, discusiones en grupo, se potencia la interacción alumno y profesores, trabajos de fin de grado y prácticas externas obligatorias en despachos de abogados, tribunales, notarias, Administraciones públicas. En fin, se adiestra a los alumnos en el perfeccionamiento de las habilidades que requiere un profesional del Derecho, por lo que no cabe duda que el sistema actual supone una ruptura radical con la metodología del aprendizaje del Derecho que se seguía en tiempos pasados.

Si hoy a los alumnos de las facultades, incluso, desde la infancia, no se les exige grandes dotes memorísticas, sino que se les enseña a resolver los problemas prácticos aprovechando la revolución tecnológica, la reflexión que debemos hacernos, como sugería Manolo, es si tiene sentido que descansen tanto nuestras oposiciones en repeticiones

memorísticas. Verdaderamente, para ser abogado del Estado hoy, ¿es realmente necesario haber memorizado hasta la saciedad las servidumbres legales, las presunciones a favor y en contra de la medianería o las doce villas de Vizcaya donde se aplica el Código Civil común? ¿Dar el «nivel» depende de ello? ¿Es esta la forma racional de capturar el talento? ¿El sistema de repetición memorística que exigimos en las oposiciones es coherente y continuista con la formación universitaria? ¿Si las universidades focalizan el sistema de aprendizaje en las facetas prácticas que tiene la formación de un abogado, deben marchitarse por el camino magníficos futuros abogados del Estado que no han dado el «nivel» en los orales?

La modificación del sistema de ingreso en el Cuerpo de Abogados del Estado es un asunto urgente que debe abordarse y que levantará pasiones, estableciendo pruebas que permitan la captura del talento de una forma adaptada a los modelos de enseñanza actuales. Hemos de garantizar que nuestra oposición sea atractiva, mantener un cuerpo de opositores estable, y que el esfuerzo y dedicación al estudio se enjuicie por los tribunales de oposiciones mediante pruebas selectivas que sean coherentes con los tiempos. Hace años, por ejemplo, la Abogacía General puso en marcha un proyecto para ir a las universidades a explicar nuestra oposición y nuestra profesión a los jóvenes, de la misma forma que hacen los despachos de abogados; tuvo gran éxito, pero se abandonó con posterioridad.

Queden aquí estas reflexiones públicas recogiendo el testigo de Manolo, quien siempre se planteaba los problemas derivados de nuestro sistema de acceso.

Volvamos ahora a lo más íntimo. Hemos tenido la suerte de poder leer antes de escribir esta presentación las palabras de Fernando Castedo. Preparamos la oposición con Manuel Goded, Manuel Martín Timón y José Antonio Piqueras. Y para ser justos, también con MariCarmen, Pilar y Blanca, que nos abrían las puertas de sus casas, nos preguntaban cómo andábamos y nos daban ánimos.

Después de José Antonio Piqueras y Manolo Martín Timón, fueron preparadores de la Academia José Argüelles Pintos, Julio Díez Menéndez, José Ignacio Monedero Montero de Espinosa, José Giménez Cervantes, Edmundo Bal Francés, Alfredo Parra García-Moliner e Ignacio Grangel Vicente. En la Academia, además, siempre han sido muy importantes los preparadores sustitutos; pues las clases, no se podían cancelar nunca, como así ha sido hasta día de hoy. Muchos de ellos, con el tiempo, además, crearon sus propias academias. En la actualidad desde hace años, colabora con nosotros en esta función, Lucía Pedreño Navarro. Manolo dejó de preparar cuando fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo y cuando se jubiló volvió a su academia unos años, hasta que la salud se lo permitió, porque era lo que más le gustaba.

Cuando Manolo se reincorporo a su Academia tras la jubilación, los opositores de entonces, que solo tenían referencias de él por la firma de los temas, quedaron todos impresionados, pues Goded existía, no era una entelequia; y desde entonces quedó con el nombre de don Manuel. Era un gusto comprobar con cuanta veneración y respeto los opositores seguían sus consejos y enseñanzas.

Todos nosotros hemos recibido las enseñanzas de Manolo Goded. Más allá de «cantar» unos temas, una filosofía, una forma de pensar que vale tanto para los valores que sostiene una persona como para la forma en la que debe ser ejercida esta profesión nuestra tan difícil, la de Abogado del Estado, en cualquiera de las situaciones administrativas en las que nos encontremos. La palabra cantar lleva comillas porque MariCarmen siempre nos decía que en su casa no se cantaban temas, los temas se decían.

La preparación exigía y exige acompañar a los opositores a los exámenes. Hay que estar ahí, tanto antes comenzar el ejercicio, durante el mismo y en la espera de las notas. Bastaba ver un simple gesto de Manolo para saber si el opositor iba a aprobar o no. Sin duda, tenía un ojo especial; y lo mismo para los casos. Si el opositor lo había abordado de una forma comprensible y lógica para Manolo, aunque no fuese la solución oficial, siempre daba un hilo de esperanza al opositor para aprobar: y no fallaba nunca.

Hoy Julio Díez, José Ignacio Monedero, Edmundo Bal y Nacho Grangel somos los preparadores de la Academia y seguimos siendo la «Academia Goded». Porque hemos recibido eso que Manolo creó un día y llegará el momento en que tendremos que transmitirlo a otros, con los mismos esquemas, con los mismos valores, con su energía, con su saber.

Manolo, en esas cenas con sus alumnos que acababan de llegar al grado de compañeros, nos decía por ejemplo que no invocáramos jamás ser de la academia Goded, que cuando uno aprueba, es compañero de todos y no hay más que hablar. Y que uno, entre compañeros, tiene legitimidad para decir lo que piensa, cualquiera que sea la jerarquía de cada quien, que esa jerarquía cambia con el tiempo y que sólo en la discrepancia se progresa.

Aunque no lo pareciera, siempre fue un rebelde, quiso cambiar las cosas. Lo más importante fue la forma de preparar la oposición. Antes de él, estudiando con manuales; después, él inventó «los temas». Le criticaban porque los de las otras academias sabían derecho mientras que los de Goded sabían «temas» que por otro lado eran fruto de su magnífico esfuerzo y capacidad de síntesis y ahorraba un tiempo inestimable al opositor. Pero el éxito en la lista de aprobados era rotundo. A día de hoy seguimos con la elaboración y actualización permanente de los temas, labor cuando menos intensa debido a los continuos cambios normativos. Son célebres también las citas al final de algunos temas como los de Derecho Hipotecario que fueron introducidas por Manolo Martín Timón.

Tenía también obsesión por no faltar nunca a sus clases. Pocas veces nos encontramos con el compañero que le sustituía de vez en cuando. Cuando preparas oposiciones, la función es una vocación y una obligación y es el preparador quien tiene que atender al opositor según el calendario de su examen, ya sea en agosto o resto de festividades, no hay pausas por vacaciones ni puentes, es el esfuerzo continuo y acompañado el que te lleva a la meta y los temas y el tribunal quienes deciden tu suerte.

Lunes, miércoles y viernes, a tu hora, con retrasos si el anterior opositor tiene dudas y hace preguntas, pero siempre en esa rutina, esencial para el opositor, siempre a la misma hora y en el mismo lugar. En esta oposición se compite contra uno mismo y no contra el resto de opositores y el preparador se convierte en una compañía insustituible que debe ser permanente hasta el día que apruebas.

Lunes, miércoles y viernes. Seis temas de civil a la semana. Después, ya veremos. Hipotecario, Procesal, Mercantil, te saltas el Laboral (que es una «maría»), Constitucional. Y después un día público y otro privado. Administrativo, Financiero, Internacional y Penal (otra «maría»). Cada tema en su tiempo justo. Y llega el examen, hay que dar «vueltas». ¿La última vuelta? Como veas tú que te aguanta la memoria, decía... Diez días, quince días, tú verás...

Y los casos prácticos, donde no entendías nada. Y él te lo contaba y parecía obvio, lo cual te hacía sentirte menos preparado de lo que creías estar. Desde hace años, la Academia tomó la decisión de preparar un caso mensual a los alumnos. Con ello se ha pretendido reforzar esta faceta tan importante y decisiva de la oposición una vez superados los dos ejercicios orales.

Como Manolo escribió en una ocasión: «Preparar es aquí enseñar, pero también aconsejar, tutelar, hacer propios los problemas del opositor».

Lunes, miércoles y viernes, hacer temas para los opositores, prepararles casos y las ganas de que ese chaval sea tu compañero porque se lo merece, porque le acompañas en el reto, eso es lo que hacemos quienes hemos tenido la suerte de formar parte del Cuerpo de Abogados del Estado gracias a él y seguimos dedicándonos a esta dura tarea de la preparación, con sus alegrías y sus sinsabores.

Gracias, Manolo.

MANUEL GODED Y LA ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEL ESTADO

Fernando Bertrán Girón

La Ley 19/1977 de 1 de abril vino a reconocer en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de los trabajadores y empresarios a la constitución de asociaciones profesionales para la defensa de los intereses propios de las distintas «ramas de actividad». Dicha previsión, requería una regulación específica respecto de los funcionarios públicos, a la que se remitía la disposición adicional segunda de la Ley 19/1977 de 1 de abril. El 17 de junio de 1977 se dictaba el Real Decreto 1522/1977 que desarrollaba las previsiones de la Ley 19/1977 de 1 de abril y dejaba abierta la puerta para que pudieran constituirse Asociaciones profesionales por los funcionarios públicos sin necesidad de autorización previa (art. 1 RD 1522/1977 de 17 de Junio).

Los abogados del Estado quisieron dotarse de una asociación profesional que se destinara a la defensa de los intereses corporativos que nos son propios y ello nos lleva necesariamente a la figura de Manuel Goded. Puede afirmarse, aplicando esa clásica teoría de la equivalencia de las condiciones, que sin Manuel Goded no habría nacido nuestra asociación, por la sencilla razón de que fue uno de los suscriptores de nuestra acta fundacional. Juan Manuel Ruigómez Iza, Manuel Goded Miranda, Luis Argüello Bermúdez, Antonio Martínez Lafuente y Fernando Bertrán Mendizábal fueron quienes suscribieron dicha acta, constituyéndose, a su vez, en Junta Promotora de la Asociación en el año 1977. Sin ellos, no habría nacido la Asociación y les debemos el impulso de una iniciativa que, entonces y ahora, tiene todo el sentido. La idea de aglutinar a todos los compañeros en una asociación, orientada, desde el primero de los textos de nuestros estatutos al «fomento y defensa de los intereses profesionales y corporativos de los abogados del Estado», es una deuda que todos tenemos con los promotores de la misma. Entre ellos, no podía faltar Manuel Goded, quien encarnó y sigue encarnando los valores que deben caracterizar al Cuerpo de Abogados del Estado; es, por tanto, la asociación deudora de Manuel Goded y de sus valores, lo que supone una extraordinaria responsabilidad para quienes formamos parte de la misma.

El 11 de noviembre de 1977 se celebró la asamblea constituyente de nuestra asociación en la sede del Instituto Nacional de Industria, a la que acudieron 219 compañeros sobre un total de 309 asociados. En el acta de la asamblea consta la presencia de Manuel Goded como miembro de la Mesa provisional de la misma, que estaba integrada por quienes habían suscrito nuestra acta fundacional. Refleja asimismo el acta su participación en los debates que culminaron con la aprobación de nuestros estatutos, planteándose ya entonces cuestiones como la presencia territorial en el Consejo Directivo de la Asociación o el establecimiento de un turno de menor antigüedad en el mismo —para quienes hubieran prestado servicios durante un periodo inferior a los diez años—. Por unanimidad, se acordó agradecer la labor de la Junta Promotora, lo que refleja un sentir del Cuerpo que debiera persistir hoy. Sin nuestra Junta Promotora, no estaríamos aquí. Cuarenta años después, podemos decir que sigue plenamente vigente la necesidad de defender y fomentar nuestros intereses corporativos, desde la unidad que sigue caracterizando a nuestro Cuerpo. Unidad que es santo y seña de la Asociación de Abogados del Estado.

La *Revista de la Asociación* nos permite, tras casi cincuenta números, repasar los últimos años de «vida» del Cuerpo. Y su análisis pone de manifiesto que, como no podía

ser de otra forma, Manuel Goded ha estado presente en los números que podríamos considerar «emblemáticos» de la misma. Así, ya el primer número de la *Revista*, publicado en los meses de mayo y junio de 2003, daba cumplida cuenta del merecido homenaje que recibió el 18 de enero de 2003. El texto del artículo publicado recuerda el discurso pronunciado por él e incorpora sendas fotografías que merecen ser destacadas. Me refiero a su fotografía con todos los compañeros que asistieron al homenaje y a la instantánea en la que, con el rubor propio de las personas verdaderamente grandes, podemos verle con la «orla» que le fue entregada aquel día y en la que figuraban todos sus alumnos abogados del Estado.

El 125 Aniversario de nuestro Cuerpo fue conmemorado como merecía la ocasión, dedicándose un número especial de la *Revista* a la efeméride, que fue publicado en junio de 2006. Nuevamente, como en todas nuestras grandes ocasiones, encontramos a Manuel Goded en dicho número, escribiendo un precioso artículo sobre su promoción, que había aprobado en el año 1960. Nos dejó el recuerdo de buena parte de los acontecimientos relevantes de aquel año, a los que, sin duda, habría que añadir su ingreso en nuestro Cuerpo.

En el mes de marzo de 2008 el editorial de nuestra *Revista* conmemoraba los treinta años de vida de la Asociación, expresando el texto el agradecimiento hacia los miembros integrantes de su Junta Promotora, entre los que se encontraba Manuel Goded. Transcurridos diez años desde aquella publicación, seguimos teniendo como retos esenciales del Cuerpo los de defensa profesional y mantenimiento de la unidad, como bien recordaba dicho editorial. Bien haríamos en tomar como referente para su consecución a compañeros como Manuel Goded.

El número 47 de nuestra *Revista* contiene dos obituarios escritos con nuestros compañeros Edmundo Bal Francés y José Ignacio Monedero Montero de Espinosa en memoria de Manuel Goded. De su lectura sosegada, meses después de su publicación y transcurrido prácticamente un año desde su pérdida, pueden extraerse los extraordinarios valores que le hicieron acreedor del cariño, afecto y admiración de los compañeros. Su decisiva contribución a la Asociación es solo un ejemplo de los valores que inspiraron su buen hacer vital: generosidad, lealtad hacia el Cuerpo, humildad y una extraordinaria bondad, siempre compartida con MariCarmen.

Basta, para reflejar el cariño y admiración de todos, el recuerdo de la última cena-homenaje a nuestros compañeros celebrada el pasado mes de junio. He asistido a un buen número de ellas. Y puedo afirmar que nunca se interrumpió un discurso con una ovación tan cerrada como la que se produjo al recordar a Manuel Goded. La Asociación siempre estará en deuda con Manuel Goded, quien, aunque no nos acompañe físicamente, debe servir de guía en nuestra actuación. Sus principios y valores son el camino a seguir por quienes formamos parte de la Asociación.

I. DERECHO CONSTITUCIONAL

SOBRE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Nuria Díaz Abad

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS JUECES. 2.1. Planeamiento. 2.2. Los Consejos del Poder Judicial. 2.3. Los indicadores de independencia judicial. 2.4. La percepción de independencia judicial. 2.5. Circunstancias que influyen en la percepción de independencia judicial.—3. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS CIUDADANOS. 3.1. El papel del juez como garante de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. 3.2. La responsabilidad o rendición de cuentas. 3.3. Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. 3.4. Ética judicial.—4. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO.—5. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL SISTEMA ECONÓMICO.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 117 de nuestra Constitución, con el que se abre su título VI, dedicado al Poder Judicial, proclama en su apartado primero que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley». La independencia se configura así como la primera de las características de los jueces y magistrados, que les garantiza que, al ejercer sus funciones jurisdiccionales, no puedan ser perturbados o influidos en forma alguna, pero que también se configura como una garantía del ciudadano, que le asegura que los jueces y magistrados resolverán sobre los asuntos que se les sometan libres de presiones de terceros, lo que es una de las expresiones de su derecho fundamental al acceso a la justicia. Y, en última instancia, la independencia judicial es garantía del Estado de derecho, que se basa en la separación de poderes. Por otra parte, una justicia independiente es un elemento fundamental del sistema económico de un país, pues los inversores necesitan de una seguridad jurídica y de una justicia eficaz, que vele por la defensa de sus intereses económicos.

A todos estos aspectos intenta responder esta contribución, que no pretende sino reflejar la importancia que la defensa de la independencia judicial tiene no solo para los jueces, sino también para el conjunto de la sociedad a la que sirven.

2. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS JUECES

2.1. Planeamiento

Son muchos los estudios sobre independencia judicial, pero el presente trabajo se va a centrar en los estándares europeos desarrollados en el seno del Consejo de Europa por el Comité de Ministros, asistido por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (en adelante, CCJE) y en el marco de la Unión Europea por la Red Europea de Consejos de Justicia (en lo sucesivo, REJ). El CCJE es un órgano consultivo del Consejo de Europa compuesto exclusivamente por jueces en activo, que asesoran al Comité de Ministros en materias relacionadas con los jueces, como la independencia e imparcialidad o las com-

petencias judiciales. También puede emitir informes a petición de otros órganos del Consejo de Europa. La RECJ es una asociación de los órganos de gobierno de los Poderes Judiciales de la Unión Europea. Aquellos Estados miembros que cuentan con un Consejo del Poder Judicial o un órgano independiente del gobierno de los jueces son miembros de pleno derecho de la Red, mientras que los ocho Estados miembros que no cuentan con un órgano de gobierno judicial independiente o aquellos países en proceso de adhesión a la Unión Europea que cuentan con un Consejo son observadores. También tiene la condición de observador el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE).

Con motivo del décimo aniversario de su constitución, el 17 de noviembre de 2010 el CCJE proclamó la Carta Magna de los Jueces, que recoge los principios fundamentales que han de regular su actuación y que codifica las principales conclusiones de los informes aprobados por dicho órgano consultivo hasta esa fecha. En relación con la independencia considera que, junto con la imparcialidad, constituyen los presupuestos indispensables para el funcionamiento de la justicia y que dicha independencia debe ser estatutaria, funcional y económica. La independencia judicial debe ser garantizada respecto de los otros poderes del Estado, los justiciables, los demás jueces y la sociedad en general, por las normas jurídicas internas de más alto rango. Incumbe al Estado y a cada juez promoverla y preservarla. La independencia del juez debe estar garantizada en el marco de la actividad judicial, en particular respecto de la selección, el nombramiento hasta la edad de jubilación, la promoción, la inamovilidad, la formación, la inmunidad judicial, la responsabilidad disciplinaria, la remuneración y la financiación del Poder Judicial. La Carta Magna se refiere también a las garantías de dicha independencia, entre las que destaca que los procedimientos disciplinarios se desarrollen ante un órgano independiente, con posibilidad de recurso ante un tribunal y que se garanticen, previa consulta con el Poder Judicial, los medios humanos, materiales y económicos necesarios para el buen funcionamiento de la Justicia. También menciona la formación como un elemento importante para garantizar la independencia judicial o la necesidad de implicar al Poder Judicial en todas las decisiones que afecten al ejercicio de funciones judiciales (organización de los tribunales, normas procesales, otras actividades legislativas).

2.2. Los Consejos del Poder Judicial

Para garantizar dicha independencia el CCJE considera que cada Estado debe contar con un Consejo del Poder Judicial compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por los propios jueces. Esta consideración tuvo su reflejo en la recomendación CM/Rec (2010) 12, de 17 de noviembre de 2010, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que, en relación con los Consejos de Justicia, señala que deben estar formados por una mayoría de jueces elegidos entre todas las categorías de jueces por los propios jueces (apartado 27 del anexo), consideración que la Comisión Europea ha entendido aplicable en el ámbito de la Unión Europea de los Consejos de Justicia. Además, en el ejercicio de sus funciones, los Consejos no deben interferir en la independencia de los jueces individuales. Estas recomendaciones del Consejo de Europa se basan también en los principios básicos sobre independencia judicial adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1985. El Consejo de Europa destaca que los Consejos deben buscar salvaguardar la independencia del Poder Judicial y de cada juez individual.

La RECJ también se ha ocupado de fijar unos estándares mínimos a los Consejos del Poder Judicial. Así deben ser órganos de autogobierno del Poder Judicial, que operen autónomamente para garantizar la independencia del Poder Judicial. La RECJ ha identificado una serie de competencias que deben estar total, o al menos parcialmente, en manos de estos Consejos como la selección, promoción y formación de jueces, las quejas contra el funcionamiento del sistema judicial, la ética judicial o la financiación de la Justicia. Asimismo se recomienda que estos órganos estén constituidos, al menos en un 50%, por jueces, elegidos por los propios jueces, y que los ministros de Justicia o los políticos no formen parte de los mismos. Se recomienda igualmente que en los Consejos haya miembros no judiciales, que reflejen así la pluralidad de la sociedad, pero que por esta vía no ingresen en el Consejo quienes pertenezcan a la carrera judicial. Cuando estos miembros no judiciales se elijan por el Parlamento deberá hacerse por una mayoría cualificada para evitar influencias políticas y en todo caso disfrutarán del mismo estatus y del mismo derecho a voto que los miembros de origen judicial.

La independencia judicial se erige así en la razón de ser de estos órganos. En este sentido, el artículo 14 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) establece un mecanismo que permite a los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia recurrir al Consejo. En su sentencia de 13 de junio de 2008 (recurso 301/2005, ECLI:ES:TS:2008:4483) el Tribunal Supremo declaró que «aunque no existe una regulación que precise los requisitos que han de darse para aplicar este procedimiento, de la práctica observada hasta el momento y del marco en que se inscribe la actuación judicial pueden extraerse unas reglas suficientemente claras. Así, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial requiere que sea el afectado el que inste el pronunciamiento del Consejo. Por otra parte, además de su apreciación subjetiva, habrán de concurrir algunos elementos objetivos que den visos de verosimilitud a la pretensión de terceros de inquietarle o perturbarle. Incluso, puede decirse que es más importante la consistencia de esa presión que la manera en la que el Juez la percibe. Es decir, la mera apariencia de que es posible menoscabar la independencia judicial ha de ser razón bastante para que el Consejo se pronuncie, aunque el Juez afectado no se halle psicológicamente inquietado ni perturbado. (...) En determinados supuestos especialmente notorios por las circunstancias que les acompañan o por la descalificación que en ellos se haga del juez, incluso sin solicitud del afectado, el Consejo General del Poder Judicial podría, en atención a ese mismo valor, pronunciarse públicamente amparando la actuación judicial por entender que la crítica pública de sus decisiones carecía de todo fundamento. Por lo que se refiere a las causas que puedan determinar la inquietud o la perturbación a la que se refiere el artículo 14 que nos ocupa, la experiencia generada desde 1985 pone de relieve que son las declaraciones y manifestaciones de personas relevantes —bien titulares de cargos públicos, bien dirigentes de organizaciones o entidades privadas relevantes— hechas en público y recogidas en los medios de comunicación, descalificando actuaciones judiciales o al propio Juez, o señalando la, a juicio de sus autores, única manera admisible en que deben producirse, las que han llevado a los Jueces a recabar el amparo del Consejo. (...) Es decir, las amenazas a la independencia judicial en que está pensando este artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son las que surgen en la esfera de la opinión y pueden proceder tanto del seno de las instituciones públicas cuanto de las formaciones sociales. Por eso, el amparo que el Consejo presta, cuando entiende que es procedente, se mueve en el mismo plano y se concreta en una declaración formal en la que se otorga. Representa, por tanto, una confirmación de la corrección formal de la actuación del juez y, al mismo tiempo, el apoyo expreso del órgano de gobierno del

Poder Judicial. También suele significar la declaración de que las manifestaciones que han dado lugar a este procedimiento se han excedido de los límites que deben respetar».

2.3. Los indicadores de independencia judicial

La RECJ en sus informes ha destacado que la mejor salvaguarda de la independencia judicial consiste en proveer un sistema judicial de alta calidad para todos. En el año 2013 la RECJ inició una serie de informes orientados a elaborar unos indicadores para medir la independencia judicial y la correlativa responsabilidad de los jueces en Europa. Así surgieron los indicadores sobre independencia que se refieren tanto a la independencia objetiva (tanto de la judicatura en su conjunto, como del juez individual) y subjetiva o percepción de independencia.

Entre los indicadores de independencia objetiva de la judicatura en su conjunto se encuentran la base jurídica de la independencia (en el caso de España, como vimos, está garantizada por la propia Constitución), la autonomía de gobierno (en nuestro país se garantiza por la existencia del Consejo General del Poder Judicial), la financiación del sistema judicial o la capacidad de autoorganización de los tribunales. En este punto la mayor parte de los sistemas judiciales europeos presenta niveles inferiores de independencia, en la medida en que en muchos de ellos no hay una capacidad de financiación autónoma del sistema judicial, sino que queda en manos del Ministerio de Justicia y de Hacienda y, en cuanto a formas de autogobierno de los tribunales, en España concretamente depende de los funcionarios, bien estatales, bien autonómicos en el caso de las doce comunidades autónomas que tienen transferida la competencia en materia de Justicia.

Respecto de los indicadores de independencia objetiva relativos al juez individual, en primer lugar encontramos la toma de decisiones en materia de recursos humanos que afectan a la carrera judicial (ingreso, promoción, nombramiento de presidentes de tribunales, evaluación del trabajo y formación), procedimientos disciplinarios, las garantías de inamovilidad y su independencia interna (instrucciones de jueces de mayor rango, el uso de guías o la influencia del personal judicial).

Por lo que respecta a España, el sistema de ingreso por la categoría de juez es la oposición entre licenciados o graduados en Derecho y tras la superación de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial, sistema basado en los principios de mérito y capacidad. Junto a esta forma de ingreso la LOPJ prevé también el ingreso con la categoría de magistrado de juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional, que superen el curso de formación de la Escuela Judicial o con la categoría de magistrado del Tribunal Supremo entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. En los Tribunales Superiores de Justicia está prevista también la figura del magistrado autonómico, nombrado por el CGPJ de entre una terna que le propone el Parlamento autonómico. La provisión de destinos en la carrera judicial se hace por concurso, salvo los presidentes de las Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo. El nombramiento para estos cargos gubernativos y las plazas de magistrados del Tribunal Supremo corresponden al CGPJ y son nombramientos discrecionales, sujetos al Reglamento 1/2010 del Pleno del CGPJ, de 25 de febrero de 2010, de provisión de plazas de nombramiento discrecional.

En esta materia de nombramientos discrecionales la reciente reforma de la LOPJ por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre, ha introducido una serie de medidas que afectan al estatuto de los integrantes de la carrera judicial, que, como expresa su exposición de motivos, vienen impuestas por compromisos internacionales en materia de transparencia y de lucha contra la corrupción. En esta línea el párrafo segundo del artículo 326 de la LOPJ establece que dichas plazas de nombramiento discrecional se basarán en una convocatoria abierta que se publicará en el BOE, cuyas bases, aprobadas por el Pleno, y no por la Comisión Permanente, como ocurre hasta ahora, establecerán de forma clara y separada cada uno de los méritos que se vayan a tener en consideración, diferenciando las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes de los específicos para cada determinado puesto, debiendo señalar la convocatoria pormenorizadamente la ponderación de cada uno de los méritos en la valoración global del candidato, lo que tampoco ocurre actualmente. Se prevé, como ya se venía haciendo, una comparecencia pública del candidato y se especifica que toda propuesta que se haya de elevar al Pleno deberá estar motivada y consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos de la convocatoria, indicando el citado artículo que, en todo caso, se formulará una evaluación de conjunto de los méritos, capacidad e idoneidad del candidato. La propuesta, por otra parte, contendrá una valoración de su adecuación a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Actualmente es la Comisión de Igualdad del Consejo la que emite un informe en el caso de estos nombramientos discrecionales, en su función de asesorar al Pleno sobre las medidas necesarias o convenientes para integrar activamente el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ejercicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y de proponer medidas para mejorar los parámetros de igualdad en la carrera judicial.

2.4. La percepción de independencia judicial

En cuanto a los indicadores de independencia subjetiva o percepción de independencia debemos comenzar señalando que distintas organizaciones internacionales se ocupan periódicamente de elaborar encuestas entre los usuarios del sistema judicial (profesionales, ciudadanos, empresas), pero también es importante conocer la opinión que los propios jueces tienen de su independencia. En este sentido el CGPJ llevó a cabo una encuesta en el año 2015 a nivel nacional de jueces y magistrados en activo (IV encuesta de ámbito nacional), con la intención básica de dar voz a este colectivo a fin de contar con un conocimiento actualizado y riguroso de la opinión de los implicados en la actividad judicial en diversos temas que afectan al desarrollo de su función. Entre estas cuestiones se abordó la de la independencia judicial, si bien esta parte de la encuesta se planteó exclusivamente a los jueces o magistrados del orden jurisdiccional penal. Esta encuesta aplicó una metodología de investigación cuantitativa consistente en la auto-cumplimentación de un cuestionario estructurado que fue enviado por correo postal a los jueces y magistrados y se contestó por escrito o, si se prefería, accediendo de forma segura a la encuesta online, obteniéndose un total de 1.285 encuestas. En materia de independencia judicial el 74% de los jueces o magistrados afirma no haber sufrido en ninguna ocasión presiones externas en la tramitación o enjuiciamiento de procedimientos sobre delitos de corrupción, frente a un 9% que afirma haberlas sufrido y a otro 9% que prefirió no contestar a esta pregunta. Analizadas estas respuestas en función de los distintos órganos judiciales a los que pertenecen los encuestados, se observó que la inci-

dencia de presiones externas se eleva al 16 % entre jueces y magistrados de Juzgados de Instrucción y al 13 % en Audiencias Provinciales o al 3 % en Juzgados de lo Penal. También se consultó a los jueces y magistrados sobre el origen de dichas presiones. Los que reconocen haber sufrido en alguna ocasión presiones externas en la tramitación o enjuiciamiento de procedimientos sobre delitos de corrupción, señalan que las más frecuentes proceden de los medios de comunicación (51 %) o son de origen político (43 %). Un 26 % afirma haber recibido presiones de particulares y un 21 % de los que dicen haber recibido presiones prefirieron no contestar a esta pregunta. Por último se les preguntó si podían explicar sucintamente la forma en que se habían defendido de tales presiones y en la mayoría de los casos (67 %) respondieron que se defendieron haciendo caso omiso a dichas presiones y continuando su trabajo al margen de las mismas y sólo un 7 % recurrió al CGPJ ante la existencia de tales presiones.

Este tipo de encuesta entre jueces en activo se ha llevado a cabo también por la RECJ en dos ocasiones a través de una encuesta a través del correo electrónico. En la primera encuesta, que data de 2015, participaron 5.878 jueces, de los que la inmensa mayoría consideran que no han estado sometidos a una presión inadecuada en los dos años precedentes a la hora de decidir un asunto. Los jueces europeos, en una escala de 0 a 10, se otorgaron a sí mismos una media de 8 en cuanto a independencia, mientras que como media valoran en 7 la independencia de sus colegas. Esta tendencia, de considerarse más independientes que a sus homólogos, se repite en todos los países que participaron en la encuesta excepto en el Reino Unido, donde los jueces consideran a sus colegas más independientes que a sí mismos. A los jueces europeos, según reveló esta encuesta, les preocupa mucho la influencia que los medios de comunicación pueden ejercer sobre su independencia, así como el impacto de las condiciones de trabajo (salario, pensiones, medios para desempeñar sus funciones) y la selección y nombramiento de los jueces.

Si analizamos los datos recogidos, de los 474 jueces españoles que contestaron a esta primera encuesta llama la atención que un 47 % de ellos contestara que considera que los medios de comunicación afectan directamente o anticipan sus decisiones judiciales (es el porcentaje más alto, junto con Lituania, de los veinte países que participaron en la encuesta) o que un 46 % considerase que los medios de comunicación no respetan su independencia. También es llamativo que un 84 % considere que los jueces no son promovidos sobre la base de mérito y capacidad, que es el peor de los resultados reflejados por la encuesta. En el año 2017 se repitió la encuesta. Se obtuvo una participación mucho mayor, que pasó a ser de 11.712 jueces de 26 países. En el caso de España participaron en esta ocasión 718 jueces y, si analizamos la contestación a las preguntas anteriores, un 45 % siguen considerando negativamente la influencia de los medios de comunicación sobre sus decisiones judiciales y un 42 % entiende que no respetan su independencia. En cuanto a las promociones en la carrera judicial, el porcentaje de los jueces españoles que opina que los nombramientos discrecionales no se realizan atendiendo a mérito y capacidad sigue siendo muy elevado, un 78 %.

En la encuesta de 2017 se les preguntó por primera vez a los jueces si consideran que los Consejos del Poder Judicial disponen de los medios necesarios para defender su independencia, y un 33 %, como media, considera que no disponen de dichos medios, a lo que hay que añadir que este porcentaje es mucho más elevado en España, donde alcanza el 50 %.

Junto a estos datos que reflejan la opinión de los jueces aparecen las encuestas a los usuarios del sistema judicial. Diversas organizaciones internacionales han analizado la percepción de independencia judicial que tienen los ciudadanos y las empresas. Así, en

primer lugar, la Comisión Europea incluye desde 2016 en su Cuadro de indicadores o «scoreboard» de la Justicia esta cuestión utilizando como fuente el Eurobarómetro, en concreto a través del Flash Eurobarometer 435 (encuesta al público en general) y el Flash Eurobarometer 436 (encuesta a las empresas). La pregunta que se formula es la siguiente: ¿Cómo calificaría el sistema judicial de su país en términos de independencia de los tribunales y de los jueces? La encuesta entre el público en general, que se llevó a cabo en 2016 y en 2017, revela que en España un 30% considera bueno el sistema judicial en cuanto a independencia de los jueces, frente a un 56% que lo clasifica de malo y un 14% que no sabe contestar a esta pregunta, lo que nos sitúa en el «scoreboard» de 2016 en el puesto 23 de los 28 Estados miembros, posición que empeora al año siguiente, para colocarnos en el puesto 26, seguido únicamente por Bulgaria y Eslovaquia. Algo mejor es la opinión que tienen las empresas de la percepción de independencia judicial en España: aunque también ocupamos el puesto 23 del *ranking*, aumenta ligeramente la percepción de independencia judicial, que se sitúa en un 32% y en 2017 nos coloca en un puesto 24. Las principales razones de la baja percepción de independencia judicial son, según el público en general y según las empresas, la interferencia o presión del Gobierno o los políticos, así como de intereses económicos o específicos. La Comisión Europea llama la atención sobre el hecho de que tres cuartas partes de quienes consideraron que la independencia judicial era muy buena o bastante buena señalaron que la razón de su respuesta había que encontrarla en las garantías de que se dotaba al estatuto y posición de los jueces.

El Banco Económico Mundial analiza anualmente un listado de 148 países desde el punto de vista de su competitividad y publica el «Global Competitiveness Report». Dentro de cada país estudia lo que denomina «12 pilares», siendo el primero de ellos el pilar institucional, de extraordinaria importancia para el desarrollo de la competitividad de un país. El papel de las instituciones va mucho más allá del marco legal que las configura. Estos informes subrayan que la actitud de los Gobiernos hacia los mercados y las libertades que los rigen son de una extraordinaria importancia para su desarrollo. Una de las cuestiones que se analiza año tras año es la de la independencia judicial. Se pide a los encuestados que valoren cómo de independiente es el sistema judicial de su país de influencias del Gobierno, los individuos o las empresas, teniendo el valor 1 como el de un sistema judicial que no es independiente en absoluto y valorando en 7 un sistema completamente independiente. La encuesta se lleva a cabo entre empresas de todos los países que representan los principales sectores de la economía. España ha pasado del puesto 72 de 148 países, que ocupaba en el informe 2003-2014, con una valoración de 3,7, al puesto 97 de 144 países, con una valoración de 3,2 en el informe de 2014-2015; al puesto 84 de 140 países en el informe 2015/2016 y una valoración de 3,5. En los informes posteriores se mejora tímidamente. Así, en el informe 2016-2017, se pasa a ocupar el puesto 65 de 138 países evaluados, con una valoración de 4, y en el informe de 2017-2018 nos situamos en el puesto 58 de 137 países con una valoración de 4,2.

2.5.. Circunstancias que influyen en la percepción de independencia judicial

Por último no quisiera dejar de mencionar la encuesta sobre independencia judicial entre constitucionalistas que llevó a cabo la UNED en 2016. Entre las preguntas que se formularon me gustaría fijarme en la primera, que planteaba qué correlación debía establecerse entre independencia judicial y Estado de derecho y si se consideraba que en

España actualmente el nivel de independencia debía considerarse óptimo respecto del poder político. Así, entre los constitucionalistas consultados, Rafael Bustos Gisbert denuncia, por ejemplo, que algunos elementos de la crisis económica en el Poder Judicial están dando lugar a prácticas que pueden poner en riesgo la independencia judicial, como la generalización de los jueces de adscripción territorial como consecuencia de la ausencia de fondos para crear juzgados, jueces que quedan adscritos a los Tribunales Superiores de Justicia en función de las necesidades, al igual que ocurre con los jueces de refuerzo, en cuya designación, dado su carácter temporal, no rigen las reglas que en el resto de los concursos internos. Denuncia también la infradotación de los juzgados y tribunales, que achaca a que, en ocasiones, no existe un interés político real en que estos órganos jurisdiccionales dispongan de los medios suficientes. Respecto del asociacionismo judicial se indica por alguno de los encuestados que sería bueno aclarar el papel que corresponde a dichas asociaciones. En general se destaca que el Poder Ejecutivo no dispone de ningún elemento de presión sobre los jueces. Pablo Lucas Murillo de la Cueva se pregunta por qué está tan difundida la impresión de que los jueces españoles no son independientes y considera que se suele asociar la afirmación de que, siendo todos y cada uno personalmente independientes, sin embargo, el sistema no asegura objetivamente la independencia y esta circunstancia se relaciona con otro hecho que se da por demostrado, cual es la politización de la Justicia. Dicho autor justifica esta idea de politización de la Justicia en dos motivos: el sistema de elección de los Vocales del CGPJ, en particular por el sistema de elección parlamentaria de los doce vocales judiciales, y las disputas que se producen con motivo de algunos nombramientos discrecionales, por lo que los nombrados en esos casos no serían independientes e imparciales. Sin embargo, este autor no ve ventaja alguna en sustituir el CGPJ por otras opciones para proceder al nombramiento de cargos discrecionales dentro de la Carrera Judicial y concluye que los jueces españoles son independientes o, si se prefiere, tan independientes como los de cualquiera de los países de la Unión Europea con los que habitualmente nos comparamos.

Además de las cuestiones apuntadas por estos autores entiendo que hay otras dos circunstancias que influyen en la baja percepción de independencia judicial y que son la llamada «puerta giratoria» y el nombramiento de determinados magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta de las cámaras legislativas de las comunidades autónomas.

Así, en primer lugar, cuando un magistrado en activo decide presentarse como candidato en elecciones para acceder a cargos públicos representativos como, por ejemplo, en el Congreso de los Diputados, el artículo 356 f) de la LOPJ prevé su pase a la situación de excedencia voluntaria. Por su parte, el artículo 358 de mismo texto legal establece que la excedencia voluntaria en sus distintas modalidades no produce reserva de plaza, salvo las excedencias voluntarias para cuidado de hijos y para atender al cuidado de un familiar, supuestos en los que sí se genera derecho a la reserva de plaza durante los dos primeros años. No obstante ello, el CGPJ ha interpretado que el pase a la situación de excedencia voluntaria en estos casos genera el derecho a la reserva de plaza, por lo que al acordar el reingreso al servicio activo se le asigna a la misma plaza que ocupaba antes de solicitar la excedencia voluntaria, en lugar de quedar a disposición del presidente del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma de su último destino, teniendo preferencia para obtener puesto de su categoría en la provincia o, en su defecto, en la comunidad autónoma de su último destino.

En cuanto a la cuestión de los nombramientos de los llamados «magistrados autonómicos» hay que señalar que el artículo 330.4 de la LOPJ dispone que en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia una de cada tres plazas se cubrirá

por un jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma, nombrado a propuesta de Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la asamblea legislativa. Por su parte, el artículo 20 del Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, en cuanto al procedimiento para la cobertura de estas vacantes remite al mencionado artículo 340 de la LOPJ, al artículo 13.2, párrafo segundo, de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial y a la letra d) del apartado 5 del artículo 16 del propio Reglamento 1/2010 en lo que sea de aplicación. A efectos de motivación de la propuesta de nombramiento, el CGPJ solicitará con carácter previo a los integrantes de las ternas una exposición de sus méritos, así como la documentación que en su caso considere necesaria. Ha de entenderse que no reúnen los requisitos de elegibilidad aquellos candidatos incluidos en la terna que sean magistrados, por cuanto que el procedimiento previsto en el artículo 330.4 de la LOPJ supone la adquisición de la condición de miembro de la carrera judicial, circunstancia que ya concurre en los magistrados. El CGPJ está vinculado por la terna que le presenta el Poder legislativo. El órgano competente para decidir la devolución de la terna es el Pleno.

3. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DE LOS CIUDADANOS

3.1. El papel del juez como garante de los derechos humanos y de las libertades fundamentales

En su informe n.º 1 de 2001 sobre independencia judicial el CCJE se encarga de enfatizar que la independencia judicial no es una prerrogativa o un privilegio acordado en el propio interés del juez, pero sí que lo es en el interés de la preeminencia del derecho y de los que buscan y reclaman justicia. La independencia judicial procede del principio según el cual nadie puede ser su propio juez. Dicho principio también tiene una importancia que va mucho más allá de las partes en litigio. No sólo las partes litigantes han de confiar en el sistema judicial, sino que también ha de hacerlo la sociedad en su conjunto.

Este informe tuvo su reflejo en la Recomendación CM/Rec (2010)12, en la que el Consejo de Ministros del Consejo de Europa destaca que el papel de los jueces es esencial para asegurar la defensa de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y que garantiza su derecho a un proceso justo y, por tanto, no es un privilegio de los jueces, sino una garantía de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, que permite que los ciudadanos confíen en el sistema judicial. Por ello, el apartado 3 del Anexo de dicha recomendación establece que el objetivo de la independencia judicial es garantizar a cada persona el derecho fundamental a que su caso sea decidido en un proceso justo, sobre la base únicamente de razonamientos jurídicos, y libre de influencias indebidas. Esta independencia externa de los jueces es esencial para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (apartado 11 del Anexo). Por ello se recomienda que la ley establezca sanciones frente a las personas que intenten influir en los jueces de manera inapropiada (apartado 14).

Para la RECJ, tanto desde la perspectiva del artículo 6 del CEDH como desde la perspectiva del artículo 47 de la CDFUE, el juez se erige en garante del derecho de los ciudadanos a acceder a la Justicia. Ambos artículos demuestran la importancia de la persona

en el procedimiento judicial. Y por este motivo debe garantizarse el acceso a una justicia de calidad.

3.2. La responsabilidad o rendición de cuentas

Por ello, como contrapeso o como la otra cara de la moneda de la independencia del juez aparece la cuestión de su responsabilidad o rendición de cuentas a la sociedad.

La RECJ ha elaborado también en relación con esta cuestión de la rendición de cuentas una serie de criterios que intentan reflejar cómo deben responder los jueces ante la sociedad a la que sirven. La responsabilidad ante la sociedad, al igual que ocurre con la independencia, puede estudiarse en relación con la Judicatura en su conjunto o en relación con el juez individual. Por lo que respecta a los criterios de rendición de cuentas aplicables a la Judicatura en su conjunto se estudian las reglas de reparto de asuntos, los procedimientos de quejas, la elaboración de una memoria, las relaciones con la prensa y la existencia de mecanismos de revisión de las decisiones que se adoptan. Los indicadores de rendición de cuentas del juez individual son la existencia de un código ético, las normas de abstención y recusación, la admisibilidad de actividades externas a la función judicial y el régimen de transparencia sobre las mismas y la inteligibilidad del procedimiento frente a las partes.

De todas estas cuestiones vamos a destacar las relaciones con la prensa, por lo que respecta a indicadores de rendición de cuentas de la Judicatura en su conjunto, y los códigos éticos, por lo que respecta al juez individual.

3.3. Relaciones entre el Poder Judicial y los medios de comunicación

A las relaciones con la prensa se ha dedicado una especial atención en los últimos años por parte de las distintas organizaciones que se ocupan de analizar cuestiones relacionadas con los jueces. El CCJE, en su informe n.º 7 de 2005 sobre Justicia y sociedad, comienza destacando que «el desarrollo de la democracia en los Estados europeos implica que los ciudadanos reciban una información adecuada sobre la organización de los poderes públicos y sobre las condiciones de elaboración de las reglas de Derecho. Del mismo modo, es importante que reciban información sobre el funcionamiento de las instituciones judiciales». Sin embargo constata que el nivel de confianza no es uniforme en todos los países y por ello el papel de los medios de comunicación es esencial y la función que estos medios de comunicación han de desempeñar será más eficaz si los jueces participan en ella directamente. El CCJE recomienda que los tribunales participen ellos mismos en la difusión de información relativa al acceso a la justicia (informes periódicos de los tribunales, guías para los ciudadanos, sitios en Internet, oficinas de información, etc.). Asimismo destaca que es importante establecer una relación adecuada entre el Poder Judicial y los medios de comunicación. El Consejo de Europa recomienda en este sentido que el derecho a la información sobre las decisiones judiciales se debe ejercitar respetando siempre la independencia judicial (apartado 19 del anexo de la Recomendación de 2010).

La RECJ, en su informe de 2017-2018 sobre confianza pública e imagen de la Justicia, partiendo del hecho de que los órganos del gobierno del Poder Judicial deben hacer todo lo que esté en su mano para garantizar un sistema de Justicia abierto y transparente como una condición necesaria para mantener y establecer la confianza de la sociedad en el sistema judicial, recomienda que en los sistemas judiciales se articulen la figura de un

portavoz que mantenga las relaciones con la prensa y que, teniendo un profundo conocimiento del sistema judicial, informe al público en un lenguaje accesible. También recomienda que las grabaciones de audio y video en las salas de los tribunales de Justicia respeten a los no profesionales de ser filmados y que, en cualquier caso, estén bajo el control del juez que pueda interrumpirlas cuando lo considere necesario. Cada Poder Judicial debería disponer de una página web sometida al control del Consejo u órgano de gobierno del Poder Judicial, página que debe contener información para la prensa y el público en general, así como una base de datos de jurisprudencia de libre acceso al público. Las relaciones entre los medios de comunicación y la prensa deben regularse por medio de unas directrices, que clarifiquen los diferentes objetivos e intereses de ambas partes. En cualquier caso se recomienda un enfoque proactivo hacia los medios de comunicación focalizado tanto en casos particulares como en el Poder Judicial en su conjunto. También se aborda la cuestión del uso de redes sociales. Los órganos de gobierno del Poder Judicial recurren a las redes sociales para obtener información sobre el impacto de una resolución judicial o para transmitir información de manera rápida y efectiva o para crear un estado de opinión en el público sobre una cuestión de actualidad. Por todo ello es imprescindible que los poderes judiciales se doten de equipos de comunicación y que los jueces que vayan a desempeñar funciones de portavoces reciben una adecuada formación al respecto. Evitar que los medios de comunicación lleven adelante procesos paralelos o que las críticas a un juez durante la decisión de un asunto incidan en su esfera de independencia o que la prensa etiquete a determinados jueces como «enemigos del pueblo», son cuestiones que ponen de relieve la extraordinaria importancia que para salvaguardar la independencia judicial tienen las relaciones con los medios de comunicación.

3.4. Ética judicial

A nivel internacional podemos distinguir tres grandes ámbitos en relación con la ética judicial. En primer lugar en el seno de Naciones Unidas y como desarrollo de la Convención de Doha de Lucha contra la Corrupción se aprobaron los Principios de Bangalore de Ética Judicial. Recientemente, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha lanzado una Red Global de Integridad Judicial que persigue redoblar los esfuerzos para proteger a los jueces y magistrados de las injerencias políticas y promover el aprendizaje entre homólogos y el intercambio de buenas prácticas relativas al fortalecimiento y la defensa de la integridad judicial. Para ello se ha puesto en marcha esta red como una plataforma de apoyo y aprendizaje mutuo. En segundo lugar, en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana se aprobó un Código Iberoamericano de Ética Judicial, al que el Consejo del Poder Judicial español se adhirió el 25 de febrero de 2016 en tanto en cuanto la carrera judicial española no se dotase de un código ético propio, contando actualmente su Comisión de Ética Judicial con la presencia de un magistrado español. Y, en el ámbito europeo, tanto el CCJE como la RECJ cuentan con sendos informes en materia de ética judicial (informe n.º 3 del CCJE de 2002 e informe sobre ética judicial de la RECJ de 2009-2010). Estos informes destacan los principios de independencia, imparcialidad e integridad de los jueces como principios que han de inspirar su conducta profesional, lo que redundará en un fortalecimiento de la confianza del ciudadano en su actuación y en una mejor comprensión del papel que desempeña el juez en la sociedad. También es de destacar el papel que han de jugar los jueces en la defensa de los valores sobre los que se asienta la sociedad. En este sentido, el informe sobre ética judicial de la RECJ establece como una excepción al deber de reserva que ha de guardar

el juez las situaciones en las que la democracia, los derechos fundamentales o el Estado de derecho estén en peligro, situaciones que justifican que el juez se vea compelido a abandonar el principio de reserva que ha de guiar su actuación para manifestarse públicamente en favor de estos principios y derechos fundamentales. El juez ha de desempeñar en esos momentos un papel esencial en defensa de dichos valores.

La carrera judicial española cuenta desde 2016 con unos «Principios de Ética Judicial», cuya preparación se encomendó a un grupo de trabajo del CGPJ en el que participaron tres vocales, magistrados, catedráticos de sociología y de ética, representantes de las asociaciones judiciales y jueces no asociados. Se organizaron cuatro equipos de trabajo compuestos exclusivamente por jueces y magistrados, para preparar el texto sobre independencia, imparcialidad, integridad y comisión de ética judicial. El grupo de trabajo acordó remitir el texto para su valoración de conjunto a la Comisión Interasociativa Permanente, así como a los Tribunales Superiores de Justicia y publicarlo en la extranet de la Carrera Judicial con el fin de que todos los miembros de la misma pudieran tener acceso a él, así como en el portal de transparencia. Una vez dada la publicidad pertinente al texto, se abrió un plazo de un mes para que el Grupo de Trabajo pudiera recibir las valoraciones correspondientes, recibiendo observaciones de las cuatro asociaciones judiciales, de la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional y de las Salas de Gobierno de los Tribunales de Justicia de Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Madrid, Región de Murcia y País Vasco. A la vista de las observaciones recibidas se introdujeron algunos cambios en el texto, dando por cerrada su redacción. Finalmente el texto se sometió al Pleno del CGPJ para su toma en consideración, que en su reunión de 20 de diciembre de 2016 asumió dichos principios.

En desarrollo de dichos principios se constituyó la Comisión de Ética Judicial, cuya función fundamental es emitir dictámenes no vinculantes en esta materia y que está compuesta por siete miembros, que se eligen por un periodo de cuatro años. Seis miembros proceden de la carrera judicial en situación de servicio activo y se eligen directamente por los jueces: dos tienen la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, tres la de magistrado y uno la de juez. El séptimo miembro es una persona de reconocido prestigio y acreditada trayectoria académica en el mundo académico de la Ética, la Filosofía del Derecho o la Filosofía Moral y es elegido por los miembros judiciales de la Comisión. La Comisión se constituyó con sus miembros judiciales el 9 de mayo de 2018 y la elección del miembro no judicial se produjo el 28 de mayo siguiente, recayendo en un catedrático de Filosofía del Derecho.

4. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL ESTADO DE DERECHO

La independencia de los jueces es una condición previa al Estado de derecho y una garantía fundamental para un juicio justo. Así lo señala el CCJE en su informe n.º 1 de 2001.

Del mismo modo, el Consejo de Europa, en su Recomendación CM/Rec (2010)12, destaca que la independencia del juez individual se salvaguarda con la independencia del Poder Judicial en su conjunto y en este sentido es un aspecto fundamental del Estado de derecho (apartado 4 del Anexo) y que cuando los jueces consideren que su independencia está amenazada deben poder recurrir a un Consejo del Poder judicial o a otra autoridad independiente o poder tener acceso a una vía de recurso (apartado 8 del Anexo). La separación de poderes ha de reflejarse también en el respeto de unos Poderes hacia otros. Por ello el Consejo de Europa recomienda que los poderes legislativo y

ejecutivo se abstengan de hacer críticas a las decisiones judiciales que minen la independencia de los jueces o la confianza pública en la Judicatura. También deben evitar acciones que cuestionen la voluntad de acatar las decisiones judiciales, salvo cuando manifiesten su voluntad de interponer un recurso contra las mismas (apartado 18).

La sentencia del Tribunal Constitucional 108/1986, de 26 de julio, señaló que la independencia judicial «constituye una pieza esencial de nuestro ordenamiento jurídico, como del de todo Estado de Derecho, y la misma Constitución lo pone gráficamente de relieve al hablar expresamente del Poder Judicial, mientras que tal calificativo no aparece al tratar de los demás poderes tradicionales del Estado, como son el Legislativo y el Ejecutivo. El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla».

El TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la independencia judicial en diversas sentencias. En su sentencia de 16 de febrero de 2017 (C-503/15, Margarit Panicello, ECLI:EU:C:2017:126) recuerda que la independencia judicial comporta dos aspectos: uno externo, que supone que el órgano en cuestión ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca y otro interno, que se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquél. Este aspecto interno exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica.

Desde el punto de vista de la independencia judicial el TJUE ha tenido ocasión de cuestionar una reforma que afecta al salario de los jueces y lo ha hecho en el asunto C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117)¹, en la que, partiendo de que la Unión Europea es una Unión de Derecho en la que los justiciables tienen derecho a impugnar judicialmente la legalidad de cualquier resolución o de cualquier otro acto nacional por los que se les aplique un acto de la propia Unión, considera que el artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor de Estado de derecho proclamado en el artículo 2 TUE, atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no sólo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales. De este modo, los tribunales nacionales desempeñan, en colaboración con el Tribunal de Justicia, una función que se les atribuye en común con el objeto de garantizar el cumplimiento del derecho en la interpretación y en la aplicación de los Tratados. A efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, resulta primordial preservar la independencia de tal órgano, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez independiente. Por ello el TJUE concluye que, al igual que la inamovilidad de los jueces, el hecho de que éstos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial. Establecido así el vínculo entre el derecho fundamental a la tutela judicial (artículo 6 CEDH y 47 de la CDFUE) y el artículo

¹ Véase también la sentencia del TJUE de 7 de febrero de 2019 (ECLI:EU:C:2019:106).

19.2 del TUE, que concreta el Estado de derecho en materia judicial, reconociendo la independencia judicial como una pieza clave del Estado de Derecho, el TJUE ha procedido recientemente a examinar la cuestión del papel que han de desempeñar los jueces en la defensa del Estado de derecho. Y lo ha hecho en relación con las reformas judiciales que se han llevado a cabo en Polonia y que han afectado a su Tribunal Constitucional, a su Tribunal Supremo, a los tribunales ordinarios y al Consejo Nacional del Poder Judicial. Conviene recordar que la Comisión Europea había abierto un procedimiento de diálogo con las autoridades polacas en el marco de la Comunicación COM(2014) 158, de 14 de marzo de 2014, para reforzar el Estado de derecho, emitiendo cuatro recomendaciones a dicho Estado miembro, y que había presentado también una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo de adoptar una decisión al amparo del artículo 7 del TUE por entender que existe un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho.

Esta cuestión ha llegado al TJUE por dos vías diferentes: en primer lugar a través de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Irlanda en el marco de una orden europea de detención y por otra a través de un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra Polonia por la reforma que afectó al Tribunal Supremo de aquel país. En el marco de la cuestión prejudicial que se tramitó por el procedimiento de urgencia bajo el número C-216/18 PPU, L.M., el Tribunal dictó sentencia el 25 de julio de 2018 (ECLI:EU:C:2018:586) recordando que la existencia de un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra, en caso de ser entregada a la autoridad judicial emisora, una violación de su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, del contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo, garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puede permitir a la autoridad judicial de ejecución abstenerse, con carácter excepcional, de dar curso a dicha orden de detención europea, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584. Por tanto, si la autoridad judicial de ejecución constata que en el Estado miembro emisor existe un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo debido a deficiencias sistémicas o generalizadas del poder judicial de ese Estado miembro que pueden comprometer la independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado, en un segundo momento, esa autoridad judicial deberá comprobar, concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá ese riesgo. El TJUE dejó por tanto en manos del órgano jurisdiccional que remitió la cuestión prejudicial la valoración de esos elementos de independencia judicial a la luz de los criterios que le ofreció en su sentencia. Y finalmente el órgano jurisdiccional nacional entendió que había garantías suficientes para dar curso a la orden europea de detención.

En cuanto al procedimiento de infracción, que sigue en marcha, se refiere exclusivamente a la reforma del Tribunal Supremo, que supone una rebaja en la edad de jubilación de sus magistrados y la posibilidad de ser prorrogados en sus cargos discrecionalmente por el presidente de la República. Además se ha ampliado el número de magistrados del Tribunal Supremo de 93 a 122, publicándose un anuncio para la cobertura de estas nuevas plazas. Pues bien, la Comisión considera que estas medidas afectan a la garantía de inamovilidad de los jueces, que exige que las disposiciones relativas a la reducción de la edad de jubilación no se apliquen a los jueces del Tribunal Supremo que ya habían sido nombrados antes de la entrada en vigor de estas disposiciones, o a la independencia judicial en la medida en que se produce una intervención de un órgano del Poder ejecutivo en la decisión de mantener en el cargo, una vez alcanzada esa nueva edad de jubilación, a tales jueces o a los que sean nombrados para ese tribunal después de la fecha de entra-

da en vigor de dicha reforma. El Tribunal Supremo polaco, que también alberga dudas sobre la compatibilidad de dicha reforma con el derecho de la Unión Europea, ha remitido al TJUE una cuestión prejudicial que actualmente se tramita con el número C-522/18 por el procedimiento acelerado.

En el marco del recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión ha de destacarse la adopción de una medida cautelarísima por auto de la vicepresidenta de 19 de octubre de 2018 (C-619/18 R, Comisión/Polonia ECLI:EU:C:2018:852), por la que se estimó provisionalmente la demanda de medidas provisionales hasta la adopción del auto que ponga fin al presente procedimiento sobre medidas provisionales, auto que se dictó por el TJUE el 17 de diciembre de 2018 (ECLI:EU:C:2018:1021), adoptando dichas medidas, lo que supone obligar al Estado miembro concernido a suspender a aplicación de la reforma del Tribunal Supremo y adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los jueces del Tribunal Supremo de Polonia afectados por dicha reforma puedan continuar ejerciendo sus funciones en el puesto que ocupaban el 3 de abril de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley del Tribunal Supremo, disfrutando del mismo estatuto y de los mismos derechos y condiciones de empleo de los que disfrutaban antes del 3 de abril de 2018. También obliga a Polonia a abstenerse de adoptar cualquier medida dirigida al nombramiento de jueces del Tribunal Supremo en sustitución de los afectados por las mismas disposiciones, así como cualquier otra medida encaminada a nombrar al nuevo presidente primero del citado tribunal o a indicar la persona encargada de dirigir dicho tribunal en sustitución de su presidente primero hasta el nombramiento del nuevo presidente primero y a comunicar a la Comisión, a más tardar un mes después de la notificación del presente auto, y posteriormente con regularidad mensual, todas las medidas que adopte con el fin de acatar plenamente este auto. Como consecuencia de estas resoluciones en sede cautelar, Polonia procedió a abolir la referida reforma. En cuanto al resto de reformas que afectan al Poder Judicial polaco no se han adoptado ni medidas por la vía de un recurso de incumplimiento, ni tampoco modificaciones en las reformas presentadas. No obstante hay que llamar la atención sobre el hecho de que la RECJ ha procedido en septiembre de 2018 a suspender al Consejo Nacional del Poder Judicial de aquel país en su condición de miembro de dicha red por entender que no puede considerarse un órgano independiente del poder ejecutivo.

5. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL COMO GARANTÍA DEL SISTEMA ECONÓMICO

La influencia del funcionamiento del sistema judicial sobre la economía es muy relevante, no sólo en la medida en que, como apuntábamos más arriba, el buen funcionamiento del sistema judicial redundaba en una mejor posición del país para atraer inversiones, garantizando a los futuros inversores que cualquier cuestión litigiosa que se suscite entre las partes de un contrato se resolverá en un tiempo razonable y por unos jueces independientes, sino que, como recoge el Foro Económico Mundial en sus informes², porque estudios económicos han demostrado que un sistema judicial independiente contribuye a incrementar el producto interior bruto. Para ello, sin embargo, no basta con una garantía formal de independencia judicial, sino que los jueces han de ser independientes *de facto*.

² Véase el Informe del Foro Económico Mundial 2015-2016, que se apoya en los estudios de Feld y Voigt de 2003 «Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators». *Journal of Political Economy*, 19 (3), pp. 497-527

La Comisión Europea, consciente de la necesidad de que un Estado se dote de un sistema judicial eficiente e independiente, comenzó a incluir aspectos sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales en el llamado «Semestre Europeo». El Semestre Europeo es un análisis de las políticas económicas y presupuestarias de cada Estado miembro que la Comisión lleva a cabo dos veces al año, de acuerdo con un calendario preestablecido y que obliga a los Estados de que se trate a presentar «programas nacionales de reformas» y «programas de estabilidad o convergencia» para su evaluación a escala de la UE.

En su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo, de 7 de abril de 2016 (Documento COM (2016) 95 final/2), la Comisión Europea destaca que la mejora de las condiciones para invertir en un país requiere actuar en varios frentes, mejorando en el ámbito regulatorio y administrativo, como la contratación pública, el ámbito fiscal o el sistema judicial. En su comunicación de 22 de febrero de 2017 de Evaluación del Semestre Europeo (Comunicación COM(2017) 90 final) identifica como los problemas más frecuentes para atraer inversión la existencia de un entorno desfavorable para los negocios, las ineficiencias de la Administración pública y las cargas y barreras regulatorias y administrativas. Pero también señala que en algunos Estados miembros hay otra serie de factores que suponen un impedimento a las inversiones, como la rigidez del mercado laboral o la ineficiencia del sistema judicial. Sobre todo considera esencial la salvaguarda del Estado de derecho y la calidad y predictibilidad de los reguladores e instituciones. Y en este sentido destaca en este informe las reformas introducidas en Croacia, Italia y Malta en el ámbito de la Justicia.

Por ello es útil que el «scoreboard» de la Justicia, que anualmente presenta la Comisión, ofrezca una visión general de la calidad, independencia y eficiencia de los sistemas nacionales de justicia para contribuir a que los Estados miembros mejoren la efectividad de sus sistemas judiciales y todo ello en el marco del Semestre Europeo para permitir a la Comisión mejorar sus recomendaciones a los distintos Estados miembros. Por esta influencia que tienen los sistemas judiciales sobre la economía, la Comisión continúa apoyando económicamente las reformas de los sistemas judiciales y lo hace con cargo a los Fondos Estructurales. En el último «scoreboard» de 2017 la Comisión señala que en el periodo 2014-2020 14 Estados miembros identificaron la Justicia como un área prioritaria para el empleo de estos fondos. Y es que, como resulta de recientes estudios económicos, las mejoras en la eficiencia judicial favorecen un desarrollo más elevado de los mercados financieros, un mayor crecimiento y tamaño de las empresas y un fortalecimiento del mercado de alquiler inmobiliario.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Mora Sanguinetti, J.S.: «El funcionamiento del sistema judicial: nueva evidencia comparada». Banco de España, *Boletín Económico* (noviembre 2013).
- Mora Sanguinetti, J.S.: «Evidencia reciente sobre los aspectos económicos del funcionamiento de la Justicia en España». Banco de España, *Boletín Económico* (enero 2016).
- «Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial», UNED, *Teoría y realidad constitucional*, 38 (2016), pp. 15-58.

EL IDEARIO EDUCATIVO COMO ESPACIO DE LIBERTAD Y COMPROMISO CONSTITUCIONAL¹

Luis Sánchez Socías, José Mateu Isturiz

SUMARIO: 1. EL DOBLE CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.—2. ¿EXISTE UN IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL?—3. EL CARÁCTER PROPIO DE LOS CENTROS PRIVADOS CONCERTADOS Y LOS DERECHOS DE LOS PADRES.—4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS.—5. ¿ES SUBSIDIARIA LA ENSEÑANZA CONCERTADA RESPECTO DE LA PÚBLICA?

Manuel Goded tenía una visión del derecho de 360 grados. En su labor como preparador y en sus dictámenes y sentencias, mostraba que no es suficiente un sumatorio de puntos de vista de especialistas en cada rama del derecho, postura que puede dejar perplejo al que acude con su problema concreto, sino que el jurista con visión global —como es el abogado del Estado por el temario que estudia y por cultura corporativa— tiene que saber jerarquizar y armonizar. En la resolución comentada de los casos prácticos que nos ponía a sus alumnos, mostraba que las ramas del ordenamiento no pueden ser silos comunicados, que es preciso tender puentes para llegar a soluciones prácticas. Desde un profundo conocimiento y respeto de las categorías jurídicas, formaba en lo que podríamos llamar el «sentido común jurídico», que lleva a identificar el núcleo de la cuestión y, desde ahí, generar los razonamientos más adecuados, sistematizando y fijando prioridades, para dar una respuesta acorde con el conjunto del derecho vigente y sus principios inspiradores.

Tenía además una enorme confianza en la gente joven. Esto, junto con su carácter ordenado y sereno, explica en buena medida su éxito como preparador. Tras el estudio de los más de 450 temas y la resolución de no muchos casos prácticos, nos decía que estábamos perfectamente preparados para ir a cualquier destino sin necesidad de pasar unos meses en una escuela, que nunca ha habido. Si una vez en el puesto teníamos alguna duda, para eso están los compañeros, nos decía. Este planteamiento profesional no sólo estimuló nuestra responsabilidad desde el primer momento, sino que también es el origen de la singular fraternidad, «espíritu de cuerpo» como se suele decir, que caracteriza a los abogados del Estado, y que Manolo supo vivir y enseñar en su justa medida.

Manolo ha sido un maestro de abogados del Estado. No sólo un preparador, sino alguien que ha dejado su impronta vital y su estilo jurídico en sus alumnos. Es lógico que en un libro homenaje haya un capítulo dedicado a la enseñanza, y que introduzcamos el tema partiendo de su ponencia en las X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, con el título «Aportación a la terminología y sistema de los Derechos Fundamentales»². Propone la siguiente definición: *Son derechos reconocidos por la Constitución a todos los ciudadanos y, salvo excepción, a todos los hombres, cuyo objeto consiste en el ejercicio de la Libertad individual y social, y cuya defensa se encuentra es-*

¹ Usaremos la *cursiva* para citas textuales de M. Goded, de la Constitución de 1978, de tratados internacionales y de las STC 31/2018 y 74/2018, que son a las que más frecuentemente acudimos.

² GODED MIRANDA, M. (1988), en *Introducción a los Derechos Fundamentales*. Ministerio de Justicia. vol. 1. Las citas, en págs. 257, 248, 256 y 265 ss.

pecialmente protegida por el ordenamiento. Defiende que la denominación más adecuada sería la de derechos fundamentales de libertad, ya que son derechos de libertad política, esto es, derechos cuya finalidad esencial es asegurar un amplio ámbito de actuación y desenvolvimiento al individuo frente al aparato del Estado, aunque también protejan dichas esferas de libertad frente a las intromisiones de los particulares.

Esta terminología es particularmente acertada para el derecho a la educación que recoge el art. 27 de la Constitución de 1978 (CE en adelante), y del que vamos a glosar algunos apartados. Para Goded es uno de los derechos básicos, que tienen un valor preferente sobre los restantes, en cuanto constituyen su presupuesto lógico. En la parte final de su ponencia enuncia los que considera «principios esenciales de los Derechos Fundamentales»:

- A) Principio de mayor valor.
- B) Principio de interpretación de conformidad con las Declaraciones Internacionales.
- C) Principio de interpretación más favorable.
- D) Principio de interpretación extensiva («in dubio pro libertate»).
- E) Principio de efecto útil.
- F) Principio de limitación.
- G) Principio de conciliación y, en su defecto, de preferencia del Derecho básico y, en su defecto del más conforme con los valores superiores de la Constitución.
- H) Principio de extrapatrimonialidad.

En la sociedad tecnológica y en el Estado social nos vemos insertos en medio de unos engranajes jurídico-positivos cada vez más complejos y perfeccionados, que a veces producen la impresión de asfixia, y son muchos los que buscan espacios de libertad en medio de tanta regulación. Estos principios son una bocanada de aire fresco en la maraña normativa. También lo son las cuatro sentencias del Tribunal Constitucional (STC en adelante) de 2108 en materia educativa³. En nuestra exposición vamos a seguir principalmente la última de todas, STC 74/18 (ponente: A. Ollero Tassara), porque compendia y revaloriza los escasos pronunciamientos del TC sobre el derecho a la educación, con la clara intención de dotar de estabilidad a una línea jurisprudencial favorable a la libertad de enseñanza. Esta voluntad queda delimitada claramente, no sin polémica, pues existen los votos particulares discrepantes que expresan una postura radicalmente distinta, y cuyo análisis es interesante para tener la visión global que nunca puede perder de vista el jurista.

1. EL DOBLE CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El artículo 27.1 CE es del siguiente tenor: *Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*

³ Tres dictadas en recursos de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa (LOMCE): STC 31/2018, de 10 de abril; 53/2018, de 24 de mayo, y 66/2018, de 21 de junio; y la cuarta en un recurso de amparo contra la STS 23 de julio de 2012: STC 74/2018, de 5 de julio.

Este apartado primero parece que reconoce dos derechos fundamentales diferentes: a) el derecho a la educación y b) la libertad de enseñanza. Se podría haber interpretado de esta manera sin perjuicio de afirmar la causalidad del primero respecto del segundo, así como la complementariedad o instrumentalidad del último respecto del primero. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional desde la Sentencia 5/1981 no ha seguido ese criterio dual y ha preferido referirse a un genérico derecho a la educación con un doble contenido o bloque de facultades diversas: a) las facultades o derechos de libertad; b) el derecho o facultades prestacionales (*cfr.* Fundamento Jurídico 7, FJ en adelante).

1.1. El primer bloque es el propio de la libertad de enseñanza y se entiende esta como *proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente artículos 16, 21 y 20.1 a)*. Como recoge la STC 74/2018 (FJ 4), esta libertad se concreta por tres vías:

a) El derecho a crear instituciones educativas. «Implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión» (STC 77/1985, FJ 20).

b) El derecho de los padres a elegir el centro y la formación religiosa y moral que desean para sus hijos. Esta facultad está interrelacionada con la anterior pues *es obvio que la elección de centro docente es un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral*. «A su vez, estas facultades se conjugan con el derecho de creación de centros educativos con ideario propio no limitado a los aspectos religiosos y morales. La libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE)» (STC 133/2010, FJ 5 a).

Estos derechos no son absolutos, admiten restricciones que respondan a un fin constitucionalmente legítimo. En general, caben las limitaciones que pueden considerarse ajustadas al «canon de proporcionalidad resultante de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos», que «se resuelve en un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de beneficios y perjuicios» (STC 93/2017, FJ 3).

c) El derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad, que no estudiaremos en este trabajo, a diferencia de los dos primeros, respecto de los cuales más adelante se harán desarrollos.

1.2. Pasando al contenido esencial de la segunda vertiente, denominada dimensión prestacional, está integrada por las siguientes facultades junto con las correlativas obligaciones de los poderes públicos competentes:

a) Obligación de «procurar la efectividad» del «contenido primario» o «dimensión de libertad» del derecho a la educación (STC 236/2007, FJ 8).

b) Concesión de ayudas públicas a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE), derecho de configuración legal por lo que *en modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 de la C.E. reconoce acabadamente el derecho a una prestación pública y, solo de acuerdo con la ley podrán los centros privados exigir dicha financiación*. Sin embargo, esa configuración legal *no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda (STC 77/1985, FJ 11)*. El legislador puede supeditar el libramiento de

las ayudas públicas al respeto de limitaciones que condicionen el derecho del titular del centro a dirigirlo. Asumiendo, por ejemplo, «la insoslayable limitación de los recursos disponibles», puede atender, «entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión (STC 86/1985, FJ 3).

c) Derecho al pluralismo educativo, que tuvo su refrendo jurisprudencial en la STC 5/1981. En consecuencia, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS en lo sucesivo) de 24 de enero de 1985, la potestad del legislador para establecer los requisitos de acceso al concierto «no autoriza a poner obstáculos, coartar y hasta impedir de hecho el pluralismo educativo».

2. ¿EXISTE UN IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL?

El artículo 27.2 de la Constitución dice: *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.*

El concepto de «ideario educativo constitucional» tiene su origen en el voto particular del magistrado Tomás y Valiente (q.e.p.d.) a la STC 5/1981, y sería el desarrollo del contenido esencial del art. 27.2 CE, una explicitación de los valores a los que alude. Para construir este concepto saca consecuencias a la distinción entre enseñanza y educación⁴. La enseñanza sería la transmisión de manera ordenada y sistemática, de conocimientos, ideas y capacidades al alumno, y podría o debería ser ideológicamente neutra. La educación, en cambio, se concibe como un proceso de formación integral de la personalidad del alumno, de creación de una conciencia personal mediante la transmisión de convicciones y asimilación de creencias, valores y normas, a través de una acción formal institucionalizada a partir de determinados idearios o pensamientos filosóficos y morales, tendente al perfeccionamiento intencional del educando. Algunos autores han profundizado en esta distinción y han hecho un importante esfuerzo intelectual para dotar al concepto señalado de un contenido que completaría el art. 27.2 CE y serviría de canon de constitucionalidad⁵. Al «ideario educativo constitucional» acude el primer voto particular a la STC 31/2018 para argumentar en contra de la educación diferenciada por sexos.

⁴ La STC 31/2018 recuerda la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo de la República Federal de Alemania de 30 de enero de 2013, que cita las previas sentencias de 14 de noviembre de 1969 y 8 de junio de 2011, y que parte de *que, tal y como se afirma en la sentencia del mismo Tribunal Constitucional Federal de 16 de mayo de 1995, cualquier escuela, pública o privada, debe cumplir objetivos de transmisión de conocimientos (Lehrziele) y también objetivos orientados a la formación humana (Erziehungziele). Entre estos últimos, que derivan directamente de la Constitución y han de ser interiorizados por el alumnado, se encuentra el de la igualdad de géneros. Según la sentencia, los alumnos también son capaces de efectuar esa interiorización (Verinnerlichung) de la igualdad de género en el marco de la educación diferenciada (apartado 38 de la sentencia). Por ello, llega a la conclusión de que está prohibido otorgar un trato desfavorable a las escuelas privadas en función de su modo distinto de organizar la formación en este aspecto.*

⁵ ALÁEZ CORRAL, B. (2009), «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional* (86), 31-69.

SALAZAR BENÍTEZ, O. (2016), «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *Revista Española de Derecho Constitucional* (106), 451-478.

El TC nunca ha distinguido enseñanza de educación para sacar consecuencias. Desde el punto de vista jurídico-constitucional, la propia lógica estructural del derecho a la educación del art. 27 CE parece que lo impide⁶. El doble contenido de este derecho que hemos expuesto incluye sin dudas el derecho-deber a recibir una enseñanza básica obligatoria de forma gratuita, y en este derecho-deber no caben distingos. Al mismo tiempo la libertad de enseñanza en sentido estricto abarcaría el derecho de elección de tipo educativo, la libertad de creación y dirección de centros docentes, la libertad de dotar al centro de ideario propio y la intervención de la comunidad escolar en el control gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, además de la libertad de cátedra. Queda claro que dentro de la libertad de enseñanza se encuentran libertades típicamente asociadas al fenómeno educativo, como son la formación en valores, creencias e ideales propios del centro docente.

Tampoco ha recurrido el TC al supuesto ideario constitucional cuando ha tenido que pronunciarse sobre el *homeschooling*, que era una ocasión muy propicia. La STC 133/2010, de 2 de diciembre, entiende que la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida en ninguna de las libertades constitucionales que el art. 27 CE reconoce. La imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido. No obstante, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que son posibles otras opciones legislativas que flexibilicen el sistema, siempre que permitan mantener el cumplimiento de los objetivos de la educación. Hasta que el Ministerio de Educación no defina los rasgos de esa regulación alternativa no se admite el reconocimiento de la educación en casa por la vía de la jurisprudencia constitucional⁷.

La inexistencia de un ideario educativo constitucional puede obedecer al deseo del TC de evitar dar un sesgo ideológico determinado a un precepto de la Carta Magna que fue fruto de un consenso muy laborioso. De esta manera, facilita que sea la Pedagogía —y no el Derecho— la que especifique toda la riqueza del significado del derecho a la educación. Por otra parte, la distinción de la educación y la enseñanza parece superada por el denominado «giro ético» que caracteriza las nuevas corrientes pedagógicas⁸. Numerosos estudios de finales del siglo xx y principios del siglo xxi, destacan que la enseñanza no trata sólo de promover el aprendizaje de materias, sino que también debe levantar problemas epistemológicos y existenciales sobre la identidad del educando.

Pensamos que el Tratado de Lisboa, ratificado en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 20 de julio, es la respuesta negativa definitiva a la pregunta de este apartado. Este tratado contiene un artículo que otorga a la Carta de Derechos Fundamentales el valor legal de Derecho Primario de la Unión Europea. El artículo 14.3 de la Carta dispone: Se

⁶ BÁEZ SERRANO, R. (2017), *Educación diferenciada. Constitucionalidad, igualdad y financiación pública*, Fundación Altair, págs. 33-36.

⁷ Ver la jurisprudencia del TEDH y una crítica a esta STC en FUENTES BAJO, G. (2015), «Educar en casa (*homeschooling*) en España: pasado, presente y futuro», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXI, pp. 919-921.

⁸ IBÁÑEZ MARTÍN, J. A. (2017). *Horizontes para los educadores. Las profesiones educativas y la promoción de la plenitud humana*. Dykinson, págs. 56-64.

respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

Nunca, hasta el momento, las convicciones pedagógicas habían alcanzado ese nivel normativo, en el mismo plano que las convicciones religiosas y filosóficas, convicciones que gozan de una apoyatura en Tratados internacionales muy dilatada⁹. Su mención en el Derecho positivo de mayor rango normativo nos parece que es respuesta a la relevante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia educativa. Es claro que las convicciones pedagógicas de los padres son variadas, y tienen que ser respetadas en todos los centros docentes, también los creados por los poderes públicos. Ante esta diversidad, deviene imposible la pretendida existencia de un ideario educativo constitucional.

3. EL CARÁCTER PROPIO DE LOS CENTROS PRIVADOS CONCERTADOS Y LOS DERECHOS DE LOS PADRES

El artículo 27.3 de la Constitución dispone: *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

El apartado 6 del mismo precepto dice: *Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.*

3.1. La expresión «carácter propio» —usada ya antes en Francia o Alemania— aparece legalmente por primera vez en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), art. 22.1, sustituyendo a la del «ideario propio» de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de julio. Las sucesivas leyes educativas han garantizado a los titulares de los centros privados el derecho a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos reconocidos a profesores, padres y alumnos en la Constitución y en las leyes, así como su publicidad: debe ser puesto en conocimiento de los distintos sectores de la comunidad educativa, así como de cuantos pudieran estar interesados en acceder al mismo (*cf.* Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, LOE, art. 115). Sin embargo, ninguna ha definido su contenido.

De la jurisprudencia constitucional citada resulta que además del componente ideológico, puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad (*cf.* SSTC 5/1981, 77/1985, 31/2018), y abarcar todos los elementos definitorios del contenido permanente de la concreta convocatoria y oferta educativas en que consiste la libre creación de cualquier centro escolar. También hemos expuesto que no es propiamente un instrumento del derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque el pluralismo educativo que exige la dimensión prestacional

⁹ *Cfr.* Protocolo Adicional n.º 1 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en 1952. Su artículo 2 exige al Estado que respete «el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». Y tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobados por la ONU en 1966, garantizan que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las convicciones de los padres (arts. 18.4 y 13.3 respectivamente).

del derecho a la educación impulsa a la ley a otorgar facultades a los padres en este sentido.

Ahora vamos a profundizar en cómo esta *faceta del derecho a crear centros docentes* interacciona con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos. En concreto, ¿el ideario propio es un contenido tanto del derecho del art. 27.6 como del 27.3 CE, o solo del primero? La controversia se encuentra claramente recogida en la STC 31/2018, cuando dice de la educación diferenciada por sexos lo que sigue: *Si se tratara de una determinada concepción de la vida o cosmovisión, con un contenido filosófico, moral o ideológico, ello situaría el análisis constitucional de la impugnación en la perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 C.E), con el contenido y los límites que le son inherentes. Pero responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza... se trata de un sistema instrumental y de carácter pedagógico fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos, ...lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas (FJ 4).*

3.2 Es interesante al respecto conocer los argumentos expresados en el voto particular a la STC 74/2018, formulado conjuntamente por los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, sobre todo por su capacidad de síntesis para glosar el proceso lógico-jurídico seguido en esta sentencia y en la 31/2018 sobre el punto controvertido que nos ocupa. También tendremos presente el voto particular de magistrado Xiol Ríos.

Dicen los magistrados citados en primer lugar que: «Solo esta desagregación entre enseñanza diferenciada y convicciones religiosas o morales permiten a la Sentencia 31/2018 basarse en el argumento de que la educación segregada no propugna valores discriminatorios, porque a su decir no responde a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas. En suma, en la STC 31/2018, la opción por este tipo de enseñanza forma parte del ideario del centro y, por tanto, está al servicio de quien crea centros docentes y no al servicio de los padres».

Sin embargo, esa rotundidad en términos de *ratio decidendi* de la STC 31/2018 que pretenden los magistrados discrepantes no es tan evidente ateniéndose al excurso de silogismo jurídico a nivel de *obiter dicta*. En efecto, basta citar frases de la mencionada sentencia para verlo. *El derecho al ideario está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no exista relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de una indudable interacción entre ellos (FJ 4).* Esta «indudable interacción» ha sido comentada por la STC 74/2018 al afirmar que: *ambos se hallan en interacción, no puede entenderse el significado de uno sin atender al significado de otro.* Y sigue la STC 31/2018: *aunque es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral (...)* *El ideario puede ser considerado en gran medida, aunque no solo, como punto de convergencia que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa.*

Los autores del voto reservado hacen una lectura asistemática y estrictamente literal de la primera cita del párrafo anterior, olvidándose de lo que puede significar en términos del sistema de garantías constitucionales el concepto de «indudable interacción» entendido en un sentido finalista y aplicando reglas de hermenéutica constitucional

como el principio *pro libertatis*. Entendemos que éstas pueden modular la tajante primera afirmación en un sentido menos restrictivo que el expresado en el voto particular.

Si a lo expuesto le añadimos además, como a continuación se verá, la posible causalización axiológica, el carácter causal, si bien parcial, para hacer efectivo el derecho del artículo 27.3 de la Constitución, lo que no menciona el voto reservado, todavía es más cuestionable el no reconocimiento de un interés jurídicamente protegible en la cabeza de los padres respecto de la educación de sus hijos en una escuela con determinada orientación pedagógica.

La existencia o no de ese interés es el punto que sujeta tanto la bóveda de una u otra posición que se resuelve, en el plano del derecho formal, en el reconocimiento o no de legitimación activa de los padres por vulneraciones del concepto de ideario. En el plano material, si ese interés legítimo de los padres forma parte del contenido del apartado 3, los autores del voto reservado se preguntan «qué convicciones religiosas o morales sustentan un sistema pedagógico en que niños y niñas tienen la misma educación pero en espacios separados».

La propia STC 31/2018 realiza un tímido intento de causalizar el método pedagógico de la educación diferenciada por sexo, cuando afirma *que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entenderían que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otro* (FJ 4 a). Nada dice acerca de cuál puede ser la naturaleza de las «concepciones de diversa índole», por lo que deja al concepto con una amplitud suficiente para no excluir ninguna de las posibles concepciones subyacentes al citado método, incluidas las de carácter religioso y moral. Lo que hace pues es dejar meramente la puerta entreabierto a su inclusión en el apartado 3 del artículo 27 de la CE como parte del contenido propio de aquel Derecho superando su literalidad.

En la línea de apertura citada, pero justamente para negar la virtualidad ampliatoria de derechos de esa causalización axiológica amplia del método pedagógico controvertido, el Magistrado Xiol Ríos, en su voto reservado, efectúa una valoración muy negativa de las posibles concepciones subyacentes identificándolas por su naturaleza ideológica y descalificándolas, como veremos, por razones metajurídicas y acientíficas.

Este método argumental no es el mejor para un miembro de un órgano constitucional que debe de respetar exquisitamente la neutralidad ideológica en su función juzgadora cuando los efectos pedagógicos de la ideología subyacente presuntamente considerada cumplan, en el ámbito educativo, los estándares del apartado 2 del artículo 27, como rotundamente afirma la STC 31/2018. Cuando el citado Magistrado expresa en su voto reservado (apdo. 4 c) tener dudas «de que ese argumento tópico, bajo la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos», está fundando su duda en otro prejuicio emanado de la corriente de pensamiento denominada ideología de género. Ésta, en su vertiente más radical, niega de forma no científica cualquier determinismo biológico en la diferenciación sexual, estando su causalidad basada solo en convicciones y roles sociales a superar por anacrónicos¹⁰. No es muy científico ni intelectualmente coherente, por tanto, descalificar un prejuicio ideológico con otro prejuicio ideológico.

La citada línea discursiva dogmática y contradictoria desconoce el gran debate pedagógico que hay sobre la educación diferenciada¹¹, y llega incluso a olvidarse de la

¹⁰ Ver TRILLO FIGUEROA, J. (2007), *Una Revolución Silenciosa*. Ed Libros Libra.

¹¹ Destacamos dos libros que contienen un análisis argumentado de todas las dimensiones de este debate: SALOMONE, R. (2003), *Same, different, equal: rethinking single-sex schooling*, Yale University Press, que estudia los mitos y realidades en las guerras de género y quién está ganando, quién está perdiendo y por qué; WI-

existencia de opiniones contrapuestas a la suya, a las que luego nos referiremos, de legisladores de nuestro entorno cultural y jurídico, así como de órganos semejantes material y funcionalmente al TC español, cuya sensibilidad y tradición democrática podrá ser igual, pero no menor que la de éste y, en todo caso, bastante más arraigada en el tiempo.

Cuando dice que «ninguna medida educativa que intenten los centros introducir en su memoria educativa puede sustituir la función vivencial de la igualdad que como fin constitucional tiene encomendada al sistema educativo» (FJ 4 c), olvida por completo el pluralismo valorativo existente respecto a la necesidad o no de la función vivencial para interiorizar el valor de la igualdad de sexos en el sistema educativo, máxime cuando está claramente explicitado en la STC 31/2018, que afirma respecto de otros sistemas jurídicos occidentales: *aunque no constituya parámetro de constitucionalidad alguno, si puede tener un alcance didáctico en el curso de nuestro razonamiento, desde la existencia de unos valores comunes (artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE)) en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres* (FJ 4a).

Así, en el Reino Unido la Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulations 2008 excluye la aplicación a la educación y, *por tanto, no impide la existencia de escuelas diferenciadas, que existen en ese país en un número apreciable.*

En Francia, la Ley núm. 2008-496, de 27 de mayo de 2008, tras incluir expresamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, señala que *este principio no es obstáculo... para la organización de las enseñanzas agrupando los alumnos en función de sus sexo (artículo 2.4).*

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 16 de mayo de 1995 establece que *cualquier escuela, pública o privada, debe cumplir objetivos de transmisión de conocimientos (Lehrziele) y también objetivos orientados a la formación humana (Erziehungziele). Entre estos últimos, que derivan directamente de la Constitución y han de ser interiorizados por el alumnado, se encuentra el de la igualdad de géneros. Según la sentencia citada, los alumnos también son capaces de efectuar esa interiorización (Verinnerlichung) de la igualdad de género en el marco de la educación diferenciada (apartado 38 de la sentencia).*

Concluiremos nuestra reflexión en cuanto a la exigencia de vivencia del voto particular diciendo que si ello fuera así, llevando la misma exigencia a otros supuestos de discriminación, como por ejemplo la diferencia racial o de religión, habría que articular los programas de enseñanza del modo que se llegara a convivir con gente de otras razas y religiones obligatoriamente, lo que llevaría a implantar muy abundantes fórmulas de intercambio análogos al programa Erasmus, lo que no parece razonable.

Finaliza el TC su excurso al respecto con la cita, en sentido favorable legal a la educación diferenciada por sexo en Bélgica y Estados Unidos de América.

Si bien el Derecho comparado nacional citado tiene, como se ha apuntado, «un alcance didáctico», no se puede predicar esa baja intensidad jurídica de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Como dice la STC 31/2018 reiterando jurisprudencia anterior (STC 12/2008, FJ 2 y STC 236/2007, FJ 3), *para la resolución del presente recurso es obligado emplear, por lo pronto, el parámetro exegético que ofrecen los*

LLIAMS, J.A. (2016), *The separation solution?: single-sex education and the new politics of gender equality*, University of California Press, que señala que desde la década de 1990, ha habido un resurgimiento del interés en la educación de un solo sexo en todo Estados Unidos, y muchas escuelas públicas han creado clases sólo para niños y niñas para estudiantes en los grados K-12. Desconfía del «esencialismo de género suave» que caracteriza a los impulsores de estas iniciativas, y ofrece una nueva perspectiva de las concepciones populares sobre la naturaleza y la importancia de las diferencias de género en la educación y más allá de ella.

tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Ello no es sino la consecuencia del mandato Constitucional del artículo 10.2 de la CE, según tiene declarado la STC 236/2007 de 7 de noviembre (FJ 3): «Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental del Estado».

La Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio, ya antes citada, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, establece en su artículo 2 un mandato legal a todo intérprete de los derechos fundamentales y de las libertades que la Constitución Española reconoce para que realice su función «también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicados en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 14 de diciembre de 2007». Lo que se aplica al artículo 14.3 de la citada Carta de Derechos, que reconoce el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

En cuanto a los criterios de interpretación legal de Derechos Fundamentales recogidos en la Carta señalaremos, como más relevante aquel que fruto de una concepción minimalista de la Carta de Derechos, prohíbe que las disposiciones de la Carta puedan ser interpretadas «como limitativas o lesivas de los Derechos Humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo campo de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los Convenios Internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros..., así como las Constituciones de los Estados Miembros» (artículo 53).

Del citado precepto y su rango normativo no es difícil colegir la inclusión del citado Derecho en el artículo 27.3 CE, con base en una interpretación a *contrario sensu* del mencionado precepto coordinada con una interpretación extensiva de preceptos constitucionales nacionales. Todo ello en sintonía con los principios esenciales de interpretación de los Derechos Fundamentales que hemos recogido al inicio de este artículo. En este caso, serían de aplicación los siguientes:

- a) Principio de interpretación más favorable.
- b) Principio de interpretación extensiva.
- c) Principio de interpretación de conformidad con las declaraciones internacionales.

En línea con este último principio conviene señalar que el citado artículo 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales es reproducción literal del artículo II-74 3.3 de la frustrada Constitución Europea de 2004 y el citado artículo 53 del artículo II-113 del mismo texto legislativo. Dicho texto fue objeto de la Resolución del Pleno del TC de 13 de diciembre de 2004, que declaró la no existencia de contradicción entre la Constitución Española y los artículos I-6, II-111 y II-112 por los que se delimitaba el ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y los criterios definidores de su interpretación y alcance (*cf.* Declaración 1/2004, BOE, Suplemento 4 de enero de 2005).

Nos limitaremos a citar un párrafo de esa Resolución que es de una claridad apabullante en cuanto al potencial conflicto entre primacía comunitaria y supremacía constitucional, que es el debate que, llevado al extremo de abierto conflicto, que no es nuestro caso ni mucho menos, se podría plantear entre los preceptos de la Carta de Derechos y los apartados 3 y 6 del artículo 27 de la CE.

«La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma... La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, (...) de las cuales, (...) una o más de ellas tienen capacidad para desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente... debido a distintas razones. Toda supremacía implica, en principio primacía (...) salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en el art. 93 (...)» (FJ 4).

3.3. Retomando por su importancia la causalización potencial del método pedagógico apuntada en la STC 31/2018, ésta se situaría en una dimensión axiológica que podría ser valorada jurídicamente de maneras diversas. Esa diversidad valorativa, como se verá, generaría una repercusión interpretativa diferente del contenido propio del apartado 3 del artículo 27 de la CE en lo que se refiere a la correcta ubicación, como bien jurídico protegible del mismo, del derecho al método pedagógico propio.

Estas diversas formas de valoración se exponen como sigue:

a) Utilizar la distinción civilista que diferencia en los contratos entre los motivos y la causa de los mismos, no trascendiendo los primeros a la segunda que tiene una naturaleza objetiva siendo esta la única exigencia legal para su validez. La concepción ideológica del método pedagógico sería el motivo y el contenido del método la causa.

Con ello, se mantendría la exclusiva naturaleza instrumental del método pedagógico y habría que utilizar otro criterio para incardinarlo en el párrafo 3 del artículo 27 de la C.E. Este criterio sería el seguido por la STC 74/2018 (FJ 5) que fundamenta su inclusión en el citado precepto en la interacción de los párrafos 1 y 3 con el 6 no pudiendo entenderse el significado de uno sin atender al significado del otro. Por ello concluye que *procede apreciar que la denegación de la renovación al concierto exclusivamente basada en la opción pedagógica del centro docente supuso una injerencia en la libertad educativa de los padres... (art. 27, apartados primero y tercero CE).*

La citada fundamentación nos conduce sin esfuerzo mayor para entender mejor la técnica interpretativa inclusiva utilizada, al principio de la eficacia refleja de las normas y del contrato construido en el ámbito civil. Para aplicarlo, el término «interacción» hay que sustituirlo por el de «repercusión», lo que gramaticalmente no resulta forzado a la vista de cómo se interpreta la interacción entre el párrafo 6 y 3 del art. 27 de la CE por el TC. La repercusión surge de la conexión entre diversas normas jurídicas preexistentes. Esta conexión se da, entre otras cosas, «cuando las diferentes relaciones jurídicas coexisten entre sí y se condicionan recíprocamente.»

b) Considerar que existe una interpretación jurisprudencial sistemática y teleológica que asume el carácter ideológico/moral o religioso del método pedagógico y, por tanto se inserta sin dificultad en el ámbito del párrafo 3 del art. 27 CE.

De las dos valoraciones expuestas pensamos más bien que el TC no ha querido seguir la b), debido a su mayor agresividad interpretativa¹², pues, en ese caso, debería haber hecho la valoración jurídico-constitucional de la presunta ideología subyacente al método pedagógico controvertido, lo que no ha hecho.

¹² DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, 2.ª ed. págs. 600 y ss., y DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, 1.º tomo, 2.ª reimpresión, págs. 266 y ss.

Esa mayor agresividad interpretativa no habría sido tanta si se hiciera referencia, lo que para nada hace el TC, a la aplicación del contenido e interpretación del artículo 14.3 de la Carta de Derechos del Tratado de Lisboa en relación con su artículo 53. Pensamos que su aplicación, en conexión con los apartados 1 y 3 del artículo 27, habría desdramatizado, desideologizado y simplificado mucho la función hermenéutica del TC en lo referente a la educación separada por sexos y su compatibilidad o no con los contenidos de la CE. Habría sido y, aún puede ser, una contribución importante a la clarificación de los contenidos constitucionales de los párrafos 1 y 3 y 6 del artículo 27 de la CE, con el reforzamiento de la seguridad jurídica que supondría en general. Desiderata ésta que surge del art. 9.3 CE.

4. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS

La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), modificó la LOE de 2006. El nuevo art. 84.3 LOE permite concertar la educación diferenciada por sexo siempre que se cumplan los requisitos que establece la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Por primera vez en el ordenamiento español, el legislador orgánico se pronuncia de forma expresa sobre esta forma de organización educativa y entiende que no es discriminatoria, por lo que no pueden sufrir desventaja alguna los padres o tutores que la elijan. Contra esta norma se formularon cuatro recursos de inconstitucionalidad. La STC 31/2018 resuelve el mejor argumentado de todos, después de unas alegaciones muy completas de la Abogacía del Estado.

La STC citada estudia conjuntamente la Convención adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia general de la UNESCO¹³ (instrumento de ratificación de 20 de agosto de 1969), y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977). Y dice: *La mera lectura del art. 2.1 de la Convención de 1960 permite apreciar que lo relevante a los efectos de analizar una posible discriminación de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional.*

Sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979, ratificada por España por instrumento de 16 de diciembre de 1983, argumenta: *Se prevé en él que los Estados parte*

¹³ Art. 2.1: En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.

se han de comprometer al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza». No es una norma prohibitiva, por tanto, sino de fomento, y no proscribire la existencia de otros modelos educativos. Obliga de manera expresa a estimular el modelo educativo mixto, objetivo claramente logrado en nuestro sistema, ya que es fácilmente constatable el predominio general de la enseñanza mixta en España. También obliga a estimular o fomentar otros modelos que contribuyan a la eliminación de los estereotipos de sexo; otros modelos distintos del mixto, pues este ya se menciona expresamente. De esta forma, la virtualidad de la Convención parece agotarse, en cuanto ahora interesa, en la obligación de promover los sistemas educativos tendentes a la eliminación de los estereotipos de sexo, entre los cuales se encuentra nominativamente la educación mixta, pero sin cerrar la puerta a otros modelos diferentes al coeducativo y que también tiendan a lograr ese objetivo.

Después de analizar estos Tratados internacionales, realiza su propia argumentación sobre la «single sex education». La mejor manera de reflejarla es el resumen de la STC 31/21018 que hace la STC 74/2018, cuando dice que es una *opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección de los padres y, en su caso por los alumnos, que consiste en la separación entre alumnas y alumnos en la admisión y organización de las enseñanzas, y está basada en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Tal modelo pedagógico es una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esta fórmula educativa, y es conforme a la Constitución como cualquier otro modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE [FJ 4 a)].*

Este Tribunal «no puede ofrecer criterio valorativo alguno» sobre este «modelo pedagógico». Ahora bien, bajo la exclusiva perspectiva constitucional, cabe apreciar que constituye «una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esta fórmula educativa» que puede reputarse conforme a la Constitución como cualquier otro «modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE» [FJ 4 a)].

La educación diferenciada «no puede ser considerada como discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos»; a lo que se refiere la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones [FJ 4 a)]. A su vez, «no existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente y, en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales» [FJ 4 b)]. No impide «la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 CE, centrados en el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Si lo hiciera, «la conclusión sería, no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicasen esta fórmula pedagógica, sino la imposibilidad del modelo, pues, como dijimos en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7, el artículo 27.2 CE no opera como un mero límite externo, sino que impone que “la enseñanza haya de servir a determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”» [FJ 4 b)].

Dado «que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas “en el respeto al principio de igualdad” (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción, la conclu-

sión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos: dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso» [FJ 4 b)].

Del razonamiento del TC extraemos las siguientes conclusiones:

a) La educación mixta no queda impuesta *ope constitutionis* como modelo educativo único. La educación diferenciada por sexos no es un caso de discriminación por razón de sexo. El término «discriminación» usado en el artículo 84.3 LOE, *no tiene el significado vulgar de selección, diferenciación o distinción, sino el técnico-jurídico desarrollado por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de dar trato de inferioridad a alguien por alguna condición personal o social sin fundamento objetivo y razonable* (STC 74/2018, FJ 5). La experiencia de muchos Estados pone de manifiesto que este modelo pedagógico no supone un trato de inferioridad para ninguno de los sexos. Por tanto, a diferencia de otros casos en los que está en juego el principio de igualdad, no es preciso encontrar una justificación objetiva, razonada y proporcionada para este trato diferente. *Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada* (STC 31/2018).

b) *Existe una obligación positiva de fomento de aquellas formulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas. Pero de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada¹⁴. No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales. (...) resulta suficiente la cautela establecida en el art. 83 .4 de la Ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y sólo a estos, la obligación de «exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad»* (STC 31/2018).

c) La equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza en nuestro país *está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera*

¹⁴ SALOMONE, R. (2013), Rights and wrongs in the debate over single-sex schooling, Panel IV, education, *Boston University Law Review*, vol. 93, págs. 971-1027, aporta algunas conclusiones recientes de las investigaciones sobre la educación diferenciada en diversos países. Entre ellas destaca la afirmación de que en la enseñanza mixta se producen los denominados efectos psicológicos de la «amenaza del estereotipo», es decir, la angustia o preocupación que sienten los estudiantes que han interiorizado la creencia de que las mujeres no rinden tan bien como los hombres en determinadas materias, y que puede llevarlas a temer participar en los debates en clase y a experimentar ansiedad adicional en una situación de examen. Asimismo refiere algunas investigaciones que demuestran que, cuando se coloca a las alumnas en un entorno diferenciado en el que no se les recuerda su identidad de género, pierden la creencia de origen cultural de que evitar el riesgo es un comportamiento femenino «apropiado» y les ayuda a superar —por ejemplo— la amenaza del estereotipo en asignaturas y posturas socialmente calificadas como propias de los varones. Reconoce que sus conclusiones se han extraído de países diversos con sistemas educativos y contextos culturales distintos. Pero, si se analizan de forma global, brindan un apoyo provisional al argumento de que la enseñanza diferenciada ofrece ventajas emocionales y académicas, en particular a las estudiantes.

sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. La STC 31/2018 da a entender que, en la situación actual del sistema educativo español, la equiparabilidad no es una carga para cada uno de los titulares de los establecimientos de enseñanza. Esta es también la tesis del Tribunal Supremo: «Por último, resulta plenamente conforme con el artículo 2 de la Convención citada la interpretación de que las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza, deban ser proporcionadas, bien por los sistemas educativos, o por los establecimientos, sin que resulte exigible que en todo caso sean los centros o establecimientos los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos» (STS 1957/2017, de 4 de mayo, FJ 8.º)¹⁵.

d) La STC 74/2018 resuelve el recurso de amparo contra la STS de 23 de julio de 2012, que declaró que la educación diferenciada seguía siendo *lícita y legítima*, pero no podía ser financiada con fondos públicos porque la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (LOE), a diferencia de las Leyes anteriores, incluyó el «sexo» entre las discriminaciones prohibidas en la admisión de alumnos (art. 84.3). A pesar de que del tenor literal de la LOE no se desprende la interdicción declarada y, en nuestra opinión, carece de toda lógica que la educación diferenciada haya pasado a discriminar por razón de sexo sólo a partir de 2006, que lo haya hecho a los solos efectos de la financiación, y que todo ello sea consecuencia exclusiva de la inclusión de la palabra «sexo» en el art. 84.3 LOE, esta nueva línea jurisprudencial fue confirmada por varias sentencias y se plasmó en la Ley Foral navarra 17/2012, de 19 de octubre. La STC 74/2018 se refiere a un caso anterior a la LOMCE de 2013, que reaccionó frente a la restrictiva jurisprudencia mencionada. Por tanto, sus conclusiones valen, aunque se modifique la LOMCE, que regula la educación diferenciada, pero no añade nada a su legitimidad constitucional.

5. ¿ES SUBSIDIARIA LA ENSEÑANZA CONCERTADA RESPECTO DE LA PÚBLICA?

La respuesta a esta pregunta exige el análisis de tres apartados del artículo 27 CE:

5. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.*

8. *Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.*

9. *Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.*

En 1970 la Ley General de Educación estableció la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica unificada. Como resume el preámbulo de la LODE de 1985, «concebía ésta como servicio público, y responsabilizaba prioritariamente al Estado de su provisión. Ello no obstante, reconociendo y consagrando el carácter mixto de nuestro sistema

¹⁵ Entendemos que lo que hace la Convención de la UNESCO es obligar a esos Estados, verdaderos sujetos vinculados por las normas internacionales, a que en el caso de que existan centros que impartan la enseñanza desde el sistema de educación diferenciada, ningún grupo por razón de su sexo quede fuera del sistema educativo o acceda a él en condiciones distintas y desiguales. Llegamos a esta conclusión a partir de la interpretación del art. 2.a) de la Convención de 1960 a la luz de la Convención de Viena, tal como pide la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

educativo, abría la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado».

La acogida en nuestro ordenamiento de los centros educativos privados sostenidos con fondos públicos no ha sido fruto solamente de una opción ideológica, sino también de un acto de realismo político. El modelo actual es deudor del sistema educativo que se fue configurando en España desde antes de la Constitución de 1978. Las leyes educativas de la democracia que han tenido más vigencia real, han llevado a que el incremento de la demanda social de educación haya sido atendido, primordialmente, por la oferta pública. «De este modo, acabaron de configurarse los contornos característicos del actual sistema educativo en España: un sistema de carácter mixto o dual, con un componente público mayoritario y uno privado de magnitud considerable», constata el preámbulo de la LODE.

El impulso legislativo no ha propiciado que la llamada red dual de centros de enseñanza pudiera actuar como instrumento para hacer efectiva la pluralidad de modelos educativos —dentro de los criterios comunes que deben reunir las enseñanzas que aspiran a un reconocimiento oficial—, sino que ha propiciado más bien una fórmula de asimilación de todos los modelos presentes en la sociedad al de la enseñanza pública¹⁶. Según el planteamiento legal, los centros públicos y los privados concertados son los que constituyen la denominada red dual a la que se encomienda la provisión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad. Los centros privados no concertados reciben una consideración marginal a los efectos de integración del sistema educativo; su existencia sería mero resultado de la libertad de empresa. La aceptación por parte de un centro docente del régimen de concierto no obliga solo a implantar la gratuidad de la enseñanza sino también a pagar un alto precio en términos de autonomía, consecuencia de la aplicación del régimen de los centros públicos en materia de admisión de alumnos y de órganos de gobierno.

La financiación pública de los centros concertados tiene una justificación constitucional propia, diferente de las ayudas a otros actores importantes en la sociedad democrática, como los partidos políticos o sindicatos. En este caso, dice la STC 31/2018, *responde, esencialmente, a lo dispuesto en tres preceptos constitucionales: en primer lugar, a lo establecido en el artículo 27.9 CE, a tenor del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca»; en segundo lugar, a la previsión del artículo 27.4 CE, según el cual «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita» y, por último, al artículo 9.2 CE, que indica que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».*

Esta sentencia destaca que la relación entre los apartados cuatro y nueve del artículo 27 CE es clara por dos razones. La primera, porque existe entre todos los preceptos que integran ese artículo «una estrecha conexión... derivada de la unidad de su objeto» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). La segunda razón, más específica, radica en que, como hemos declarado desde la citada STC 86/1985, la norma en la que se definen las condiciones de financiación de los centros privados ex artículo 27.9 CE «no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el artículo», lo que obliga a tomar en consideración las exigencias de gratuidad de la enseñanza que impone el apartado cuarto de ese artículo 27.

¹⁶ OTADUY, J. (2018), «Los conciertos educativos en la jurisprudencia española», *Antropología cristiana y derechos fundamentales*, Dykinson, pág. 130.

Concluye la STC 31/2018 que *esa gratuidad garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado. Ello cercenaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el artículo 27.6 CE.*

En el marco del artículo 27 CE, la LODE de 1985 (título IV) y la LOE de 2006 (arts. 116 y 117) han diseñado un sistema dual de redes complementarias de la enseñanza en las etapas educativas que conforman la educación básica (de los 6 a los 16 años). Esta regulación no otorga a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los centros públicos, para llegar únicamente donde no lleguen estos últimos. Así lo ha establecido el Tribunal Supremo después de algunas vacilaciones. En los establecimientos educativos sostenidos con fondos públicos, sean de titularidad pública o sean de propiedad privada, no existe una situación de subsidiariedad de éstos respecto de los centros públicos, ya que ambos tipos de centros se encaminan a la tutela del derecho fundamental a recibir la educación básica obligatoria de forma gratuita. La prestación del servicio público se hace por esta doble vía y las dos redes lo hacen al mismo nivel. Esta doctrina legal se sienta con la STS 1180/2016, de 25 de mayo¹⁷: «Esta Sala Tercera ha declarado que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras sentencias de 6 de noviembre de 2008 y de 18 de enero de 2010, al concluir la primera de ellas, y reiterar la segunda, que «esa afirmación no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación. (...) la solución contraria a la que sostenemos determinaría que la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor—alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de concertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que esta Sala Tercera ya ha desautorizado».

Con anterioridad, el Tribunal Supremo había reconocido la relación entre el derecho al concierto y la efectividad de elección de centro de enseñanza que el ordenamiento reconoce a padres y tutores. La STS 180/2006, de 19 de enero, dice: «Existe un derecho al concierto, siempre que se cumplan determinados requisitos establecidos normativamente, precisamente con la finalidad de permitir, dentro de estos límites que establece el ordenamiento, el derecho a elegir centro por parte de los padres. No nos encontramos pues con un concierto en sentido estricto, como acuerdo de partes en los que rige el principio de autonomía de la voluntad, de tal suerte que la Administración sería o no libre para efectuarlo, sino ante un concierto reglado que hace que, dándose los presupuestos legales, desde el punto de vista del colegio que pretende acogerse al mismo podemos afirmar que se configura como un derecho subjetivo. No estamos, en consecuencia, ante una actividad discrecional de la Administración, sino reglada»¹⁸.

Este derecho no siempre ha sido respetado por las Consejerías de Educación de las Comunidades Autónomas, que son las Administraciones competentes desde el traspaso

¹⁷ Cfr. también las STS 915/2017, de 24 mayo, y 1214/2017, de 11 de julio.

¹⁸ Ver la aplicación que hace de este derecho la Sentencia 58/2017, de 22 de febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que reconoce el derecho al concierto a un centro que nunca lo había tenido.

de competencias ejecutivas realizado en 1997. Son numerosas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que anulan las resoluciones administrativas que deniegan la renovación de conciertos educativos¹⁹. En fecha reciente, a veces con motivo de las restricciones presupuestarias o la caída de la natalidad, se aprecia una tendencia en algunas Consejerías a suprimir unidades concertadas cuando en el territorio existen plazas disponibles en los centros públicos. Es lo que algunos autores denominan el «principio de subsidiariedad inversa». Además, en febrero de 2019 el Gobierno aprobó un proyecto de modificación de la LOE que pretende frenar a la enseñanza concertada por la vía de eliminar la mención a la «demanda social» como uno de los factores que tendrán en cuenta las administraciones para programar y ofertar plazas en los centros concertados. Aunque este proyecto no ha tenido viabilidad alguna por la disolución de las Cortes, conviene que —para terminar esta colaboración— nos planteemos hasta qué punto es constitucional que el legislador orgánico llegue a imposibilitar en la práctica el derecho de los padres a elegir mediante una planificación de la oferta educativa que ponga todo el foco en la existencia de plazas públicas suficientes. ¿Pueden los poderes públicos «optar» por un sistema educativo exclusivo que a ellos les convenza? ¿Están autorizados a unificar modelos y eliminar factores importantes de diversidad educativa, o más bien deben dotar a la sociedad de opciones y hacer efectivos los derechos?

Ya sabemos que el derecho a la educación «supone la inexistencia de un monopolio estatal docente, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado» (STC 5/1981, FJ 4.a), y que la libertad educativa no es absoluta. En particular, no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados; «los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 4). A este marco la STC 74/2018 añade las siguientes consideraciones (FJ 5):

A fin de determinar si la injerencia sobre el derecho fundamental garantizado en el artículo 27, apartados primero y tercero CE supone estrictamente una vulneración es preciso «constatar cuatro requisitos o condiciones, que, según reiterada doctrina, se erigen en canon de control para estos casos: si la medida restrictiva disponía de la correspondiente cobertura legal; si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —es decir, si es idónea o conducente para cumplir los fines pretendidos—; si era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada “por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”» (STC 11/2016, FJ 3, refiriéndose a todos los derechos fundamentales sus-

¹⁹ De los casos que conocemos, el resuelto por la Sentencia 635/2016, de 13 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, es en el que la negativa de una Consejería ha sido más obstinada. Llega a decir que el Tribunal ni permanece ni puede resultar ajeno a las vicisitudes e intermitentes obstáculos que los centros educativos conocidos como *Parc Bit* «han venido sufriendo desde su creación y autorización en el año escolar 2007/2008 a fin de acceder al régimen de conciertos y renovar los mismos, a pesar de que este Tribunal, en un total de seis pronunciamientos firmes emitidos hasta la fecha (Sentencias 580/2010, 673/2011, 807/2011, 193/2012, 70/2014 y 97/2014) ha venido determinando de forma continuada los razonamientos que han servido de base para reconocer el derecho a los conciertos de ciertas unidades educativas de estos tres colegios, al cumplir los parámetros fijados legal y reglamentariamente. (...) Sin duda alguna, la conducta administrativa en torno a los conciertos educativos a estos colegios del «Parc Bit» ha venido dirigida por directrices de eminente peso político, en lugar de basarse en la tutela al derecho fundamental de los educandos a recibir la enseñanza básica obligatoria de forma gratuita, en la libertad de creación de centros docentes reconocida constitucionalmente, y en el servicio objetivo al interés público que debe inspirar su actuación, de acuerdo con el artículo 103.1 de la Norma Fundamental» (FJ 4).

tantivos, con cita de las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6; 159/2009, de 29 de junio, FJ 3, y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 9).

Partiendo por hipótesis de la existencia cobertura legal, será el canon de proporcionalidad indicado (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) el que servirá para enjuiciar si las nuevas regulaciones respetan la letra y el espíritu de la Constitución —como pide el Tribunal Supremo— o suponen una injerencia indebida en el doble contenido del derecho a la educación, que incluye el fomento de la libertad de opción de los padres y el derecho a la creación de centros con ideario propio.

DOCTRINA CONSTITUCIONAL RECIENTE EN MATERIA DE VIVIENDA. EN PARTICULAR, LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD DE VIVIENDA

Alfredo Parra García-Moliner

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MARCO PREVIO. 2.1. Sustantivo. 2.2. Marco competencial previo.—3. CRISIS FINANCIERA Y MEDIDAS DEL ESTADO.—4. LEYES AUTONÓMICAS.—5. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTOS POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO.—6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Como ha expuesto ARGELICH COMELLES, es necesario partir de los datos judiciales y estadísticos, como expresión objetiva del estado actual del acceso a la vivienda en España. Destaca la citada autora que, «en España, se han realizado 656.211 ejecuciones hipotecarias y 477.407 lanzamientos desde el año 2008 (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 2017, 60). El último Censo de Población y Viviendas del año 2011 (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 2013) reveló que existen 3.443.365 viviendas vacías, una cifra que supone un 19,04% respecto del total de viviendas. Desde el primer Censo de Edificios y Viviendas de 1950, cuando ya se habían creado algunas medidas de mejora del acceso a la vivienda como la prórroga forzosa, el número de viviendas se ha triplicado y la cantidad de viviendas deshabitadas se ha octuplicado, en particular se ha incrementado un 10,8% en la última década (INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 1950, 19-21, e INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 1991)».

Por otra parte, según el último informe «EFECTOS DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LOS ÓRGANOS JUDICIALES», que la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial ha hecho público en 2018, en el último trimestre de 2018 los lanzamientos derivados del impago del alquiler, que aumentan por quinto trimestre consecutivo, han subido un 7,9%. Por el contrario, los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias bajan por decimotercer trimestre consecutivo y, en esta ocasión, lo hacen en un 16,2%. En este sentido, la parte expositiva del efímero Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, recuerda la grave situación de vulnerabilidad económica y social de un gran número de familias y hogares para afrontar los pagos de una vivienda, recogiendo datos de Eurostat, según la cual, en el año 2017, más del 42% de los hogares españoles destinaban más del 40% de sus ingresos al pago del alquiler. Ello supone que España se sitúa 17 puntos porcentuales por encima del valor medio de la Unión Europea y, si no se adoptan las medidas oportunas, previsiblemente irá en aumento, ya que el precio de los alquileres se ha incrementado en los últimos tres años en más de un 15% y, en algunas localizaciones, el incremento duplica el registrado en el conjunto de España. Así mismo, toma nota de que el número de desahucios vinculados a contratos de alquiler está creciendo a un ritmo anual muy próximo al 5%. Esta negativa evolución de los lanzamientos practicados como consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos contrasta con la reducción progresiva de los lanzamientos derivados de ejecuciones hipotecarias y con la evolución y crecimiento general de la economía y del empleo en nuestro país.

2. MARCO PREVIO

2.1. Sustantivo

El artículo 47 de la Constitución establece que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Pese a esfuerzos doctrinales (LÓPEZ RAMÓN, PONCE SOLÉ) por defender el reconocimiento de un derecho subjetivo a la vivienda en el artículo 47 CE, siquiera con el carácter de obligación de los poderes públicos de disponer los medios precisos para garantizarlo, en la jurisprudencia constitucional predomina la idea de que el artículo 47 de la Constitución no recoge un derecho subjetivo, sino «un mandato o directriz constitucional» (SSTC 152/1988 y 7/2010), que, eso sí, debe tener un contenido predominantemente social: «La política de vivienda, junto a su dimensión estrictamente económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el art. 47 de la Norma fundamental, siendo así que uno y otro aspecto —el económico y el social— se revelan difícilmente separables. Sin embargo, el art. 47 no constituye por sí mismo un título competencial autónomo en favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 de la Constitución), en el ejercicio de sus respectivas competencias».

Como tal principio rector se mantiene en estatutos de autonomía como el de Castilla y León de 2007, cuyo artículo 16 apartado 14 establece como principio rector de las políticas públicas el acceso en condiciones de igualdad de todos los castellanos y leoneses a una vivienda digna mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los grupos sociales en desventaja.

Sin embargo, como derecho a la vivienda se ha recogido en algunos de los Estatutos de autonomía surgidos de la ronda de reformas estatutarias iniciada en el año 2006. Así, en el artículo 26 del Estatuto de Cataluña de 2006 se afirma que «las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna», y en el artículo 16 del Estatuto de la Comunidad Valenciana de 2006, cuya redacción es seguida por el artículo 22 del Estatuto de Islas Baleares de 2007, se garantiza «el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos valencianos». Estos contenidos estatutarios deben identificarse como mandatos o directrices estatutarios dirigidos a los poderes públicos, que entrañarían violación de la igualdad básica de los españoles si se entendieran como derechos subjetivos. De acuerdo con la doctrina de las SSTC 247/2007 y 31/2010, se trata «de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan. En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la comunidad autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE). Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los estatutos de autonomía no pueden

establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos».

Así las cosas, en la legislación ordinaria autonómica cabe identificar distintas normas que reconocen la exigibilidad del derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada, como, sin ánimo exhaustivo, la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana (DOGV núm. 7976, de 09/02/2017, BOE núm. 56, de 07/03/2017), cuyo artículo 1.3 reconoce la efectividad de este derecho a una vivienda asequible, digna y adecuada, que genera la obligación jurídica de la administración autonómica valenciana y de las administraciones locales radicadas en la Comunidad Valenciana de poner a disposición del solicitante la ocupación estable de un alojamiento dotacional, de una vivienda protegida o de una vivienda libre si ello fuera necesario que cumpla con todas las condiciones para garantizar su libre desarrollo de la personalidad, su derecho a la intimidad y el resto de derechos vinculados a la vivienda, si bien considera que existe tal puesta a disposición cuando se proceda al pago de las ayudas al alquiler reguladas en esta ley en tanto la administración amplía el parque público de vivienda para revertir esta situación de manera progresiva.

Así mismo, la Ley del Parlamento Vasco 3/2015, de 18 de junio, de vivienda (BOPV núm. 119, de 26 de junio de 2015, BOE núm. 166, de 13 de julio de 2015), que en sus artículos 7 y 9 establece el derecho de todas las personas con vecindad administrativa en cualesquiera municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible. La satisfacción de este podrá ser realizada por parte de las administraciones públicas vascas con competencia para ello mediante la puesta a disposición, en régimen de alquiler, de una vivienda protegida o de un alojamiento protegido, o incluso de una vivienda libre en caso de su disponibilidad por causa de programas de intermediación u otros, con la renta o el canon que corresponda en cada caso. En defecto de vivienda o alojamiento, y con carácter subsidiario, esta satisfacción podrá efectuarse mediante el establecimiento de un sistema de prestaciones económicas.

Debe señalarse que alguna de las leyes autonómicas sobre la materia exige una residencia previa prolongada en el territorio autonómico como requisito para acceder a las prestaciones en materia de vivienda, requisito de residencia previa que, más allá del mínimo necesario para acreditar la residencia de buena fe, resultan de dudosa compatibilidad con el artículo 139.1 CE.

La propia OCDE en su informe sobre España 2018 («Conseguir que el crecimiento beneficie a todos») ha llamado la atención sobre la elevada dispersión regional del bienestar, y en sus «Recomendaciones para reducir las desigualdades regionales en crecimiento inclusivo», sugiere «asegurar la portabilidad plena entre comunidades autónomas de las prestaciones sociales y de vivienda, mediante una asistencia temporal a cargo de la comunidad autónoma de origen o del Gobierno central».

Acaso por esta dispersión, la parte expositiva del Real Decreto Ley 21/2018 anunciaba futuras iniciativas legislativas que puedan completar la regulación en materia de vivienda, abordando los aspectos estructurales, los principios generales y las garantías que aseguren la igualdad en el ejercicio de este derecho en el conjunto del Estado.

2.2. Marco competencial previo

Como ha expuesto PONCE SOLÉ, las políticas públicas de vivienda se han instrumentado, fundamentalmente, a través de medidas de fomento y no coercitivas. Pese a

que el artículo 148.3 CE reconoce a las comunidades autónomas la competencia en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», la competencia del Estado ex artículo 149.1.13^a CE sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», denominada por GARCÍA TORRES —en expresión acogida por la doctrina constitucional— «dirección general de la economía», legitima la intervención estatal sobre la materia.

Efectivamente, como recuerda la STC 59/1995, FJ 4, «que el sector de la vivienda y, más concretamente, dentro del mismo, la actividad promocional pueden enmarcarse dentro de las facultades de dirección general de la economía que al Estado atañen en virtud del art. 149.1.13 C.E., es una afirmación que este Tribunal ha tenido ya la oportunidad de fundamentar en la STC 152/1988». Como se dijo en aquella ocasión, su conexión con la política económica general puede quedar suficientemente justificada «en razón de la incidencia que el impulso de la construcción tiene como factor del desarrollo económico y, en especial, como elemento generador de empleo» (fundamento jurídico 2.º), encontrándose, por tanto, justificada la regulación estatal de los correspondientes instrumentos de financiación cuando se trate con ello de «asegurar el mantenimiento de unas inversiones fundamentales desde el punto de vista de la política económica general que, en otro caso, se revelaría difícilmente viable» (fundamento jurídico 4.º). En consecuencia, la tarea estatal de fomento en materia de vivienda, por más que el art. 9.9 EAC la atribuya a la competencia exclusiva de la Generalidad sin sujeción a competencia alguna del Estado, se encuentra, en este caso, respaldada por el título competencial a que se refiere el art. 149.1.13 CE». En cualquier caso, y como recuerda la STC 152/1988, FJ 4, «ello no significa que las comunidades autónomas con competencias en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier atribución por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector. Por un lado, es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos, lo que, frente a lo que alega el Gobierno vasco, no resulta impedido por las disposiciones que impugna. Pero además, para la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles que, como diremos más adelante, les corresponde, las comunidades autónomas deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos.

»Sólo de esta manera es posible conciliar el ejercicio de las competencias del Estado sobre la planificación y coordinación en el sector económico de la vivienda, incluida la utilización instrumental de sus competencias sobre las bases de ordenación del crédito, con las competencias autonómicas en materia de vivienda. Así, si las primeras legitiman una intervención del Estado que condiciona en parte la globalidad de la política de vivienda de cada comunidad autónoma, dicha intervención no puede extenderse, so pretexto de un absoluto igualitarismo, a la regulación de elementos de detalle de las condiciones de financiación que la priven de toda operatividad en determinadas zonas del territorio nacional. Antes bien, a las comunidades autónomas corresponde integrar en su política general de vivienda las ayudas reguladas por el Estado para el cumplimiento de las finalidades a que responden, con capacidad suficiente para modalizar, en su caso, las reglas generales, al objeto de conseguir una sustancial igualdad de resultados».

Esta doctrina del TC se ve reflejada hoy en día en el vigente Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021.

3. CRISIS FINANCIERA Y MEDIDAS DEL ESTADO

A partir del año 2012, el Estado, en el ámbito de sus competencias, ha aprobado diferentes normas de relevancia, como el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y el Real Decreto 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y la posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

El objetivo del legislador estatal con la aprobación de estas normas no es otro que el de proteger a los colectivos más vulnerables, a quienes padecen extraordinarias dificultades para atender el pago de sus viviendas, mediante medidas tales como la posibilidad de permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria mediante la aplicación del Código de Buenas Prácticas, suspender los lanzamientos, favorecer el acceso a una vivienda en alquiler con rentas reducidas mediante la creación del Fondo Social de Vivienda, o la posibilidad de que el deudor y la entidad financiera acuerde una «dación en pago» permaneciendo en su vivienda por un plazo de dos años en concepto de arrendatario y con una renta reducida. El Real Decreto Ley 5/2017 de 17 de marzo, amplía los supuestos de vulnerabilidad y prohíbe ejecutar desahucios hasta 2020. En su preámbulo se contempla el mismo objetivo que la Ley impugnada y la necesidad de seguir adoptando medidas. En el preámbulo del RDL se expresa la preocupación por las personas vulnerables en esta materia. Por ello, además de la ampliación del plazo de suspensión de lanzamientos, se amplían los supuestos de vulnerabilidad.

Asimismo, la norma incluye un plan de medidas dirigidas a que las personas beneficiadas por la moratoria puedan recuperar su vivienda, ya que establece un plan de alquiler social cuyas cuotas serán deducibles en el futuro precio de recompra. Para aquellas personas que hayan sido desahuciadas y que se encuentren «en el umbral de exclusión», el acuerdo contempla que puedan solicitar y obtener el alquiler de la misma por una renta anual máxima del 3% de su valor. El alquiler social tendrá una duración anual, prorrogable a voluntad del arrendatario, hasta completar cinco años, y con la posibilidad de ampliarse de forma anual otros cinco años más, por mutuo acuerdo entre las dos partes.

4. LEYES AUTONÓMICAS

Al tiempo, se han aprobado una serie de leyes autonómicas que han establecido medidas tendentes a afrontar el problema de la vivienda, y que han sido impugnadas por el presidente del Gobierno. En efecto, han sido objeto de impugnación el Decreto Ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda; la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra; la Ley 2/2014, de 20 de junio, de modificación de la Ley 2/2003, de 30 de enero, de Vivienda de Canarias; la Ley de Aragón 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón; la Ley de Murcia 10/2016, de 7 de junio, de Reforma de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia, y de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de

Murcia; la Ley 24/2015 del Parlamento de Cataluña, y la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalidad Valenciana, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana.

Sin perjuicio de las características y el régimen singular que establece cada una de estas leyes, TORNOS MAS señala acertadamente que comparten fundamento en una nueva concepción de la función social del derecho de propiedad, nueva concepción que permita actuar sobre el derecho de propiedad de los propietarios que no destinan su vivienda al uso residencial. Imponiendo cargas sobre estos propietarios (impuestos, sanciones o la expropiación del uso de la vivienda), se pretende aportar al mercado de la vivienda más oferta, y por tanto, bajar los precios, o, como veremos en el caso de la expropiación, proteger temporalmente al propietario de una vivienda en proceso de desahucio por parte de una entidad financiera.

Fue el legislador autonómico andaluz quien tomó la iniciativa en esta materia, con la aprobación del Decreto Ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril.

Señala su parte expositiva que siendo la finalidad propia de la vivienda, la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social, por lo que establece un compendio de iniciativas de actuación sobre la vivienda deshabitada, reformando y adecuando las herramientas normativas de que se dispone en el marco competencial de la comunidad autónoma, para que, desde la política incentivadora y de fomento, y posteriormente desde medidas coercitivas y sancionadoras, se potencie el acceso a la vivienda desde el arrendamiento, dirigidas, fundamentalmente, a quienes no pueden mantener su vivienda por una situación de mayor endeudamiento sobrevenido.

Particular reseña merece «la introducción de una disposición adicional segunda destinada a asegurar el derecho a una vivienda digna en relación con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas y sus familias, afectadas por desahucios provenientes de ejecuciones hipotecarias, a fin de que puedan continuar ocupando su vivienda mediante la expropiación temporal del uso de la misma, siempre que se cumplan los requisitos previstos. De esta forma, se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio. La razón de su inclusión en este Decreto-ley encuentra dos niveles de articulación: de un lado, se atiende a la situación de emergencia social provocada por dramas humanos que han llegado a que sea el propio derecho a la vida el que se haya truncado como consecuencia de los desahucios decretados sobre la vivienda habitual».

En esta línea, se modifica la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, cuyo artículo 1.3 dispone ahora que «forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, así como mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que así establezca el planeamiento y la legislación urbanística».

El artículo 25.2 incorpora una definición de vivienda deshabitada como aquella que no se destina efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación y, para las viviendas que no hayan sido nunca habitadas, dicho plazo comenzará a computarse desde que el estado de ejecución de las mismas permita solicitar las autorizaciones legales para su efectiva ocupación, o si estas

se han otorgado, desde la notificación de su otorgamiento. Se establecen exclusiones como las edificaciones destinadas a un uso regulado en la legislación turística siempre que cuenten con las correspondientes licencias urbanísticas y de apertura, además de los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de turismo y del resto de autorizaciones sectoriales que, en su caso, resulten de aplicación, las viviendas de las personas físicas cuyo uso exclusivo sea el de esparcimiento o recreo, las viviendas que sean usadas de forma efectiva mediante su arrendamiento como fincas urbanas celebradas por temporadas, o para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente.

El artículo 53.1 a) tipifica como infracción muy grave dar efectiva habitación a la vivienda en los términos establecidos en el artículo 25, siempre que el titular de la misma sea una persona jurídica, bien en régimen de pleno dominio, bien como titular de una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma. Igual determinación rige para las sociedades irregulares.

En fin, la disposición adicional segunda declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente, lo que será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

5. RECURSOS DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTOS POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO

En el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, y en el interpuesto contra la posterior la Ley 4/2013, de 1 de octubre, el abogado del Estado se cuestionaba, en primer lugar, la inclusión dentro del contenido esencial del derecho de propiedad del «deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico, por cuanto, tal y como hizo notar el Consejo de Estado en el dictamen n.º 706/2013, «la norma cuya constitucionalidad se discute no se limita a incidir en el derecho de propiedad de las viviendas situadas en el territorio de la Comunidad Autónoma, sino que define el contenido esencial de tal derecho, innovándolo mediante la creación *ex novo* de un deber de dar a tales viviendas un determinado uso, excluyendo cualquier otro».

Una medida de esta naturaleza y alcance no se consideraba compatible con lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», en el entendimiento de que este precepto, a la vez que establece un ámbito de competencia exclusiva del Estado, encierra el mandato constitucional de mantener unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de derechos entre los que se encuentra el de propiedad, lo que la STC 247/2007 denominó «sustrato de igualdad en todo el territorio nacional respecto de estos derechos». Se

entendía que el efecto de la Ley autonómica rompe este principio de igualdad por la sencilla razón de que el contenido del derecho de propiedad de la vivienda, en un aspecto sustantivo de tal contenido, pasa a ser diferente en cada comunidad que en el resto del Estado.

Frente a esta consideración, se alegó que no cabe acudir al título competencial de la Comunidad Autónoma en materia de vivienda porque la norma, materialmente considerada, corresponde al orden jurídico civil porque procede a regular el contenido de un derecho patrimonial de orden privado y lo hace con la abstracción que es propia de este ámbito del ordenamiento. Por ello, corresponde entender que la regulación choca con la competencia exclusiva del Estado para producir legislación civil —sin perjuicio de los derechos forales— que le atribuye la regla 8.^a del mismo artículo 149.1, ya que el vehículo normativo natural para garantizar el contenido uniforme de los derechos y la igualdad en las condiciones para su ejercicio cuando estos son de índole privada es la legislación civil y mercantil. Así pues, la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias en los diversos sectores de la actividad social o económica no puede, sin más, ser entendida como una habilitación para producir normas que, teniendo por objeto tal sector de actividad, sean propias del derecho civil.

La demanda se dirigía, en segundo lugar, contra la disposición adicional segunda del Decreto Ley 6/2013 en el entendimiento de que discrimina sin base constitucional legítima a las entidades financieras o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos frente a otras personas jurídicas que pueden actuar en el mercado, como inmobiliarias, promotores, fondos de inversión, etc.

A propósito de la expropiación del uso de la vivienda para la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, se razonaba que «las medidas autonómicas aquí impugnadas tienen la virtualidad de poner en verdadero peligro una de las líneas más esenciales de actuación en materia de política económica abordadas por el Estado, a saber: la reestructuración del sistema financiero y la consecución de la estabilidad de las entidades de crédito como herramienta fundamental para conseguir una reducción de la prima de riesgo de nuestro país y de comenzar una senda de crecimiento económico», alegando que «comprometen gravemente todo el proceso de reestructuración del sector financiero español. Así lo ha entendido la Comisión Europea, que, a través de la Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, ha remitido al Ministerio de Economía y Competitividad carta en la que señala su preocupación por la «inseguridad» que generan las medidas andaluzas en el sector inmobiliario e hipotecario español, con «un consiguiente incremento en la prima de riesgo y en la demanda de activos inmobiliarios españoles», lo cual habrá de producir «una reducción en el valor de los activos inmobiliarios con las subsiguientes repercusiones en el balance y en las necesidades de provisión de las entidades de crédito». Esto afectará al «flujo de crédito a la economía» y habrá de presentar «específicos retos para el Sareb, la compañía española de gestión de activos que tendrá graves dificultades para llevar a cabo su mandato».

6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley andaluz en su sentencia STC 93/2015 de 14 de mayo.

Comienza por sentar en sus FJ 3 y ss. la primera doctrina constitucional sobre la legislación de urgencia autonómica y sus parámetros de control: «En el título VIII no hay ningún elemento que vede al Estatuto esta concreta capacidad de conformar el sistema institucional autonómico. Por contra, el art. 153 a) CE, al disponer que el control de la actuación de los órganos autonómicos «se ejercerá por el Tribunal Constitucional [respecto] a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley», admite que entre las fuentes primarias autonómicas se cuenten categorías distintas a la ley formal emanada del órgano legislativo. Y «dado que el decreto-ley en nuestro orden constitucional no está restringido a casos de excepción y que el régimen autonómico del título VIII es deliberadamente abierto, confiando un amplio margen de configuración al texto estatutario, este Tribunal debe desechar que solo quepa esta modulación del principio democrático en el supuesto que prevé el 86.1 CE a favor del Gobierno y admitir que también tenga tales poderes de legislación urgente el Consejo de Gobierno si el Estatuto de Autonomía expresamente se los atribuye, bien entendido que la potestad atribuida al Gobierno del Estado por el art. 86 CE es más amplia. No es inconstitucional, por ello, la introducción general de esta categoría en las modificaciones de los Estatutos de Autonomía posteriores a 2006, máxime cuando en la actualidad, por contraste con el tiempo en que originariamente se adoptaron, han crecido notablemente las materias descentralizadas y, al cabo, son muchos más los objetivos gubernamentales y coyunturas económicas que, pudiendo exigir respuestas urgentes, se insertan en el espacio competencial autonómico».

En cuanto al presupuesto habilitante, señala el tribunal que «a la hora de enjuiciar la concurrencia del presupuesto habilitante del art. 86.1 CE, esto es, la extraordinaria y urgente necesidad del decreto-ley autonómico, este Tribunal deberá ponderar la competencia autonómica ejercida al efecto, pues la naturaleza y alcance de las competencias autonómicas hacen, en principio, menos necesario el recurso a la aprobación de normas legales de urgencia».

Además, «aunque las exigencias mínimas del principio democrático son en esencia idénticas para todos los decretos-leyes, pues siempre tutelan la participación del pueblo en su conjunto mediante sus representantes electos en la adopción de normas primarias, la distinta realidad de referencia puede causar que uno u otro de esos requerimientos presenten matices o que, al ser precisados por este Tribunal, se le otorgue un mayor o menor alcance. Así, el carácter unicameral de las Asambleas Legislativas, así como su más reducido tamaño y menor actividad parlamentaria en comparación con la que se lleva a cabo en las Cortes Generales, determina que, incluso aun cuando cuente dicho procedimiento con trámites que no existen en las Cortes Generales, como la comparecencia de los agentes sociales (art. 112 del Reglamento del Parlamento de Andalucía), las medidas legislativas requeridas para solventar situaciones de necesidad podrán ser acordadas a través de leyes de un modo más rápido en las cámaras autonómicas.

»El menor tiempo que requiere tramitar un proyecto de ley en una cámara autonómica es, dentro de la valoración conjunta de factores que implica el control externo del presupuesto que habilita a acudir al decreto-ley, un elemento de la mayor importancia porque puede hacer posible que las situaciones de necesidad sean atendidas tempestivamente mediante la aprobación de leyes, decayendo así la necesidad de intervención extraordinaria del ejecutivo, con lo que dejaría de concurrir el presupuesto habilitante. Dicho factor temporal, por la virtualidad que afirmamos que tiene, habrá de ser ponderado por este Tribunal caso por caso con la vista puesta principalmente en la previsible duración efectiva del procedimiento legislativo y en el grado de inmediatez en la reac-

ción normativa que, por razón de la materia afectada, requiere la situación de necesidad apreciada por el gobierno autonómico.

»No procede, sin embargo, exigir al gobierno autonómico, para entender realizada la motivación de la situación de necesidad que le incumbe (por todas, STC 142/2014, de 11 de septiembre), una justificación expresa e individualizada de la inadecuación del procedimiento legislativo para atender a tiempo los objetivos gubernamentales».

Desde el punto de vista material, «el parámetro de control inmediato del decreto-ley andaluz ha de encontrarse en el art. 110 del EAAnd y no en el art. 86.1 CE, sin perjuicio de que el ejercicio de la competencia autonómica se encuentre también sometido a los límites materiales que impone dicho precepto constitucional, y, entre ellos, el de no poder afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución».

Así las cosas, en el FJ 12 se examina el motivo de impugnación consistente en que los arts. 1.3, 25 y 53.1 a) de la Ley andaluza 1/2010, en la redacción dada por el Decreto Ley recurrido, a contenidos esenciales del derecho de propiedad (art. 33 CE), rebasan los límites materiales que derivan para los decretos-leyes del gobierno andaluz de los arts. 110 EAAnd y 86 CE.

Expone el Tribunal que «la previsión contenida en el precepto impugnado, más que delimitar un concreto sistema urbanístico o una determinada política de vivienda, se dirige a precisar el haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad. En cuanto a lo primero, el artículo 1.3, en lugar de ceñirse a precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector de la vivienda, se endereza a establecer que el único uso posible de un determinado tipo de bienes debe realizarse de un modo efectivo, con la influencia consecutiva que esa imposición tiene también sobre el poder de disposición, dado que se reducirá notablemente el mercado de compradores y cambiarán las condiciones en que éstos estarán dispuestos a adquirir el bien. Respecto a lo segundo, al deber impuesto en el artículo 1.3 subyace una cierta definición de la función social de la propiedad de esta clase de bienes, como se desprende de la exposición de motivos donde se lee que «siendo (...) finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo (...) su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social».

Se trata, en conclusión, y a diferencia de las SSTC 111/1983 y 329/2005, de una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional del derecho de propiedad sobre la vivienda, y no de la disciplina de un sector material en el que dicho derecho constitucional pueda incidir, concurre a establecer el régimen general del derecho de propiedad de la vivienda y dentro de él uno de sus elementos esenciales, lo que, por implicar «afectación» del mismo en el sentido que a este concepto le atribuye la doctrina constitucional, está vedado a esta modalidad de disposición con fuerza de ley.

Respecto de la expropiación del uso de la vivienda, el Tribunal, al examinar la «eficacia incisiva» del decreto ley en las medidas adoptadas por el Estado al amparo del 149.1.13^a: «En esta tarea hemos de partir de que el Estado, con las medidas que disciplina en la Ley 1/2013 conforma un régimen jurídico con el que se propone actuar sobre el sistema de ejecución hipotecaria para dar cobertura a las necesidades sociales de vivienda y, al mismo tiempo, que con ello no se perturbe significativamente el funciona-

miento de los mercados hipotecarios. El Estado, de este modo, en aras de compatibilizar la realización de estas dos líneas directrices de su política económica, adopta como expresión de las bases de la planificación económica que le competen una solución normativa determinada en la Ley 1/2013. Con este trasfondo, y sin prejuzgar si es acertado o no sea el equilibrio definido así por el Estado, pues tal apreciación de oportunidad queda fuera de los márgenes de enjuiciamiento de este Tribunal, la adición por la norma autonómica de un nuevo mecanismo orientado a satisfacer esa misma situación de necesidad rompe el carácter coherente de la acción pública en esta materia, acción pública que el Estado articula con ese carácter como medio de obtener simultáneamente los dos objetivos de política económica indicados».

Los votos particulares emitidos criticaron la doctrina establecida por la sentencia. Así el voto particular de la Magistrada Asúa expone que «el hecho de que una Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias, haya optado por su propia solución normativa frente a un determinado problema es expresión del principio constitucional de autonomía (art. 2 CE). El legítimo ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente no puede quedar subordinado a una pretendida coherencia (eufemismo que apela a «uniformidad») de la acción pública en todo el territorio del Estado. posibles implicaciones de la fundamentación de la presente Sentencia para nuestra futura jurisprudencia son preocupantes. Se da por bueno que el Estado, en virtud del título competencial contemplado en el art. 149.1.13 CE, pueda asumir e imponer de modo excluyente la solución de un problema social o económico como expresión de las bases de la planificación económica, cerrando el paso a que las Comunidades Autónomas puedan establecer sus propias medidas al respecto, incluso en el ámbito de las materias de su competencia exclusiva, como es la vivienda».

Por su parte, el voto de los magistrados Roca y Valdés afirma que «en modo alguno la competencia que asiste al Estado ex art. 149.1.13 CE puede servir, (desde luego nunca lo había hecho hasta la Sentencia de la que discrepo), para atribuir al Estado una competencia exclusiva para regular de «modo uniforme», dicho sea con las palabras que utiliza la sentencia de la mayoría, la materia sobre la que incide la medida de ordenación económica, de manera que quede excluida cualquier posibilidad de regulación por parte de la Comunidad Autónoma, aunque no se oponga a la normativa del Estado ni la menoscabe. Creo que el título VIII de la Constitución no contiene una cláusula de cierre, según la cual, en época de crisis económica, el objetivo de paliar sus efectos justifique la modificación del alcance de los títulos competenciales estatales, en detrimento de los asumidos estatutariamente».

Por último, el voto del magistrado Xiol parece denunciar que se establece una doctrina similar a la de la preemption implícita propia del federalismo norteamericano, que atribuye a la legislación federal un efecto de bloqueo de la legislación estatal señala que «se está, a mi juicio, ante un supuesto en que, en un contexto justificativo fundado en la aplicación de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.13 CE, se está en realidad mutando su contenido en el sentido no expreso, pero perceptible en las últimas resoluciones de este Tribunal, si se apela al llamado contexto de descubrimiento, y sobre el que ya he advertido en otros votos particulares (así, STC 170/2014), de avanzar en un proceso de recentralización que amenaza con tener severas consecuencias en nuestro sistema constitucional, en este caso, además, a costa de la efectividad de medidas tendentes a paliar situaciones de exclusión social».

El art. 149.1.13 CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica. La STC 34/2013, de 14 de febrero, en una primera inflexión recentralizadora, que ya fue puesta

de manifiesto en el voto particular de que fue objeto, estableció una comprensión del concepto de «bases» que superaba, a mi juicio, el sentido natural en el lenguaje de esta expresión, deducido de su uso literal, semántico y pragmático, posibilitando que el Estado estableciera no solo criterios de ordenación general de un sector de la economía de exclusiva competencia autonómica, sino pormenorizadas regulaciones de aspectos materiales concretos que agotaran la consecución del objetivo perseguido por el Estado, en cuyo marco debería desenvolverse, ya de manera imposible, la hipotética normativa sectorial autonómica.

Con esta nueva Sentencia se opera una segunda inflexión conforme a la cual, una vez «ejercitada» la competencia estatal de regulación de las bases o planificación de un sector económico de competencia de la comunidad autónoma, la comunidad autónoma queda «expropiada» de esa competencia. Esto es, la aplicación del art. 149.1.13 CE por el Estado produce, en opinión de la mayoría, un efecto de bloqueo de la competencia sectorial autonómica exclusiva, el cual, a mi juicio, no era el pretendido por el constituyente cuando se diseñó el Estado autonómico y se redactó el art. 149.1.13 CE utilizando las expresiones «bases» y «coordinación».

El Tribunal vuelve a abordar la cuestión en una serie de sentencias dictadas en el año 2018, de las que la cabecera es la STC 16/2018, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 24/2013.

En su FJ 5, al examinar el deber de destino de la vivienda al uso residencial, que de modo implícito se establecía en la ley foral, razona que «el destino efectivo de la vivienda al uso residencial, al que se refiere expresamente el artículo 42 bis 2 y al que sirven el resto de previsiones impugnadas de los artículos 42 bis a 42 sexies, no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda (en parecidos términos, la STC 93/2015, de 14 de mayo, FJ 13). Una mención específica merece el apartado segundo del artículo 42 bis. Es cierto que presume “que la vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico”, pero esta referencia, en el contexto normativo que hemos descrito, no puede entenderse como el corolario de un deber de destinar efectivamente la vivienda a un uso habitacional, sino como la mera constatación fáctica de que la vivienda no está habitada efectivamente (en parecidos términos, la STC 93/2015, FJ 13)».

Ciertamente, la ley foral no establecía expresamente, como la ley andaluza, un deber del propietario integrado dentro del contenido esencial del derecho de propiedad. Enfrentado al tenor literal de la ley andaluza, que sí establece expresamente ese deber como «parte del contenido esencial del derecho a la propiedad», el Tribunal realiza una interpretación conforme que lleva a descartar el contenido literal del precepto: refiriéndose a la STC 16/2018 recuerda que «ya se afirmó que este tipo de previsiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad. En el presente caso, tomando en consideración el contexto normativo en que se incluye la expresa mención que el artículo 1.3 hace a que ese deber “forma parte del contenido esencial del derecho a la propiedad” y, especialmente, teniendo en cuenta que también se afirma que dicho deber forma parte de ese contenido esencial en la medida en que está previsto en el ordenamiento jurídico, hay que deducir que ello no implica una regulación que imponga ese deber como configurador del real contenido esencial de aquel derecho. Desde esa comprensión, y así in-

terpretado el contenido del artículo 1.3 impugnado, no cabe considerar que suponga una innovación del contenido esencial del derecho de propiedad de las viviendas sitas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, configurado en el artículo 33 CE, tal como reprocha el abogado del Estado».

Sobre estas bases, la STC 16/2018 valora si los preceptos impugnados al imponer como manifestación de la función social de la vivienda que su titular haya de darle efectiva habitación, invaden las competencias que al Estado reservan las cláusulas 1 y 8 del artículo 149.1 CE, para rechazar las alegaciones del Gobierno.

«Tratándose de la definición de la función social del derecho de propiedad, el punto de partida ha de ser la doctrina constitucional establecida en la STC 37/1987, de 26 de marzo, según la cual «la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni puede ser igual en relación con todo tipo de bienes... [E]sa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad».

Esta doctrina supone, en segundo lugar, en cuanto a cómo debe ejercitar esta competencia aquel poder público a quien le corresponda, que, aun cuando la atención de las concretas exigencias sociales que imponen una delimitación específica del derecho de propiedad de un cierto tipo de bienes sea competencia de una comunidad autónoma, y en consecuencia corresponda a esta, en principio, la disciplina de la función social de ese derecho de propiedad, no necesariamente la concreta regulación que haga de esa función social será constitucional, pues claramente el Tribunal precisó que a quien tenga atribuida la tutela de tales intereses le corresponderá «establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad» (STC 37/1987).

El presente caso se reconduce a este supuesto, pues la Comunidad Autónoma de Navarra tiene atribuida estatutariamente la materia de vivienda (art. 44.1 de la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra: LORAFNA), por lo que, como conclusión de este análisis, debemos declarar que es competente para incidir, mediante regulaciones orientadas a atender los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna, en la delimitación del derecho de propiedad, concretamente en la definición de su función social. Ahora bien, como hemos indicado, el establecimiento por el legislador competente de los deberes inherentes a la función social de un tipo de propiedad debe realizarse «en el marco de la Constitución».

Descarta el Tribunal que la competencia del Estado ex artículo 149.1 1ª pueda tener virtualidad en tanto no esa efectivamente ejercida, es decir, que pueda bloquear al legislador autonómico si no se ejerce:

Alega, en primer lugar, que ha traspasado el límite constitucional constituido por el artículo 149.1.1 CE, pues, al imponer como una manifestación de esta función social el deber de destinar la vivienda efectivamente a uso habitacional, introduce diferencias en el ejercicio de este derecho constitucional que afectan a aspectos estructurales del mismo, dando lugar así a una desigualdad esencial en dicho ejercicio, que desconocería el mandato contenido en el artículo 149.1.1 CE.

Para resolver esta cuestión debemos partir de las notas con que la doctrina constitucional ha caracterizado la intervención de la legislación estatal ex artículo 149.1.1 CE, destacando entre ellas que «en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione — mediante, precisamente, el establecimiento de unas ‘condiciones básicas’ uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales» (SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9, 178/2004, de 21 de octubre, FJ 7), lo que convierte el enjuiciamiento de una ley autonómica a la luz del artículo 149.1.1 CE en un análisis de constitucionalidad mediata (STC 94/2014, de 12 de junio), que comienza con la identificación de la ley estatal que, dictada en ejercicio de la competencia atribuida por el artículo 149.1.1 CE, va a operar como parámetro de constitucionalidad.

El abogado del Estado no precisa en sus alegaciones que el legislador estatal haya dictado, para asegurar una cierta igualdad en el ejercicio del derecho constitucional a la propiedad privada, una norma que reserve al propietario de viviendas (o de edificaciones en general) la decisión de tenerlas permanentemente habitadas. No habiendo el legislador estatal ejercido la habilitación que el artículo 149.1.1 CE le otorga, resulta necesario afirmar que el legislador autonómico en materia de vivienda, en el momento en que realizamos este enjuiciamiento, no encuentra límites desde esta perspectiva constitucional y, consecuentemente, procede desestimar esta impugnación respecto de los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013.

Respecto de la invasión de la competencia sobre la legislación civil, argumenta que «el abogado del Estado sostiene también que el legislador foral ha invadido el espacio competencial atribuido al Estado ex artículo 149.1.8 CE. Afirma que, al señalar como manifestación de su función social el deber de destinar la vivienda efectivamente a uso habitacional, está regulando uno de los elementos nucleares del derecho de propiedad privada sobre vivienda, ámbito que al tratarse de una institución civil se reserva al Estado por el artículo 149.1.8 CE.

»En otras palabras, según el criterio expuesto en la STC 37/1987, la regulación de la dimensión institucional del derecho de propiedad privada, dado que no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que la justifican, incumbe al titular de la competencia sectorial para tutelar tales intereses y no al que lo es en materia de legislación civil ex artículo 149.1.8 CE. En conclusión, al no encuadrarse en la materia “legislación civil” la definición de un deber u obligación concreta del propietario de vivienda prevista en función del logro de un fin de interés público, procede declarar que el legislador foral, al regular como parte del derecho de propiedad sobre la vivienda un deber de ocupación efectiva en los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, en la redacción que les da la Ley Foral 24/2013, no invade las atribuciones estatales ex artículo 149.1.8 CE y, en consecuencia, desestimamos también esta alegación».

El legislador autonómico, además, ve reconocido un máximo margen de apreciación, ya que, como razona el Tribunal, «el legislador del derecho de propiedad, aparte del necesario respeto a su contenido esencial que predica el artículo 53.2 CE de “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título”, no encuentra otro límite que el de no sobrepasar el “equilibrio justo” o “relación razonable entre los medios empleados y la finalidad pretendida” (por todas, asunto James y otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 50), teniendo en cuenta que en las decisiones de índole social y económica se reconoce al legislador un amplio margen de apreciación sobre la necesidad, los fines y las consecuencias de sus disposiciones (*inter alia*, asuntos

James y otros c. Reino Unido, 21 de febrero de 1986, § 46; ex Rey de Grecia y otros c. Grecia, 23 de noviembre de 2000, § 87; Broniowski c. Polonia, 22 de junio de 2004, § 149).

Resulta innecesario examinar este motivo de impugnación respecto de la disposición adicional décima de la Ley Foral 10/2010, en la redacción dada por la Ley Foral 24/2013, pues ya ha sido declarada inconstitucional y nula por esta misma sentencia.

Por otra parte, los artículos 42 bis —apartados segundo, cuarto, quinto y sexto— y los artículos 42 ter a 42 sexies, todos ellos de la Ley Foral 10/2010, en la redacción dada por el artículo 1 de la Ley Foral 24/2013, no son más, según ya hemos dicho, que previsiones accesorias de las actuaciones de fomento en materia de vivienda reguladas en el artículo 42 septies, con lo que carecen de nexo con los gravámenes regulados en otros capítulos de la Ley. De este modo, únicamente el artículo 42 quater impone verdaderas obligaciones al propietario, que al ser de información y colaboración no desbordan en ningún caso el equilibrio justo entre el interés público perseguido y el sacrificio exigido al propietario.

Los artículos 52.2 a), 66.1 y 72.2 de la Ley Foral 10/2010, añadidos respectivamente por los artículos 2, 5 y 6 de la Ley Foral 24/2013, aunque sí contienen relevantes restricciones para el titular del derecho de propiedad, el legislador dice adoptarlas en función de un fin de relevancia constitucional como es garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), a lo que se une que un análisis de dichas medidas, respetuoso del amplio margen de apreciación que incumbe al legislador en este ámbito, conduce a este Tribunal a concluir que con ellas no se desborda el justo equilibrio entre los medios empleados y la finalidad pretendida.

Por último, respecto de la alegación del abogado del Estado de que incurren en discriminación arbitraria (art. 14 y 9.3 CE) los preceptos recurridos que asocian consecuencias sancionadoras al incumplimiento del deber de ocupación efectiva de la vivienda solo respecto de las personas jurídicas, y que la expropiación de uso que se regula solo se prevé para un tipo de personas jurídicas con exclusión de cualesquiera otras, el Tribunal afirma que «no solo cabría formular ciertas explicaciones para dicho distinto régimen, sino que incluso alguna de ellas es expuesta en el preámbulo de la norma. En efecto, la notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión predicable en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas, podría justificar razonablemente que el legislador asociase consecuencias diversas al incumplimiento del deber de dar efectiva habitación a la vivienda cuando su titular es una persona jurídica. Por otro lado, al delimitar en qué casos la cobertura de necesidad de vivienda en caso de desahucio de personas en situación de emergencia pudiera ser de interés social al efecto de justificar su expropiación forzosa no sería irrazonable tomar en cuenta aquellos supuestos de importancia cuantitativa, como es el caso de las entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, sujetos estos que a priori serán quienes (por ser titulares del préstamo cuyo colateral es la vivienda) insten en la gran mayoría de los casos los procedimientos de desahucio que afecten a personas en situación de emergencia».

El debate sobre la función social y el contenido de la propiedad de vivienda se ha resuelto, pues, de modo verdaderamente favorable a la competencia de las Comunidades autónomas. El Real Decreto Ley 21/2018 avanzaba, no obstante, futuras iniciativas legislativas que puedan completar la regulación en materia de vivienda, abordando los aspectos estructurales, los principios generales y las garantías que aseguren la igualdad en el ejercicio de este derecho en el conjunto del Estado, cabe prever que, cuando aqué-

llas se concreten, surgirán nuevos conflictos competenciales ante el ejercicio por el Estado del artículo 149.1 1ª CE.

9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- «Promesas vacías o soluciones habitacionales. La expropiación temporal de viviendas vs EDMOS», Cristina Argelich Comelles, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ISSN 0210-0444, Año n.º 94, n.º 765, 2018, págs. 13-62.
- «El derecho subjetivo a la vivienda», Fernando López Ramón, *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN: 0211-5743, núm. 102, septiembre-diciembre (2014), págs. 49-91.
- «El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad», Joaquín Tornos Mas, RVAP, núm. especial 99-100, mayo-diciembre 2014, págs. 2853-2871, ISSN: 0211-9560
- «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley Catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda», Juli Ponce Solé, REAF, núm. 7, octubre 2008, págs. 145-195.
- «Gobierno del territorio y políticas urbanas», Julio Tejedor Bielsa, *Práctica Urbanística*, n.º 151, marzo-abril 2018.

SOBRE LA REFORMA Y EL CAMBIO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. EN ESPECIAL, LA REFORMA DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

Juan Carlos Calvo Corbella

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y FINALIDAD DEL TRABAJO. 1.1. Una cuestión no controvertida: la rigidez de la reforma de la Constitución de 1978. 1.2. Una cuestión polémica: el cambio constitucional, ¿alternativa a la reforma constitucional? Cambio legítimo y cambio violento.—2. PERSPECTIVAS ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CAMBIO CONSTITUCIONAL APLICADO A DETERMINADOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978. 2.1. La forma política del Estado. El poder del individuo en la monarquía y el poder del individuo en la democracia. 2.2. Unidad de la nación y fragmentación del poder territorial. 2.3. Desapoderamiento de los poderes. El poder judicial. 2.4. Transformación de la democracia de partidos.—3. LA REFORMA ELECTORAL EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. 3.1. Reforma extraordinaria. 3.1.1. Sistema bicameral. 3.1.2. Número de escaños. 3.1.3. Circunscripción electoral. 3.1.4. Criterios de distribución de escaños. 3.1.5. Mandato imperativo. 3.1.6. Limitación al sufragio activo y pasivo. 3.2. Reforma ordinaria. 3.2.1. Número mínimo de escaños. 3.2.2. Distorsión de la proporcionalidad por divisores y cuotas. 3.2.3. Candidaturas de partido y listas cerradas. 3.2.4. Barreras electorales.—4. CONCLUSIONES.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE Y FINALIDAD DEL TRABAJO

La organización de una comunidad política democrática se establece mediante la determinación y reconocimiento colectivo de sus principios fundacionales, expresión de la voluntad y de la decisión «constituyente» del soberano¹. Esta decisión fundamental —instauradora o renovadora del orden colectivo— puede efectuarse secuencialmente, a través de la promulgación sucesiva de una pluralidad de leyes constitucionales (o fundamentales) de la comunidad política; o mediante un acto singular de proclamación de la constitución como texto único. En el primer supuesto, la atribución circunstancial y ocasional del rango fundamental favorece la adecuación de las normas organizacionales y de ejercicio del poder al devenir material y social en el transcurrir de los tiempos, sin requerir la observancia de especiales requisitos para su elaboración distintos que los contemplados en el momento de la adopción de las decisiones políticas que les hubieran precedido². En el segundo caso, la singularidad del hito —inaugural de un nuevo régimen— conlleva, casi inexorablemente, la sacralización del texto constitucional, por razón de la atribución al mismo por sus autores de naturaleza y virtud emancipadora, aurora y comienzo de un orden renovador y transformador, pretendidamente inmutable³; o, cuando menos, sujeto a rigurosos procedimientos de reforma cuyo requi-

¹ Definida por estar ordenada a la satisfacción de los intereses comunes de sus participantes, titulares del poder político. Paradójicamente, necesitados del reconocimiento de derechos inexpugnables por los agentes delegatarios del ejercicio de tales poderes.

² Aquellas organizaciones políticas que rehúsan cualificar singularmente sus ordenaciones colectivas se encuentran en una situación más favorable, incluso, al fin de su adecuación a los cambios sociales o políticos que se juzguen necesarios.

³ O cuando menos en cuanto a sus principios básicos. El artículo V de la Constitución USA de 1787 excluyó de su reforma la privación a los estados de igual sufragio en el Senado, en salvaguardia del sistema federal;

sitos (expresión de la voluntad política hegemónica en el momento de la elaboración del texto) podrían resultar de imposible cumplimiento en épocas posteriores en las que la menor cohesión de la voluntad política pudiese determinar la aspiración a cambios que resultarían condicionados por requerimientos propios de situaciones pretéritas; consumiéndose así —por utopías solutorias del tiempo que habrían pretendido haber alcanzado, sea por el apogeo de la razón o por el fin de la historia, estados irrebasables— la abrogación anticipada del porvenir y de la vida política de las generaciones futuras, evitando, en definitiva, que la reforma de las decisiones políticas «básicas» pudiera producirse mediante la promulgación de simples leyes ordinarias del soberano (dando lugar al fenómeno que en la literatura política se conoce como «*entrenchement*»).

La imposición de semejantes límites resulta, según determinadas concepciones, abiertamente inadmisibles.⁴ Incluso, aun establecidos límites severos a la Reforma, la experiencia práctica muestra cómo, de una parte, la reforma tácita de las constituciones ha operado auténticas mutaciones constitucionales (que han ahondado y erosionado más profundamente los textos constitucionales que lo que hubieran hecho sus reformas expresas); de otra, la aplicación de la norma constitucional (y su revisión por los tribunales —particularmente la jurisdicción constitucional—, máxime en regímenes de «*common law*», pero también en regímenes de estricto «*rule of law*», por efecto del activismo judicial) ha consagrado situaciones abiertamente contrarias a la Constitución, por no decir constitutivas de verdadero quebrantamiento constitucional⁵. En el caso más extremo, las tensiones inherentes a ordenamientos inflexibles, afectados por transformación sobrevinidas (o que permanecieren latentes e irresueltas desde su gestación) pueden desenlazarse en procesos de cambio «revolucionario», cuyo curso podrá ser tanto pacífico como violento, abanderándose sus promotores en la irrestricta voluntad constituyente del soberano (invocación de la libre autodeterminación, como en la Ley Fundamental de Bonn).

A partir del hecho de la existencia del texto constitucional de 1978, se pretende 1) poner de manifiesto la extraordinaria rigidez de la Constitución, vistos los requisitos exigidos para la reforma de cuestiones políticas fundamentales; 2) apuntar algunas de las decisiones políticas básicas insusceptibles, por tal razón, de reforma, determinantes de tensiones intrasistémicas, cuya única alternativa la constituiría el «cambio constitucional»; 3) exponer, en particular, de qué manera y con qué alcance afecta la rigidez de

la Constitución francesa de 1848 proclamó en su preámbulo ser «definitiva» para Francia la forma de gobierno republicana; el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn excluye las modificaciones que afecten a la organización de la Federación, a la participación de los estados o a los principios de los artículos 1 y 20 (derechos fundamentales y fundamentos del orden estatal).

⁴ El argumento básico lo ofrece Rousseau en *El contrato social* de 1762 al afirmar que «*va contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir... no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el Contrato Social*» (Cap. VII, Lib. I); añadiendo que «un pueblo siempre es dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores» Cap. XII, Lib. II. El abate Sieyès, en 1788/89 afirmó que «*no sólo la Nación no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, no debe estarlo... no puede perder el derecho a cambiarla si su interés lo exige... Una Nación no puede encerrarse en las trabas de una forma positiva*». La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 expresa en su artículo 28 que «un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar, y cambiar su Constitución. Una generación no pueda sujetar a las generaciones futuras a sus leyes».

⁵ Que puede ser (Schmitt) «inconstitucional» (golpe de Estado de Luis Napoleón en 1851); o «constitucional» (prolongación del mandato del presidente del Reich por Ley de 1922). Para Bühler, la implantación de una forma de Estado distinta (respecto de Weimar en 1919) apelando a los procedimientos de reforma de la propia Constitución, constituiría un quebrantamiento de la Constitución, ilícito, de donde infiere la imposibilidad de llegar a otras formas de gobierno por vías constitucionales.

la reforma de la Constitución de 1978 a los fundamentos del Régimen Electoral General, sin perjuicio de la referencia a algunas de las cuestiones cuya regulación modificativa hubiere realizarse mediante la correspondiente Ley Orgánica.

1.1. Una cuestión no controvertida: la rigidez de la reforma de la Constitución de 1978

La reforma de la Constitución de 1978 (regulada en su título X) no resulta problemática en sí misma⁶. Lo es su factibilidad por causa de la evidente rigidez que se desprende de los requisitos que la regulación de la misma exige. Así, la reforma «ordinaria» requiere mayoría de 3/5 de cada cámara (o la mayoría de 2/3 del Congreso y la mayoría absoluta del Senado, en defecto del anterior requisito) y referéndum facultativo a instancia de la décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras. La reforma «cualificada» (que afectaría al título preliminar; la sección 1.^a del capítulo 2 del título I —derechos fundamentales—; el título II —de la Corona— o a la revisión total de la misma) requiere mayoría de 2/3 de cada cámara favorable al principio de reforma; disolución de las Cortes; ratificación de la decisión de reforma y aprobación del nuevo texto por mayoría de 2/3 de cada cámara y referéndum de ratificación.

Inequívocamente, las decisiones políticas básicas contenidas en la Constitución elaborada por las Cortes resultantes de las elecciones de 15 de junio de 1977 (y ratificada por referéndum) muy difícilmente podrían llegar a modificarse mediante la aplicación de los procedimientos de reforma diseñados por el legislador constitucional.

La trascendencia de la «*cristalización petrificante*» que resulta de tal hecho lo es tanto mayor si se tiene en cuenta que la sustitución del régimen político preconstitucional se llevó a efecto a través de un procedimiento extraordinariamente simple. En efecto, tras el fallecimiento del entonces jefe del Estado entraron en vigor las previsiones de la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado (de 1947, modificada en 1967, invistiendo al nuevo jefe del Estado a título de rey), procediéndose por las Cortes a la aprobación en 1976 de un proyecto de ley para la reforma política que fue ratificado, mediante referéndum consultivo en diciembre de ese mismo año, promulgándose, en consecuencia, la Ley 1/1977, de 4 enero, por la que se introdujo la transformación democrática del Estado, sometido al imperio de la ley, amparando los derechos fundamentales y encomendando a las Cortes el poder legislativo. En la misma ley fue prevista la celebración, conforme a sus principios, de las primeras elecciones generales democráticas, las que se articularon por el Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo. Tales elecciones alumbraron las Cortes que elaboraron la Constitución aprobada en 1978 y ratificada, mediante referéndum, en ese mismo año.

Es de notar que la regulación que de la reforma constitucional contenía la Ley 1/1977 resultaba enormemente más sencilla y flexible que la recogida en la Constitución resultante de las Cortes elegidas conforme a sus previsiones, ya que bastaba para

⁶ Que el cambio de la ley resulta racional lo podemos encontrar incluso en los tratados de Francisco de Vitoria. Así, en el tratado de «La ley» (comentario a la *prima secundae* de la suma teológica) se responde afirmativamente a la pregunta sobre si la ley humana debe de algún modo cambiarse y, en particular «cuando se presenta algo mejor», dado que las leyes humanas no pueden ser tan fijas como las leyes divinas, admitiendo que el príncipe puede abrogar las leyes a su antojo». Más reciente, Ferrero, «*La democracia... tiene el deber de reconocer a los ciudadanos el derecho a discutirlo todo, incluso los propios principios sobre los que reposa la idea de legitimidad democrática*».

ello la aprobación por mayoría absoluta de los miembros del Congreso y del Senado, sin perjuicio del referéndum de ratificación ulterior por la Nación Española (artículo tercero, puntos dos y tres).

Añádase a la rigidez de la Constitución de 1978 —como muestra de la inexcusable suspicacia de las Cortes autoras del texto constitucional (a las que en ningún caso cabe reconocer la condición de poder constituyente)— el hecho de que quedara vedada al «soberano (el pueblo español)» la posibilidad de promover la iniciativa de reforma constitucional, por resultar así de la remisión del artículo 166 al artículo 87, si bien exclusivamente a sus apartados uno y dos (donde se regula la iniciativa legislativa atribuida al Gobierno, al Congreso y al Senado y a las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas); excluyéndose pues el apartado tercero, en el que se regula la iniciativa legislativa popular, por lo que no le cabe al pueblo español la posibilidad de ejercer sus poderes, ni siquiera mediatamente las Cortes Generales, otorgándose la Constitución que le pluguiere, revelándose de esta manera el carácter puramente ficcional y retórico de la atribución de la soberanía al pueblo español (que, cuando menos permanecería en situación de minoría de edad, precisado aun de la emancipación que la Europa occidental alcanzó en el siglo XVIII en tiempos de la Ilustración).

Tales son los límites que circunscriben las posibilidades de transformación y cambio político de la sociedad española. La permanencia de la Constitución de 1978 —indisputable logro e instrumento para la recuperación (siquiera parcial) de la libertad política— no asegura ni garantiza a su posteridad el mantenimiento de los principios de orden, armonía, desarrollo y convivencia que encierra su preámbulo; efecto inevitable del inexorable curso de la historia y de los cambios que el transcurrir de la misma conlleva en todos los ámbitos de la realidad humana, de donde el efecto posiblemente perturbador que para la adecuación a, e integración de los cambios necesarios pueda resultar de la rigidez inherente a la regulación de su reforma.

1.2. Una cuestión polémica: el cambio constitucional, ¿alternativa a la reforma constitucional? Cambio legítimo y cambio violento

Si no resulta cuestionable, como principio, la reforma de la Constitución (sí pudiendo llegar a serlo la efectividad de la misma por razón de la mencionada dificultad autoimpuesta en el texto de 1978), sí lo es, por su evidente diferencia de naturaleza, la hipótesis del «cambio constitucional». El fundamento y condición de posibilidad para el mismo radica en la afirmación de la realidad —y no en su consideración como mero «*flatus vocis*»— de la soberanía del pueblo español (lo cual presupone, por otro lado la realidad existencial de este mismo, más allá de toda ideación abstracta y vacía del concepto). Admitido que el régimen político, al menos desde el año 1977, reviste los caracteres esenciales de una democracia, la atribución del poder y de la agencia políticos debe corresponderle, necesariamente al pueblo español. Ciertamente que la relativa «impoliticidad» del pueblo como tal (dado que el concepto en sí resulta inespecífico e intercambiable, respecto de cualquier otra colectividad humana) exigió o determinó su superación por el concepto de Nación, término más idóneo para el establecimiento de las diferenciaciones indispensables para el reconocimiento de identidades políticas susceptibles de constituirse, de manera autónoma y con separación respecto de las que pudieren resultar de otras tantas realidades nacionales. Sólo a través de la determinación negativa excluyente de los «*no nacionales*» puede fundarse el sujeto político soberano (ya que, de mantenerse la referencia al mero «pueblo», por este sólo término no

sería posible la diferenciación respecto de otros «no pueblos», de donde la dimensión irremediadamente inclusiva de aquel concepto, contrariamente a la excluyente del concepto de «Nación»⁷.

El pueblo-nación, en cuanto que es el único poder constituyente en una democracia, puede, por sí mismo o a través de su delegados (que no de meros representantes), otorgarse la Constitución que le resulte más conveniente. En esta situación ideal, en la que, definido un pueblo-nación como tal, resultare factible la emisión de una voluntad política, denominar como Constitución al resultado de su expresión no sería diferente que su calificación como ley; dado que en cualesquiera circunstancias en las que, idénticamente, y por medios semejantes, se produjera la exteriorización de la voluntad del soberano, ésta debería entenderse como prevaleciente respecto de cualesquiera otra manifestaciones que anteriormente hubieran podido efectuarse. De esta manera, siempre que actúa el soberano, lo hace mediante una ley común; y, mediante otra ley, puede modificar la anterior, dando lugar a una situación que definimos como de «cambio constitucional»⁸.

El problema radica en que, no obstante la atribución a las Cortes del carácter «representativo» del pueblo español, no parece que con ello pueda ni tan siquiera admitirse que, a través de las Cortes, expresa su voluntad verdadera el soberano, el pueblo español; ya que, si así fuera, indisputablemente, para realizar cualquier cambio de su constitución (es decir de sus leyes) bastaría con una nueva manifestación de esas mismas Cortes. Dado que la situación es la contraria (que no basta cualquier manifestación de voluntad de las Cortes para provocar una modificación de las leyes, incluyendo como una de éstas la propia constitución, sino una manifestación altamente cualificada), el efecto que de ello resulta es que se privilegia una perspectiva histórica definida en el tiempo, una generación específica de españoles situada en la historia que define el futuro de las generaciones ulteriores, atribuyéndose injustificadamente una razón más clara, una virtud superior y una potestad política suprema a la que queda subordinada la de las edades sucesivas del pueblo español.

En el supuesto de que pudiere reconocerse que la acción política organizadora de la comunidad dimana de un poder originario y radical, de un verdadero poder constituyente, el cambio constitucional que acordara debería considerarse plenamente legítimo, con independencia de que hubiere observado las prescripciones preexistentes para la adopción de un nuevo orden o de que hubiere trascendido los posibles límites que para tal cambio hubieron podido establecerse. La dificultad consiste, pues, en determinar en qué condiciones pueda admitirse, como hecho, que el soberano actúa. Antes, incluso habría debido quedar resulta una cuestión de mayor entidad: quién o quienes puedan reputarse, propiamente, cómo el soberano. En la práctica, esta cuestión se resuelve de una manera inmediata. Quien pueda ejercer el poder e introducir las modi-

⁷ La convocatoria de los Estados Generales —suprimidos desde 1614— originó la revolución jurídica que dió lugar a la Constitución de la Asamblea Nacional, una vez que el tercer Estado se identificó con la nación misma, definiéndose ésta como la asociación de todos aquéllos que convivieren bajo una ley común y se encontraren sometidos a una misma legislatura. De esta manera, el credo y la nobleza no podían formar parte de la nación —así definida— porque no se encontraban sus componentes sometidos a una misma legalidad, dados sus privilegios; y sólo pudieron incorporarse a la nación —y por ello al tercer Estado que había dejado ya de serlo, trascendido en su nueva configuración nacional— mediante la sumisión a la ley común.

⁸ El legislativo es poder fiduciario. El pueblo retiene un poder supremo para remover o alterar el legislativo. En contra Kant: «Contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay resistencia legítima del pueblo;... no hay ningún derecho de sedición, aún menos de rebelión... el pueblo debe soportar... un abuso de poder... porque... para ello tendría que haber una ley... que autorizara esta resistencia del pueblo».

ficaciones en el régimen político de manera efectiva, presuntivamente, ha de considerarse el soberano⁹. Si se quiere expresar de otra forma, quien pueda adoptar las medidas de excepción, ha de reputarse que actúa las facultades del soberano¹⁰.

Cierto que toda acción del poder político queda sujeta a contestación; y que la aceptación de la legitimidad del actor político soberano podrá ser siempre puesta en cuestión. Por esta razón el cambio constitucional (que no la reforma constitucional en sentido estricto) adviene, ordinariamente, a través de procesos que la ciencia política califica como «revolucionarios», los que cursan de manera cruenta y violenta y sólo excepcionalmente se resuelven pacíficamente¹¹.

2. PERSPECTIVAS ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE CAMBIO CONSTITUCIONAL APLICADO A DETERMINADOS ASPECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

La rigidez de la Constitución de 1978 determina que la eventualidad de la adopción de una política ordenada a la mutación, ya no del contenido «ordinario», sino del que podría considerarse verdalmente fundamentador y de los principios que lo configuran, no resultaría plausible sino a través de actuaciones susceptibles de ser calificadas como propias de un cambio constitucional, resultado de la actuación política del soberano.¹² Pasamos a efectuar breve referencia, meramente indicativa, de las cuestiones de transcendencia política superior que podrían ser objeto de discusión, actual o futura, sea para la reforma (con observancia, pues, de las normas constitucionales al efecto); sea para el cambio constitucional mediante la actuación política del soberano.

2.1. La forma política del Estado. El poder del individuo en la monarquía y el poder del individuo en la democracia

Los representantes electos en 1977 (conforme al sistema electoral diseñado por el Gobierno preconstitucional, de acuerdo con la reforma política de enero de aquel año) determinaron que el Estado español se configuraba como una monarquía parlamentaria. Dado que la monarquía preexistía al Parlamento (pues éste se gesta en la Ley 1/1977 y nace en junio de aquel año, mientras que la monarquía remontaba su legitimidad a la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1967), cabe concluir que es el Parlamento la

⁹ En idéntico sentido, Ferrero, «Poder», página 228.

¹⁰ Inevitable la referencia a Carl Schmitt.

¹¹ Las transformaciones del orden político que han resultado transcendentales en la historia occidental han sido realizadas a través de sendos procesos revolucionarios. Así, fuera del Instrumento para el Gobierno de los levellers (que no llegó a entrar en vigor), el *bill of rights* de 1689 resultó de una revolución cruenta; las declaraciones de derechos de las colonias y la Constitución de los Estados Unidos resultaron de un conflicto armado de liberación; las declaraciones de derechos y las constituciones francesas del siglo XVIII constituyen un paradigma del fenómeno revolucionario; la revolución soviética de 1919 constituye la última manifestación, de alcance, de un proceso revolucionario. Cuando el movimiento de emancipación es meramente incipiente, resultando sometido o dominado, cuando fracasa, nos encontramos ante fenómenos de mera revuelta, rebelión o simplemente sedición.

¹² Algunos autores consideran que la situación de desapoderamiento que afecta actualmente al soberano (entendiendo por tal al pueblo-nación), efecto de la democracia de partidos y facciones, únicamente posibilitaría el cambio a través de la acción «impolítica» o «contrapolítica». La clase política habría confiscado el poder, siguiendo una lógica ajena a la democrática.

auténtica invención y novedad de la Constitución de 1978; y que la monarquía se autolimita sometiéndose al mismo previo reconocimiento de que el verdadero titular del poder político es el pueblo. De alguna manera, en el origen del régimen constitucional puede distinguirse un acto replicado de «abdicación política» del titular singular del poder político. En tiempos pretéritos, la monarquía implicaba que el soberano lo fuera un único individuo. La supremacía individual puede remontarse a las épocas en las que el grupo humano era dirigido por un jefe o caudillo, conductor del pueblo, guía espiritual y árbitro de las disputas. El carisma y la autoridad del jefe, y la fuerza que lo sustentara, evolucionó en la medida en que lo hizo la extensión del territorio y el tamaño de la población sometido a su poder. El poder del individuo supremo se hizo extensivo a su propia familia, transmitiéndose su poder por sucesión, de la misma manera que en el caso de cualquier otro patrimonio. El monoteísmo, con la consiguiente supresión de la pluralidad de dioses de poderes concurrentes, permitió afirmar metonímicamente las bases ideológicas del poder individual del monarca.

La Constitución de 1978 renueva la condición del monarca como jefe del Estado. Entendemos que categorías políticas como lo es la de la Jefatura no se compadecen con regímenes democráticos, propios de organizaciones sociales complejas en las que la aspiración ideal debe tender hacia la igualdad de los ciudadanos. De hecho, la verdadera democracia únicamente puede realizarse entre los iguales (los *homoiói*). En el caso de que los ciudadanos no sean iguales, la democracia puede no ser el régimen más adecuado. Distinto es que la pretensión de una democracia sea la igualdad efectiva (y desde luego, cuando menos, el trato igual). Pero nunca dejará de ser cierto que la desigualdad de los ciudadanos constituirá una fuente de tensión permanente en el sistema político. No se excluye que la concurrencia de circunstancias verdaderamente excepcionales en un individuo singular (o en algunos individuos singulares, dando lugar a órganos colegiados: consulados, directorios, etc.) permitan investirle de una representación especial, de naturaleza existencial¹³, radicalmente diversa que la representación que se atribuye a los parlamentarios, en la medida en que el individuo singularizado sea capaz de ser considerado portador, metafóricamente, del espíritu mismo del pueblo que conduce y que dirige.

La persistencia y pervivencia del monarca junto al Parlamento inaugurado muestra, de una parte, que el monarca no ostenta la representación existencial del pueblo; pero que tampoco ha consumado la abdicación que representa la emergencia de aquél, situándose en un punto indeterminado de un proceso de transición cuyos hitos precedentes lo fueron la monarquía absoluta; la soberanía compartida y ahora la soberanía parlamentaria, en la presencia del monarca. Proceso que se halla abierto a su consumación mediante la asunción plena y libre por el pueblo de su prístino poder, una de cuyas limitaciones esenciales lo es la imposibilidad de acceso al oficio de monarca en cuanto que reservado a la denominada dinastía histórica; siendo el peso de la tradición y de la his-

¹³ Schmitt (como más tarde lo haría Schumpeter) considera que el parlamentarismo es un mero medio para seleccionar líderes políticos tanto como que la democracia descansa sobre la homogeneidad y destruye lo heterogéneo, de donde el sufragio universal sería sólo una consecuencia de la igualdad circunstancial dentro de un círculo de iguales. El parlamentarismo lo vincula al liberalismo, de donde considera que una democracia puede no ser parlamentaria (pero nunca un sistema liberal podría no serlo). Desde esta base, cuando la democracia es representada por un individuo, lo que presupone la identificación espiritual del pueblo con el mismo, se produce un fenómeno peculiar y distinto que el tipo de representación (que lo es de meros intereses, que pueden ser contrapuestos) que es la propia y más específica del parlamentarismo. En el primer caso nos hallamos ante un fenómeno de *Repräsentation*; en el segundo ante un fenómeno de *Vertretung*. Voegelin: «Si un gobierno es representativo nada más que en su sentido contractual, un gobernante representativo en sentido existencial, más tarde o más temprano le pondrá fin».

toria la causa de la sujeción política que la razón no emancipada se ve obligada a pagar en el tiempo de su alumbramiento. La otra es la transferencia «legal» del poder a los representantes parlamentarios, en contra del ejercicio directo del mismo, vetado por argumentos técnicos.

No obstante, el poder destituido conserva en la Constitución importantes potestades que únicamente resultan congruentes con la forma política de épocas históricas ya superadas. Así, al monarca se le reserva la facultad de convocar las Cortes (como lo hiciera el rey absoluto en la antigüedad); la sanción de las leyes; el nombramiento del Gobierno; e incluso se proclama que la justicia administrada por los tribunales se presta en su nombre, reservándosele, además, la prerrogativa de gracia y con ella la dispensa del cumplimiento de las sentencias judiciales. Podrá decirse, con razón, que las facultades expresadas poseen un alcance meramente formal. Pero lo cierto es que constituyen los elementos escenográficos que remedan, en el imaginario colectivo, la fantasmal presencia de épocas difuntas que obstan a la definitiva liberación que reclama la razón para un pueblo auténticamente dueño de su destino.

2.2. Unidad de la nación y fragmentación del poder territorial

La aceptación de la monarquía cumple una función inesperada pero extraordinariamente útil en orden a la integración de la nación y a la afirmación del carácter unitario e indisoluble de la misma. Si el rey es un único individuo (infragmentable, por definición), resulta sencillo transponer metafóricamente su singularidad a la nación para hacer a ésta una; y tan inescindible, en cuanto a sus componentes, como la propia persona del monarca. La nación se corporeiza en la persona del rey (o de la reina). La expresión constitucional elegida para reflejar ésta ecuación (que fue apropiada cuando el reino era la pertenencia única del monarca aun divisible, por su voluntad, entre sus sucesores) remite a la función simbólica reunitiva, que resuelve el dilema entre lo *uno* y lo *múltiple*¹⁴.

Resulta pues, que la monarquía deviene esencialísima para el mantenimiento de la unidad de la nación. Esta unidad, que en defecto de la fuerza simbolizadora del monarca podría ser fácilmente negada, obtiene un sustento vinculado exclusivamente a la pervivencia de la persona del monarca. De ahí que la condición necesaria (pero no suficiente) para la autodeterminación de cualesquiera partes del territorio de la nación es la modificación de la forma política del Estado.

Si puede considerarse inconsistente que la clave explicativa de la unidad del territorio se sitúe en la metáfora unitaria inherente a la singularidad del monarca (y que de hecho no es otra cosa sino el reflejo de tiempos pasados en los que la pertenencia común de los reinos al monarca le daba a aquéllos la unidad que el último le confería por su dominio regio), no es menos sólida la razón concurrente que permitiría atribuir como fundamento de la unidad del territorio la que se atribuiría al pueblo mismo. Y no sólo porque el propio texto constitucional haya incorporado el germen inficionante de las nacionalidades (que por sí sólo introduce una contradicción disruptiva en el seno del edificio constitucional, ya que obliga a la coexistencia, junto a la nación de las mentadas nacionalidades, cual si la pertenencia a las últimas no resultara excluyente de la adscripción

¹⁴ El Calígula de Suetonio (y de Camus) no advirtió que su singularidad resolvía el inabordable problema que le ofrecía la multitud del pueblo, aunque mantuviera la multiplicidad de cuellos.

ción a la primera, confiriéndole, por el vaciamiento de sustancia, carácter de almacón inane, por abstracto y vacío), sino porque el verdadero fundamento de la Constitución del 1978 no lo es tanto el pueblo, sino que lo es el individuo, siendo la dignidad de todos y de cada uno el verdadero valor supremo; adscribiéndose, de esta manera, la configuración política del estado a un modelo característicamente liberal, de donde la inevitabilidad del régimen representativo parlamentario. Una vez que queda al descubierto que en la morada más íntima de la Constitución quien habita es el individuo portador de intereses particulares, no sólo se añade mayor tensión a la subsistencia de la Constitución (que introduce un orden público, yuxtapuesto al particular), sino que se desvanece la imagen colectiva y artificiosa del pueblo, privándose al principio de unidad de uno de sus principales soportes. Esta derivación determina que, finalmente, sea exclusivamente el rey el fundamento de la unidad y no, en absoluto, la figura imaginaria del pueblo español. El proceso racional abstracto que de la unicidad divina permite trascender a la unidad del monarca, por quien se reúne, bajo su poder al pueblo y al territorio, quiebra cuando se revela que la comunidad, realmente se halla irremediabilmente fragmentada en una pluralidad de mónadas consumistas cuya única justificación es la de ser agentes activos o pasivos en procesos económicos dirigidos por las grandes corporaciones y por las organizaciones titulares de los medios de producción.

Cabe, pues, cuestionar la verdadera virtualidad cohesionante de la nación a partir del fundamento regio. Cierto que la unificación bajo la corona del pueblo y del territorio, nacida del título de dominación puede considerarse real y efectiva. Pero ello resulta independiente de la realización del principio de libertad. Es la libertad en sí misma el valor que se disputa cuando hablamos de la unidad contrapuestamente a la diversidad y extraemos las consecuencias que resulten de esto último. En cualquier caso, cuando la fundamentación de la unidad en la dominación cesa, al quebrantarse los vínculos entre el monarca y el territorio, sobre el cual haya perdido el primero su poder, los rasgos identitarios¹⁵ resurgen; actualizándose la reivindicación emancipatoria que de la autonomía —por no mencionar la independencia— pudiese fundamentarse en el principio de identidad. Al respecto cabe preguntarse en qué medida ha podido contribuir a la intensificación de la voluntad escidente manifestada en diversas partes del territorio la solución política que respecto de la organización territorial del Estado ofreciera el régimen de 1978. El dilema ahora consiste en determinar si procede avanzar en la profundización y expansión del modelo territorial autonómico (federalizando jurídicamente lo que, de hecho, se ha aproximado ya a tal sistema de ordenación, sin perjuicio de la pervivencia de la prohibición constitucional de federación de las comunidades autónomas que contiene el artículo 145.1 de la Constitución y que obsta actualmente a esta alternativa de manera expresa); o si, más allá incluso, el soberano conviene en renunciar a la soberanía que se ha autoconcedido, reconociéndosela a partes del territorio que le dotan

¹⁵ Que la Constitución de 1978 expresamente recoge. No sólo al admitir, junto al pueblo español, a los pueblos de España; sino admitiendo el carácter de nacionalidades (que sólo artificialmente cabe discernir del concepto de nación) de, al menos, algunos entre éstos (preámbulo y artículo 2). Más aún, el fundamento mismo del derecho a la autonomía descansa en el hecho de compartir «características históricas culturales y económicas comunes»; o en el hecho de ostentar «entidad regional histórica» (artículo 143 en ambos casos). No sólo eso, el artículo 147 punto 2 letra A) se refiere expresamente a la «identidad histórica» como concepto e idea básicos sobre los cuales se construye la autonomía política de una parte del territorio. La historia se proyecta, desde el pasado hasta el presente, atravesando y permeando los tenues hilos que tejen la trama constitucional, en el reconocimiento de los derechos históricos de los territorios forales (disposición adicional primera); en el reconocimiento del acceso inmediato a un régimen competencial privilegiado (disposición transitoria segunda). Por no hacer referencia a la supervivencia en la Constitución de los regímenes que respecto de las provincias del País Vasco y de Navarra se arbitraron en 1839 y 1876.

de sustancia y materialidad concretas. Cómo no, cabe también revertir la expansión de la autonomía territorial, enderezando el rumbo y restableciendo la unidad mediante un proceso de recentralización y de mera administrativización que recupere para el conjunto la capacidad de acción política entregada (o devuelta) a los territorios, vista la ineffectividad de las cláusulas de garantía y cierre de sistema que respecto de la preservación de la unidad representan la figura del monarca y la idea del pueblo español.

2.3. Desapoderamiento de los poderes. El poder judicial

El reconocimiento de la soberanía del pueblo —de la totalidad de los ciudadanos— parece hallarse en abierta contradicción con el realzamiento, en cuanto que poderes, de los diferentes órdenes de actuación dentro del Estado. (El denominado poder ejecutivo; el legislativo; el judicial). El hecho de que el poder constituya una cualidad definitoria de órdenes de actuación plenamente diferenciables de los ciudadanos muestra la paradoja de que la funcionalidad en cuanto que poder y soberano del pueblo queda remitida, casi exclusivamente, a la hipótesis ideal (que ni tan siquiera posee realidad histórica constatable) de su actuación como constituyente. Inmediatamente que esta etapa se considera acontecimiento y suceso reales, el constituyente queda destituido y el poder resulta transferido a los constituidos. Semejante expropiación del poder obliga a una nueva relectura del principio de soberanía, más allá de la pura capacidad potencial del pueblo abstracto de recuperar el poder que ha transferido, resistiéndose a su ejercicio por los delegados del mismo, cuando manifieste una voluntad disidente respecto de tal modo de actuación. Cierto que la teoría clásica de la soberanía y que la teoría misma de la Constitución consideran que la división de poderes (de los poderes constituidos) es un rasgo esencial distintivo de la existencia misma y propia de una constitución¹⁶, pero ello no excluye la posibilidad de reconsiderar que el poder pueda resultar, como actualmente acontece por doquier, una realidad transcendente a aquél de quien meramente ya dimana, como su fuente de origen, mas sin ejercicio efectivo.

Restringiendo la ambiciosa propuesta de retornar el poder a su titular y de reconfigurar los órganos del Estado que legiferan y que administran y gobiernan como meras funciones de ejercicio de tales actividades, sí interesa acentuar que la única manifestación del poder —en los términos actualmente concebidos— a la que pudiera privársele de su carácter de tal sería al denominado poder judicial¹⁷. Los tribunales de justicia son, funcionalmente, órganos de aplicación de la ley al caso concreto. En un sistema plenamente respetuoso con las decisiones de los representantes del pueblo, reunidos en parlamento, no debiera existir lugar para una acción judicial que pudiera considerarse manifestación y ejercicio del poder público. Únicamente en sistemas políticos de «*common law*», en los que el estatuto y la norma general son, en principio, menos utilizados para intervenir en la vida general de los ciudadanos, quienes autorregularían constitudinaría-

¹⁶ El artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789 estableció que no existiría Constitución en una sociedad que no tuviera determinada la separación de poderes. La división de poderes surge al coexistir poderes nacidos de diferentes fuentes de legitimidad. Con la democracia (donde la fuente del poder vuelve a ser una) resulta más adecuado el concepto de separación. La razón es «técnica» (*'tis necessary there should be a Power always in being that should see to the execution of the laws... thus the legislative and executive power can often to be separated*), Locke, S.T., Ch. XII). Montesquieu difiere: «*lorsque... la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté*», L. XI, Ch. VI.

¹⁷ Elección temporal de los jueces del cuerpo del pueblo. Su poder ha de ser «invisible y nulo» (Montesquieu, L. XI, Ch. VI).

mente sus relaciones, la intervención de un tercero que dirima los conflictos y que supra las lagunas y omisiones que resulte necesario integrar para ordenar la vida social, pueden dar lugar al reconocimiento del poder propio de los tribunales (cuyos miembros, en todo o en parte, y por esa misma razón de ostentar el poder, no pertenecen al funcionariado sino que, de alguna manera, acceden a la adjudicataria por elección o por designación del representante supremo del pueblo). Sin embargo, en sistemas parlamentarios, en los que es la ley general el instrumento ordinario de regulación de la universalidad de relaciones sociales, no le cabe al juez ni debe caberle margen (o al menos tanto como para justificar la atribución al mismo del poder) para la creación del derecho.

En último término, jueces y magistrados adolecen del defecto de representar, en la escenografía constitucional, el papel de agentes del soberano cuando éste lo era el monarca absoluto, habiéndose atribuido históricamente al gobernante único la función primordial de resolver los conflictos (pretendidamente haciendo efectiva la justicia, como razón última para el mantenimiento del orden político)¹⁸. Contrariamente, la Constitución de 1978 sólo parcamente atribuye a los ciudadanos participación en la justicia, a través de la insuficientemente desarrollada institución del jurado; mediante el ejercicio de la acción popular y en el supuesto de actuación de los tribunales consuetudinarios y tradicionales que subsistieren (de los que apenas podríamos mencionar el Tribunal de las Aguas Valenciano) tal y como reconoce limitadamente su artículo 125.

2.4. Transformación de la democracia de partidos

Uno de los aspectos más críticos que resultan del ordenamiento constitucional de 1978, y que demandarían la urgencia extrema de un cambio constitucional, lo constituyen el reconocimiento que a los partidos políticos se conceden en el artículo 6 como «*instrumento fundamental para la participación política*». Se consagra de esta manera lo que la doctrina denomina «*democracia de partidos*», cuya característica esencial radica en el desapoderamiento de los ciudadanos de la soberanía que formalmente reconoce al pueblo la propia Constitución (artículo 1 punto 2); reduciéndose su participación en la vida pública y en la acción política a la elección de los representantes (seleccionados éstos, a su vez, por los partidos políticos) en los periódicos procedimientos electorales que resulten convocados. Para algunos, la función de los partidos consiste en seleccionar las elites cuyas cualidades permitirán el gobierno efectivo, reintroduciéndose de esta manera el personalismo individualista al que parece no poder sustraerse, como si de una maldición se tratara, el ejercicio del poder¹⁹. Tras haber afirmado, respecto de todos y cada uno de los individuos, el hecho de ser los titulares del poder, la imposibilidad material sostenida del ejercicio conjunto conduce a la negación del poder colectivo y a su sustitución por el poder individual, con el solo límite del control periódico que del rendimiento de la actuación del soberano efectivo individual se realice como el resultado de las consultas electorales.

La democracia de partidos se corresponde, se dice, con la ideología liberal, a la que se adscribe la democracia representativa, constituyendo una variante extrema de la mis-

¹⁸ En la democracia son agentes del nuevo soberano, del pueblo-nación.

¹⁹ El pueblo elige a los gobernantes entre las elites de los partidos. El método democrático es el sistema para la adopción de decisiones políticas «en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo».

ma, tanto más intensa y desviada cuanto menor sea el número de partidos; reducción oligárquica de su número que se justifica en razones de gobernabilidad.

La cuestión permanentemente abierta y sin solución estriba en determinar por qué razón no resulta factible que el pueblo soberano actúe efectivamente el poder que se le reconoce; así como en averiguar cuál sería el modo y la manera de aproximación, lo más cercana posible a la satisfacción del ideal que representa el ejercicio del poder como manifestación real de la voluntad general²⁰. Lo cierto es que, en el momento presente y desde luego bajo la Constitución de 1978, la respuesta a las cuestiones precedentes no sólo no se ha producido sino que ha sido suplantada por la concesión de la agencia política a los partidos. Los partidos constituyen un mecanismo perverso respecto del funcionamiento de la dinámica del poder. El problema resultante de la transferencia del poder del UNO (el soberano, como persona individual y su familia) a los MUCHOS (en las democracias formales, participativas mediante representantes) se resuelve mediante la retransmisión del poder por aquéllos a los MENOS (los representantes políticos designados por los partidos) quienes lo retransfieren a su vez al UNO (el Jefe del Partido, quien normalmente asumirá la presidencia del gobierno y a quien el UNO originario —el monarca— confiere su confianza). Se advierte pues que la lógica implacable del poder se desenvuelve de manera circular y que meramente transita, sin detenerse, en los muchos, para realmente permanecer, fija, en un único individuo²¹.

Cierto que la descripción precedente resulta extrema y que prescinde de los matices que la velan y ocultan en la realidad. De lo que se trata es de depurar idealmente el modelo subyacente y mostrar que la realidad del poder no se compadece fácilmente con su repartición. De ahí el afán permanentemente evidenciado en la historia reciente de arbitrar remedios susceptibles de neutralizar la inexorable tendencia del poder a concentrarse en el menor número de titulares que sea posible (frenos y contrapesos; separación y división de poderes; incompatibilidades, etc.).

Pudiera, pues, decirse que las oligarquías partidocráticas, con la complicidad constitucional, han secuestrado la democracia, expropiando el poder a aquéllos de quienes se afirma ser sus titulares legítimos. La prohibición del mandato imperativo, la inexistencia de responsabilidad por incumplimiento de las ofertas electorales, entre otros aspectos, refuerzan la jaula de hierro que encadena la libertad del pueblo, máxime cuando no existe, necesariamente, correspondencia entre los intereses defendidos por los partidos políticos y sus representantes y aquello que sólo eufemísticamente ha sido denominado el bien común²².

3. LA REFORMA ELECTORAL EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Según resulta de la última reflexión, a la crisis de la democracia vinculada al mal funcionamiento de la democracia representativa (de la democracia de partidos), más allá de la crisis de principios que resulta de la preponderancia concedida a los partidos respecto de los ciudadanos mismos, contribuye específicamente la regulación elegida

²⁰ La pregunta es si, verdaderamente, cabe afirmar la existencia, en sentido propio, de una «voluntad del pueblo».

²¹ Caudillaje de competencia, cuando no caudillaje monopolista (véase Schumpeter, CS y D, Cap. XXIII).

²² A partir de cierto momento, «las organizaciones se muestran más interesadas en su pervivencia y crecimiento que en la realización de los valores o en la consecución de los fines para los que en su día fueron creadas». García Pelayo, «Estado de partidos», p. 79.

para el régimen electoral. Procederemos a efectuar una somera consideración de algunos aspectos críticos del régimen electoral, tanto desde la perspectiva de la revisión reforzada que exigiría una reforma constitucional conforme con el título decimo de la Constitución de 1978, como desde la perspectiva del cambio constitucional.

3.1. Reforma extraordinaria

Consideramos seguidamente diferentes cuestiones que, según el modo en el que se encuentran reguladas en la Constitución requerirían, para su modificación, una reforma constitucional; eventualmente, un cambio constitucional.

3.1.1. Sistema bicameral

El sistema constitucional español determina que la composición de la Cortes generales incluya sendas cámaras, el Congreso de los Diputados y el Senado. Del Senado se dice que es la cámara de representación territorial (artículo 69.1). No resulta explícito en qué consista esta representación de los territorios. Lo cierto es que tan territorial es la base de elección del Congreso, como lo es la del Senado, siendo en ambos casos idéntica (la provincia). A partir de este hecho resulta difícil discernir qué razón justifique la permanencia de una cámara cuya función específica no se desprende con claridad del texto constitucional.²³

En el derecho comparado y en la historia constitucional española el Senado ha sido una cámara aristocratizante a través de la cual la monarquía destituida podía controlar o refrenar la actuación del pueblo como representado en el Congreso (reproduciéndose un esquema del que puede citarse como precedente remoto el régimen de Roma). Esta dimensión, inequívocamente, no corresponde, ni puede corresponder al Senado. (Únicamente reúne caracteres conformes con esta idea cameral aristocrática el actual Consejo de Estado, supervivencia histórica de tiempos en los que constituía el órgano de gobierno auxiliar del monarca).

En otro caso, el Senado reviste singular relevancia tratándose de regímenes federales. De esta manera, se reconoce la condición de sujeto político, no ya del pueblo unificado que se corresponde con el conjunto de la federación, sino del pueblo vinculado al territorio del Estado miembro de la federación. Comoquiera que España, según la Cons-

²³ En la elaboración de las leyes, al Senado le corresponde, igual que al Congreso, la iniciativa legislativa (artículo 87.1); pero no interviene en la convalidación de decretos leyes (artículo 86.2); y en la tramitación de las leyes, el veto que se le atribuye no obsta a la ratificación del proyecto por el Congreso (artículo 90.2). Le incumbe, junto con el Congreso, la autorización de la celebración de tratados que atribuyan a terceros competencias internacionales (artículo 93), así como con carácter previo a la celebración de tratados de carácter político, militar u otros de los contemplados en artículo 94. El Senado no interviene en el nombramiento del presidente del Gobierno (artículo 99) ni en la cuestión de confianza (artículo 112) o en la moción de censura (artículo 113). Tampoco ostenta competencias ante situaciones de alarma, excepción o de sitio (artículo 116). Fuera de la potestad para designar algunos de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, la función más relevante es la que le confiere el artículo 155, a fin de autorizar la adopción por el Gobierno de las medidas necesarias para obligar a las comunidades autónomas al cumplimiento forzoso de las obligaciones que les incumbieren o para la protección del interés general que hubiere sido gravemente afectado por la actuación de aquéllas. En la reforma ordinaria de la Constitución prevalece la posición del Congreso, siendo iguales las de ambas cámaras en la reforma cualificada que regula el artículo 168.

titución, ni es ni puede ser (salvo previa reforma: artículo 145) una federación; y dado que el régimen autonómico no pretende alcanzar el grado de autonomía política inherente a la federación, sólo cabe cuestionar críticamente la pervivencia del Senado, en cuanto que constituye un factor simbólico de ruptura de la unidad, creando una inconsistencia interna en el sistema.

Añádase la disfunción resultante de la diversidad de sistemas electorales para la elección de los representantes de una y otra cámara, debido a que respecto del Congreso aplica un sistema proporcional mientras que en el Senado lo hace un sistema mayoritario en el que además rige un voto limitado (no puede votarse un número de candidatos igual al número de escaños que se eligen en la circunscripción) de donde resulta, o puede resultar, un mapa electoral incongruente entre ambas cámaras.

3.1.2. Número de escaños

El artículo 68.1 de la Constitución establece un número mínimo de 300 y máximo de 400 diputados. Por su parte, el Senado elige cuatro senadores por provincia, fuera de las especialidades de las provincias insulares y de Ceuta y Melilla y de la elección de senadores adicionales por las comunidades autónomas (en este último caso, debiendo adecuarse a principios de proporcionalidad).

El número de escaños, visto el modo de funcionamiento de las cámaras, por razón de la disciplina de partido, puede considerarse —aparte de arbitrario— excesivo por inútil. Llevándolo al extremo, las cámaras podrían reducir su número muy por debajo de las cifras constitucionales (máximamente en un sistema de circunscripción nacional única). Si consideramos que los escaños de la cámara baja en Estados Unidos son 435 y que el Senado integra dos senadores por Estado, las cifras nacionales resultan, ya sólo por sí mismas, desproporcionadas.

Sólo en la medida en que el diputado o el senador electos desenvuelvan, conforme a los derechos y obligaciones inherentes a su estatuto propio y al reglamento de las cámaras, funciones efectivas, poseería sentido el mantenimiento de un número como el actual sin que ello pueda objetarse como contradictorio con el principio de ampliación de la proporción de la participación ciudadana mediante la elevación del número de representantes.

3.1.3. Circunscripción electoral

La Constitución define la circunscripción electoral, tanto respecto del Congreso de los Diputados como respecto del Senado, en referencia a la división provincial (artículo 68.2 y artículo 69.2), sin perjuicio de las particularidades concernientes a las poblaciones de Ceuta y de Melilla. El diseño del distrito electoral, de la circunscripción, constituye una de las decisiones más relevantes al tiempo de determinar cómo habrá de ejercitarse el derecho de los ciudadanos a la participación política en un régimen político de democracia representativa. Se advierte que los legisladores de 1978 optaron por mantener la estructura administrativa de división del territorio centralizado (Javier de Burgos, 1844), sin adoptar un dibujo del mapa geográfico electoral singularizado, a diferencia de lo que sucede en otros países («*constituency*», «*Wahlkreis*»). Ciertamente que el diseño de la circunscripción electoral ad hoc puede dar lugar a distorsiones que afecten a la efectiva

representación de los ciudadanos en las cámaras (fenómenos de «*gerrymandering*»), que pueden alcanzar situaciones extremas en las que se mantengan distritos electorales que no se correspondan con el número de electores asignados a los mismos. Es de destacar que la elección de una base territorial coincidente para ambas cámaras acentúa la insuficiencia de justificación de la subsistencia de la denominada «cámara de representación territorial», en la medida en que, obviamente, ambas cámaras resultan serlo de representación «territorial», dando lugar a la pregunta sobre cuál pudiere ser la especificidad del modo de representación atribuido al Senado, sin que el hecho de asignársele, a efectos de la elección al mismo, un número igual de escaños por cada provincia, adjudicados a través de un sistema mayoritario proporcione una respuesta racional. El criterio de representación de base territorial, por otra parte, remite a los tiempos en los que las ciudades enviaban sus representantes a las Cortes convocadas por el monarca. En un régimen democrático, de base popular, parecería más lógico (más allá del imperativo resultante de las limitaciones técnicas, en orden a la emisión de los votos y a la computación de los resultados) que el sistema electoral se desvinculara del fundamento territorial. La consecuencia inmediata de la sujeción a la circunscripción territorial es la pérdida de proporcionalidad (supuesto que este sistema de distribución de escaños sea el aplicable, como lo es hoy en España), en cuanto que, añadidamente, a cada circunscripción provincial le sea asignado un número mínimo de escaños, de donde pueden resultar situaciones de sobre o de infra representación.

Incluso admitida la base territorial, pudiera pensarse en modelos diferentes que el provincial elegido en 1978, teniendo presente, en particular, la finalidad que entiendo debe resultar del funcionamiento del sistema electoral de hacer efectiva la soberanía nacional y, por lo tanto la soberanía propia de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante un sistema que represente efectivamente su voluntad, a partir del principio de igualdad del peso electoral de cada uno de los mismos. Así, una variante del sistema, más conforme con el modelo de ordenación territorial cuasi federal respecto del que es equivalente el sistema autonómico, pudiera ser la circunscripción autonómica, eligiéndose un número de escaños proporcional a la población total del territorio comprendido en el ámbito de la misma y haciendo efectiva, dentro del citado ámbito, la razonable unificación integradora. La variante extrema, que a mi juicio satisface con mayor plenitud el respecto al principio de soberanía y a la igualdad política de los ciudadanos, consistiría en el establecimiento de una circunscripción única, de ámbito nacional, de manera que, aplicando un sistema proporcional, los representantes elegidos reflejarán exactamente la voluntad del conjunto de los representados²⁴. Conjugando esta variante con la coexistencia del sistema bicameral, bien podría instaurarse la circunscripción única para la elección de los representantes al Congreso de los Diputados y la circunscripción autonómica para la elección de los representantes al Senado.

Íntimamente conexas con el criterio seleccionado para el diseño de los distritos electorales, por razón de su extensión territorial, se halla la cuestión del carácter uninominal o plurinominal del distrito, esto es, si en el distrito se elige un solo o varios representantes. Normalmente, cuanto menor sea la extensión del territorio, más razonable resultara la reducción del número de representantes asignados al mismo (sin perjuicio, por supuesto, de la modulación de este criterio que resulte de la población en el territorio). En el caso de distritos uninominales, cualquiera que sea su extensión territorial, el sistema

²⁴ Ciertamente que, en un sistema de circunscripción territorial única, cabe asimismo tomar en consideración un régimen mayoritario de adscripción de escaños. En este momento, nos limitamos a argumentar acerca de la idoneidad de la circunscripción territorial en vista del sistema proporcional elegido en 1978.

de elección habrá de ser, necesariamente, mayoritaria. Por el contra, si el distrito fuere plurinominal, resultarán elegibles tanto el sistema mayoritario como el proporcional. La razón determinante de la elección de uno u otro sistema dependerá de la voluntad de favorecer la competición electoral entre un mayor o menor número de jugadores²⁵.

3.1.4. *Criterios de distribución de escaños*

Otro de los aspectos fundamentales, susceptible de cambio constitucional, cuando no de reforma, respecta, precisamente, al criterio de distribución de escaños aplicable a la circunscripción electoral que haya sido diseñada. Como es conocido, los sistemas al efecto son básicamente dos: el mayoritario y el proporcional. La Constitución de 1978 optó por el segundo de ellos, al menos para la elección del Congreso de los Diputados. Hemos ya anticipado que el sistema proporcional se compadece mejor con los principios inspiradores de la Constitución, en la medida en que facilita la representatividad de los electos. Si bien es cierto que ello puede constituir una mera apariencia, no seguida de realización efectiva, en la medida en que otros factores puedan alterar los efectos de la proporcionalidad, si se asignan los escaños sin atender a la población que habrá de emitir su voto para su adjudicación (como sucede en el caso de asignación de escaños con circunscripción provincial y número mínimo). En cuanto que encarna y materializa la voluntad de la nación, el Congreso debe representar al conjunto de la población y no al resultado parcial de la representación de la población de una parte del territorio. De ahí la propuesta de la circunscripción única.

Sin embargo, no son pocos quienes propugnan la preferencia del sistema mayoritario, vistas, sobre todo, las imperfecciones resultantes de la aplicación del sistema proporcional. Pero ya ha sido indicado que tal imperfección no resulta, propiamente, del sistema proporcional en sí mismo considerado; sino de los condicionantes y de las restricciones impuestas al mismo para su aplicación. El sistema mayoritario, en la medida en que se asocia a distritos uninominales, deja a amplios sectores de la población sin representación efectiva. De ahí que algunos países hayan introducido procedimientos mixtos, eligiéndose una parte de los representantes por el sistema mayoritario y otra parte por el sistema proporcional. También es cierto que si el sistema mayoritario se asocia a un distrito plurinominal que se extiende a la totalidad del territorio nacional, indubitadamente tales representantes lo serían los de mayor base popular, pudiendo mitigarse el posible efecto de exclusión de minorías mediante un sistema de voto mayoritario limitado, e incluso, con sistemas de voto transferible.

Nuestra posición pretende ser congruente con los principios proclamados como vigentes en la comunidad política que es España: soberanía popular y derechos iguales de todos los ciudadanos en cuanto al ejercicio de la misma, si bien realizándose la participación política a través de representantes. Siendo cuestión cómo debe realizarse la elección de tales representantes, consonantemente con aquellos principios, resulta más adecuada la representación proporcional con circunscripción única nacional (para el

²⁵ En la obra clásica de Duverger, la representación proporcional determina un sistema de partidos múltiples, rígidos, independientes y estables; el escrutinio mayoritario a dos vueltas daría lugar a un Sistema de partidos múltiples, flexibles, dependientes y relativamente estables; el escrutinio mayoritario a una vuelta, un sistema dualista, con alternativa de partidos independientes. Sartori considera que el sistema uninominal favorece el sistema bipartidista y obstaculiza el multipartidismo; mientras que los sistemas proporcionales facilitarían el multipartidismo.

Congreso de los Diputados); y la representación proporcional, con circunscripción autonómica, para el Senado²⁶.

3.1.5. *Mandato imperativo*

El artículo 67.2 de la CE 1978 establece que los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo. Este precepto resulta para algunos inmodificable, convencidos de la imprescindibilidad de desvincular al electo una vez que ha culminado el proceso electoral respecto de los electores. Contrariamente, resulta que la remisión de la responsabilidad exigible al electo frente a sus electores al simple hecho de la denegación de su renovación en una futura consulta electoral, no puede resarcir de la violación de los compromisos contraídos a través de la oferta electoral defraudada. (Aparte la dificultad de hacer efectiva esta sanción de la opinión pública en el caso de listas cerradas en las que el transgresor haya vuelto a ser incluido).

La escasa atención prestada al vínculo que nace entre los representados y el representante elegido tiene aún por condición precedente la nula relevancia que se concede a los programas electorales, a los compromisos electorales y al pacto subyacente al respaldo del candidato mediante el voto²⁷. Ello permite a los candidatos manifestarse con libertad sobre sus propósitos, con la seguridad de que su incumplimiento no resultará consecuencia alguna. Resultaría indispensable instaurar algún sistema que permitiera incluso dejar sin efecto la elección en el supuesto de ofertas ciertas y concretas cuya transgresión se hubiera producido sin que concurriera causa alguna que lo justificara, desde la perspectiva del interés general.

Resulta difícilmente comprensible que la utilización del negocio jurídico representativo, al que es inherente la ejecución del mandato conforme a las instrucciones del mandante, tanto como la rendición de cuentas, haya resultado tan profundamente desnaturalizada, como efecto de su aplicación al ámbito de los negocios políticos, de manera que el representante pueda actuar con absoluta libertad, perjudicando incluso los intereses de quien le confirió su representación. La ficción de que el representante lo es del conjunto de la nación y que, por ello, transmuta los deseos, intereses y expectativas del votante particular en las necesidades que reclame el interés colectivo (mutación ésta que contradice el faccionalismo de los partidos, que no pretenden realizar el interés general sino el ideario propio, caso de que posean alguno) constituye un fraude, en la medida en que, en un sistema pretendidamente liberal, en que el soberano no lo es verdaderamente el pueblo, sino los individuos que lo configuran, la expresión de voluntad de éstos no se orienta tanto a la consecución del interés de todos sino que expresa el deseo de que prevalezca el propio, aun aceptando las consecuencias de que la preferencia manifestada deba conjugarse con las preferencias del resto de los electores. La defen-

²⁶ La preferencia por la proporcionalidad la entendemos tanto o mayor cuanto que las listas fueren cerradas. Si las listas fueren abiertas, cabe aplicar sistemas semiproportionales (voto único transferible o no transferible; voto limitado), no desdeñándose el sistema mayoritario.

²⁷ Conforme a una filosofía política contractualista, nada resultaría más natural que la aceptación de que la concesión del voto constituye un pacto entre el votante y el votado. Un pacto que concierne a una multiplicidad de electores respecto a uno o varios candidatos, y como cualquier que se incumpla debe dar lugar a responsabilidad. Incluso en Roma llegó a existir una forma de contrato electoral —la *pollicitatio*— por la que se comprometía el voto a cambio de una contraprestación. El propio voto hecho a la divinidad implicaba un pacto, de manera que la realización del hecho solicitado —atribuida a la intervención divina— obligaba a la realización del compromiso contraído mediante el voto.

sa de la aspiración del votante a la realización del interés manifestado conviene más a sistemas mayoritarios, con distritos uninominales, de extensión territorial reducida y acceso directo al representante por los electores.

En definitiva, el abandono del carácter absoluto de la proscripción del mandato imperativo, admitiendo, cuando menos, la apertura de cauces de exigencia de cumplimiento de los compromisos contraídos, o, en su defecto, de responsabilidad por los compromisos defraudados, constituyen una exigencia irrenunciable para una vida política efectivamente participativa en la que no haya sido abolida la presencia permanente del individuo soberano en la actividad política.

3.1.6. Limitación al sufragio activo y pasivo

Mayor fundamentalidad la posee la cuestión de la igualdad en el acceso y ejercicio y el derecho de voto. La historia de la democracia recoge la extensión paulatina del ámbito de la participación, superando sistemas censitarios hasta alcanzarse el sufragio universal, sin perjuicio de las restricciones a la condición de elector definidas en las leyes²⁸. Difícil resultaría retroceder respecto de lo que se considera logros definitivos en la historia de la libertad. Máxime cuando la restricción en el acceso al voto vulneraría abiertamente, al contradecirlos, los principios básicos de un régimen autodenominado democrático. Sin embargo, incluso los regímenes en los que nadie disputa el pleno respeto a tales principios, de hecho, la elección de órganos fundamentales no se realiza de forma directa sino a través de colegios electorales reducidos. Pudiera reflexionarse sobre la definición de situaciones o establecimientos de criterios que, más concordemente con la realidad, hicieran efectivo el derecho de los iguales a ser tratados como iguales (de donde resulta que los desiguales deben ser tratados desigualmente). Sistemas de voto múltiple podrían garantizar la participación de todos y, simultáneamente, reestablecer la paridad en cuanto a la extensión de los intereses representables de cada sujeto. En realidad, el sistema electoral introduce la desigualdad; sino desde la perspectiva del elector, cuya soberanía se respeta formalmente, de manera estricta; sino de la perspectiva del elegible, a través, fundamentalmente, del sistema de partidos, como instrumentos de selección de elites. El problema radica en que la realidad demuestra que los individuos seleccionados como agentes activos de la vida política no reúnen, en absoluto, ni los requisitos ni las condiciones que permitieren calificarles como los más idóneos para el ejercicio responsable, competente y útil de las funciones públicas, orientada a la salvaguardia del bienestar y del interés general.

En consecuencia, resulta imprescindible progresar en la reflexión sobre las medidas a adoptar, de manera que únicamente los más aptos puedan ejercer los cargos políticos, en la medida en que no resulte posible o aconsejable establecer las que conduzcan a que únicamente los más aptos determinen quiénes hayan de desempeñar, vicariamente, tales cargos públicos.

3.2. Reforma ordinaria

Junto a las reformas tratadas previamente, cuya realización exigiría (de no producirse un cambio constitucional) la observancia de los requisitos reforzados que para su

²⁸ Artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1958: condenados judicialmente a la privación del derecho de sufragio; incapacitados judicialmente; internados en hospital psiquiátrico, es decir a quienes carezcan de voluntad libre o haya hecho uso punible de la misma y ameriten por ello la suspensión temporal de su ejercicio.

modificación requiere el artículo 167, pueden apuntarse otras para cuya introducción bastaría con la modificación de la ley orgánica reguladora del régimen electoral²⁹.

3.2.1. *Número mínimo de escaños*

El artículo 162.2 de la LOREG, de acuerdo con lo previsto en el artículo 68.2 CE, asigna un mínimo inicial de 2 diputados para cada provincia. El margen de variación permitido a través de una reforma de la ley orgánica queda limitado a la asignación de un diputado, como mínimo, para cada provincia. La reducción a este número mínimo pone de manifiesto que la Constitución ha recogido en sí un sistema, que podríamos considerar medieval, que a quien se representa no es a la población, a los individuos, sino a los territorios. Esta evidencia debería bastar para la supresión, por vía de reforma, de la circunscripción provincial, y, en todo caso, como se propone, para la reducción al mínimo de la representación forzosa constitucionalmente determinada respecto de las provincias.³⁰ Desde luego, si la modificación que se produjere se realizare en el sentido contrario (aumentando el número mínimo, por encima de dos, se consumiría, definitivamente la territorialización de la representación y la consiguiente pérdida de la proporcionalidad, tanto o mayor cuanto más elevado sea el número mínimo y cuanto menos homogénea sea la distribución provincial de la población. Precisamente es el hecho de la fluctuación de la cifra de población, determinada según el censo electoral, el factor que puede hacer forzosa la rectificación del número mínimo, como de hecho sucede, de manera automática, en cuanto a la redistribución de los 248 escaños afectos por el criterio de estricta proporcionalidad.

3.2.2. *Distorsión de la proporcionalidad por divisores y cuotas*

La distribución de escaños entre las candidaturas admitidas en las circunscripciones diseñadas para el acceso al Congreso de los Diputados se realiza, conforme previene el artículo 68.3, mediante el sistema de divisor, resultante de la división de los votos obtenidos por una serie sucesiva de número cardinales igual al número de escaños a repartir, adjudicándose por los mayores cocientes. Es la regla D'Hondt que regula el artículo 136 LOREG. Ahora bien no es ésta la única forma electora aplicable en sistemas de representación proporcional. Dentro del método de divisor pueden distinguirse otras fórmulas como la Sainte-Laguë (series 1, 3, 5, 7, 9, 11...), la Sainte-Laguë modificada (series 1, 4 siguientes igual que el anterior) o a danesa (series 1, 4, 7, 10, 13...). El divisor D'Hondt favorece a los partidos mayores, mientras que la Sainte-Laguë da representación a los partidos pequeños. Junto al sistema de divisor, el método de cuotas³¹ permite distinguir

²⁹ Las consideraciones que siguen sobre estas cuestiones descansan bajo la presuposición de que no llegarán a introducirse las modificaciones de ámbito mayor contempladas en el apartado 3.1.

³⁰ Cuestión diferente, que incide directamente sobre la que tratamos de presente y, tanto sobre la cuestión previa relativa a la elección de la circunscripción provincial, es que la Constitución no contenga una limitación especial de cuántas, y con qué extensión, sean las provincias. De aquí resulta que, a través de la reordenación provincial, se producirían efectos inmediatos sobre el funcionamiento mismo del sistema de representación popular.

³¹ En el sistema de cuotas, se obtiene el cociente resultante de dividir los votos totales por los escaños a adjudicar (cifra incrementada o no en una o varias unidades), dividiéndose por este cociente los votos de cada candidatura, substrayéndose de los votos totales aquéllos que logran escaño, calculándose así los restos mayo-

la cuota Hare (que se usa con los restos mayores), la cuota Droop (que se usa para el voto único transferible), la cuota Imperiali, etc. En los sistemas semiproporcionales, pueden diferenciarse aquéllos de voto único no transferible (voto múltiple menor en una unidad respecto de los escaños que han de adjudicarse), voto múltiple (menor en más de una unidad), voto único transferible (donde se vota a candidatos y no listas, atribuyéndose los escaños por el sistema de cuota Droop).

Se advierte de lo referido cuánto y en qué medida la selección adecuada de la fórmula electoral por la ley electoral influye o puede influir decisivamente en la representación efectiva alcanzada manteniéndose constante e inalterado el número de votos. La elección de una fórmula que favorece a los partidos mayores o de cualquier otra que produzca un efecto de favorecimiento no compatible con la salvaguardia de las minorías, debe desecharse. El argumento de la gobernabilidad (que puede encubrir la protección de las oligarquías) no resulta aceptable. Menos aún en democracias a las que les resulta exigible el pacto y la consolidación. En el caso de que tal conciliación no sea alcanzable, se evidenciaría la inexistencia de unidad y la eventual conveniencia de la búsqueda de fórmulas alternativas de organización política.

3.2.3. *Candidaturas de partido y listas cerradas*

La Constitución no especifica el modo como hayan de adjudicarse los escaños. Únicamente se enuncia, como principio, el carácter fundamental de los partidos políticos como instrumento de participación política. De ahí la ley electoral alzaprima a los partidos, a quienes convierte en protagonistas del proceso electoral, exigiéndose a las agrupaciones de electores la firma del 1% de los inscritos en el censo electoral para representar candidaturas (artículo 169.3 LOREG). No es este el mayor obstáculo a la representación de la voluntad de los ciudadanos, sino la exigencia de listas cerradas y bloqueadas. Este hecho deja absolutamente en manos de los partidos la determinación de quiénes hayan de ser los representantes. De esta manera, las oligarquías de partido³² sustraen al elector la libertad de designar por sus cualidades personales al representante; instaurándose una suerte de representación colectiva, en la que se desdibuja la conexión entre mandante y mandatario, en la línea definida por la ruptura del vínculo imperativo o del nexo entre uno y otro, inherente al acto de elegir. Así, la voluntad libre del elector se transforma en mero sufragio; y éste en adhesión incondicionada al jefe de filas, que ni tan siquiera puede fundarse en una confianza que este último no proporciona y de la que nunca ofrece ni cuenta ni razón. De esta manera, El sistema todo se impregna de elementos personalistas excluyentes que determinan la prevalencia de la subordinación frente a la cooperación y el trabajo comunes, en régimen de igualdad. Los jefes de partido devienen jefes del gobierno, interlocutores con el jefe del Estado y confrontados con los jefes de la oposición. El pueblo deviene materia prescindible de la que, como eufemísticamente dice la Constitución, «*dimanan*» los poderes, que ni ejerce ni controla, ni recuperar puede.

res a los que les corresponde el escaño. Los sistemas de cuota Hare y Droop son más ventajosos para la obtención de escaño por los partidos menores.

³² Desde la lucida obra de Roberto Michels, el uso de los términos oligarquía y partido constituye una tautología, porque no obstante el artículo 6.2 CE todas las organizaciones directivas de los partidos pueden considerarse, en un grado mayor o menor, oligárquicas, cupulocráticas, como algún autor ha calificado.

3.2.4. Barreras electorales

Es también materia de ley orgánica el establecimiento de barreras electorales. Aquellas candidaturas que no hubieren obtenido al menos el 3% de los votos válidos en la circunscripción no se tienen en cuenta para la elección del Congreso y del Senado (artículo 163.1 letra a) LOREG)³³. Esta medida se justifica en la evitación de la atomización de la representación. Contra este argumento se alza el que impone la representación de las minorías en aquellas democracias en las que, realmente, todo voto se considere digno e igual a efectos de obtener la adecuada representación del interés al que concierne. Por esta razón las barreras electorales deberían suprimirse mediante la reforma de la ley orgánica del régimen electoral.

4. CONCLUSIONES

No se pretende ofrecer conclusión sobre todas y cada de las cuestiones tratadas. Al respecto, nos remitimos a las consideraciones realizadas en los diferentes apartados que preceden. Sin embargo, sí enunciaremos los aspectos más esenciales.

4.1. La Constitución de 1978 definió, sometida a las circunstancias históricas del momento, un sistema político que ha sido denominado «de transición», en la medida en que introdujo un sistema político, fundado en la libertad de los ciudadanos, que reemplazaba el régimen autocrático nacido de la contienda civil de 1936-1939. No obstante, la Constitución introdujo criterios de reforma extraordinariamente rígidos cuya finalidad no pudo ser otra sino el aseguramiento de la libertad alcanzada respecto de la situación histórica inmediatamente abandonada. Pero esta finalidad protectora ha producido un efecto paradójico consistente en la petrificación de la vida política en los tiempos del 78, dificultando la evolución transformadora del sistema, la que ha sido insistentemente demandado refiriéndose a una «segunda transición».

4.2. La dificultad de la reforma inherente a la rigidez de la Constitución invita a restablecer la potencia transformadora que corresponde al soberano y que puede articular a través de actuaciones decisoras de cambio constitucional, más allá de la observancia de los requisitos formales para la reforma y con independencia de las que tácitamente pudieren sobrevenir o que resultaren de la aplicación misma de la Constitución. Entre las cuestiones políticas esenciales afectadas se encuentran las que se refieren a la forma política del Estado; a la unidad y a la organización política del territorio; a la distribución y ejercicio de los poderes y a la participación política a través de un sistema de representación mediante un régimen electoral que consagra una democracia de partidos y no una democracia de ciudadanos.

4.3. Entre los aspectos del régimen electoral a los que pudiera alcanzar la modificación constitucional se encuentran los concernientes a la existencia de las cámaras; número de escaños; al sistema de representación; a los criterios de distribución; al mandato imperativo y las limitaciones de acceso al sufragio, activo o pasivo. Entre aquéllas que pudieren ser objeto de modificación por ley orgánica, las que respecta al número mínimo de representantes para cada circunscripción; a las fórmulas electorales; al sistema de candidaturas por listas cerradas y a las barreras electorales.

³³ Para adjudicación de puestos de concejal en las elecciones municipales, el artículo 180 LOREG exige que las candidaturas obtengan al menos el 5% de los válidos emitidos en la circunscripción.

4.4. Sobre el principio de que la persona es el fundamento de orden político español y que, atribuyéndose la soberanía a todos y cada uno de los ciudadanos por igual, la representación de la voluntad de los electores debe tener el mismo peso y valor; y bajo la afirmación, asimismo, del principio de unidad, se considera que debería existir una única cámara, con un número limitado de componentes, los cuales fueran elegidos por un sistema de representación proporcional, utilizando formulas electorales que garanticen la mayor proporcionalidad posible, con respeto de las minorías, a partir de una circunscripción única de ámbito nacional.

4.5. Como variante de la conclusión precedente, en el supuesto de que el acceso a una mayor participación política minore la fuerza de los partidos políticos, admitiéndose candidaturas abiertas, incluso individuales, manteniéndose la circunscripción nacional única, el sistema mayoritario constituiría una opción elegible.

4.6. Si se considerare que la proporción del principio de igualdad resulta ficcional y se deseara que la corrección de la desigualdad exista y que las consecuencias perniciosas que de ello pudiere resultar no quedare encubierta a través de la selección de elites por el sistema de partidos, podrían considerarse sistemas restrictivos del sufragio o compensatorios del mismo, a través de votos múltiples.

4.7. En cualquier caso, de mantenerse el sistema de partidos, en términos semejantes a los actuales, debe reforzarse la vinculación a los compromisos resultantes de la oferta electoral y de los programas electorales, sometiendo al control del Tribunal Constitucional el eventual incumplimiento de los mismos no justificado en motivos de salud pública e interés general.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV. *Curso de partidos políticos*. Akal, 1997.
- ARTOLA, M. *Los derechos del hombre*. Alianza, 1986.
- BÜHLER, O. *Texto de la Constitución de Weimar de 1919 y comentario sistemático de sus preceptos*. Tecnos, 2010.
- DUGUIT, L. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789* Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- DUVERGER, M. *Los partidos políticos*. Fondo de Cultura Económica, 1957.
- FERRERO, G. *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Tecnos, 1998.
- GARCÍA PELAYO, M. *El Estado de partidos*. Alianza, 1996.
- KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Tecnos, 1989.
- LAMBERT, E. *El gobierno de los jueces*. Tecnos, 2010.
- LIJPHART, A. *Electoral systems and party systems. A study of 27 democracies, 1945-1990*. Oxford University Press, 1994.
- LOCKE, J. *Two treatises of Government*. Cambridge University Press, 15th print, 2004.
- MADISON, HAMILTON y JAY. *The federalist papers*. Penguin, 1987.
- MICHELS, R. *Los partidos políticos*. Amorrortu, 1979.
- MILL, J.S. *Consideration on representative Government* Oxford University Press, 1998.
- MONTESQUIEU. *De l'Esprit des lois*. Gallimard, 1995.
- NOHLEN, D. *Sistema electoral y partidos políticos* FCE, 1998.
- RENNER, K *Estado y Nación. El derecho de las nacionalidades a la autodeterminación* Tecnos, 2015.
- ROUSSEAU, J. J. *Del contrato social*. Alianza, 1980.
- ROSANVALLON, P. *La contre-démocratie*. Édition du Seuil, 2006.

SIEYES, E. *¿Qué es el tercer Estado?*. Alianza, 1989.

SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*. Alianza, 1982.

SCHMITT, C. *Situación histórico intelectual del parlamentarismo hoy*. Tecnos, 1990.

SCHUMPETER. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Folio, 1996.

VITORIA, F. *La ley. Comentario a la prima secundae. Cuestiones 90-108*. Tecnos, 1995.

VOEGELIN, E. *La nueva Ciencia de la Política*. Katz, 2006.

LA REPRESENTACIÓN DEL REINO DE ESPAÑA ANTE EL TEDH Y LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS HUMANOS. LAS ACTUACIONES DE CARÁCTER PREVENTIVO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Rafael Andrés León Cavero

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LA REGULACION DE LAS FUNCIONES DE AGENTE DE ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—3. LAS FUNCIONES DEL AGENTE DE ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3.1. Las distintas funciones del agente. 3.2. Funciones de naturaleza preventiva. 3.3. Funciones contenciosas del agente. 3.3.1. El procedimiento de medidas cautelares ante el TEDH. 3.3.1.1. Requisitos de la solicitud de medida cautelar. 3.3.1.1.1. Requisitos subjetivos. 3.3.1.1.2. Requisitos objetivos. 3.3.1.1.3. Requisitos de actividad. 3.3.1.2. Procedimiento de tramitación de una medida cautelar. 3.3.1.3. La obligación de ejecutar las medidas cautelares adoptadas por el TEDH. 3.3.1.3.1. En la normativa española. 3.3.2. Las funciones contenciosas del agente en los procedimientos sobre el fondo.. 3.3.2.1. La ética profesional que los abogados de ambas partes deben mostrar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La colaboración entre los poderes públicos integrantes del Reino de España. Las potestades de acceso a la información del agente. 3.3.2.2. El arreglo amistoso o la declaración unilateral como formas de terminación del procedimiento. 3.3.2.3. Las causas de inadmisibilidad. 3.3.2.4. El procedimiento para el reenvío de asuntos ante la Gran Sala. 3.3.3. Las funciones del agente en la ejecución de las sentencias.—4. LAS FUNCIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO ANTE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS HUMANOS.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUCCIÓN

La negociación en el seno del Consejo de Europa del Tratado de Roma, hoy más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), abierto a la firma el 4 de noviembre de 1953, cuando todavía resonaban los ecos de las terribles vulneraciones de los derechos humanos padecidas en el continente durante la Segunda Guerra Mundial, respondió al noble propósito de hacer efectivos en la práctica algunos de los derechos humanos esenciales plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Constitución española de 1978 recogió con especial énfasis esa necesidad de hacer efectivos los derechos reconocidos en todos esos instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos. Su artículo 10 expresa la voluntad explícita del constituyente de otorgar eficacia a dichos derechos, no sólo en sí mismos considerados sino como criterios que han de regir la interpretación de todo el ordenamiento.

Por ello, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas España no sólo ha ratificado la práctica totalidad de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos sino que, desde la aprobación de la Constitución, además, ha suscrito los protocolos adicionales sobre el examen de quejas individuales, dando lugar a los llamados procedimiento de «comunicaciones».

Además, en lo que se refiere al espacio jurídico europeo, es obligado recordar que el 24 de noviembre de 2017 se cumplió el 40 aniversario de nuestra entrada al Consejo de Europa y firma de la Convención Europea de Derechos Humanos¹, que fue incluso anterior a la aprobación de nuestra propia Constitución de 1978. Dicho acontecimiento permitió que nuestra Norma Suprema contemplara una especial protección de los derechos fundamentales, que permearía la interpretación y aplicación de la totalidad del ordenamiento jurídico por el poder judicial. Asimismo posibilitó que, una vez agotadas las vías nacionales de impugnación, fuera posible interponer demandas individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el cual se cuidaría el respeto de los estándares europeos mínimos de protección jurídica de estos derechos y se les conferiría progresivamente un contenido adaptado a las nuevas realidades sociales al amparo de lo que se ha dado en llamar «interpretación dinámica». Quizás por ello España ostenta el orgullo de, año tras año, ser el segundo país con menor número de demandas en términos relativos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos².

En este punto cabe incluir una acertada reflexión formulada por nuestro compañero Manuel Goded Miranda, homenajeado en esta obra, que ya tan tempranamente como en 1988 mostraba su interés por la necesaria sistematización que guiara la interpretación y aplicación efectiva de los derechos humanos consagrados por nuestra constitución. En su ponencia «Aportación a la terminología y sistema de los Derechos Fundamentales» realizada dentro de las X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado dedicada a la «Introducción a los Derechos Fundamentales» concluía con la reflexión siguiente:

Un sistema completo de los derechos fundamentales exige sin duda mucho más que esta breve aportación. La jurisprudencia, que es la vida del Derecho, ira alumbrando nuevos principios, más profundas aplicaciones, La doctrina los ordenará en el sistema.

Pero tengamos presente que los preceptos aislados, por excelentes que sean, no bastan para la plena efectividad jurídica. Es su encuadramiento en un sistema, son los principios que a través de ello se manifiestan, los que tutelan la realización justa y pacífica del ordenamiento, haciendo posible la consecución del fin del Derecho.

Hoy en día la Convención ha dado pie al desarrollo del sistema regional mundialmente reconocido como más eficaz para la protección de los derechos humanos. Éste permite a cerca de 800 millones de personas, residentes en los Estados miembros del Consejo de Europa, si una vulneración de estos derechos no es remediada a nivel nacional, interponer demandas individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con jurisdicción real en la medida en que es obligado para los Estados demandados cumplir con sus resoluciones. Este sistema es contemplado con interés por el resto de sistemas regionales análogos, como el que personifica la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un sistema de esta naturaleza exige para su funcionamiento articular orgánicamente una adecuada representación del Estado parte ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ante los organismos internacionales en materia de la defensa de los derechos humanos.

¹ Su instrumento de ratificación se publicaría en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, páginas 23564 a 23570 (7 págs.) <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

² 0,13% en el año 2016. Fuente http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf

2. LA REGULACIÓN DE LAS FUNCIONES DE AGENTE DE ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tratándose de la representación a nivel internacional de un Estado respetuoso de la división de poderes y políticamente descentralizado como es España, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, dispone en su art. 1.5 que corresponde a los Abogados del Estado *«La actuación (...) ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, ante la Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como, en su caso, ante los Tribunales y Organismos internacionales en los que actuasen en representación del Reino de España»*.

Este precepto se desarrolla por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se prueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. En su preámbulo se establece que *«dados sus resultados extraordinariamente positivos, se mantiene la atribución en exclusiva al Servicio Jurídico del Estado de la representación y defensa del Reino de España ante los tribunales, órganos y organismos internacionales en cualesquiera procedimientos jurisdiccionales, arbitrales o extrajudiciales»*. Consecuentemente, en su art. 1.2.1) y m) se atribuye a la Abogacía General del Estado:

«l) La representación y defensa jurídica del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, correspondiéndole el estudio y preparación de informes, observaciones y memorias que hayan de presentarse ante aquél, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos. Le corresponden también las mismas funciones ante cualesquiera órganos internacionales competentes en materia de salvaguarda de los derechos humanos, de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales vigentes en España.

m) La asistencia jurídica del Reino de España en otros organismos internacionales.»

Corresponde a la Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos el desempeño de estas funciones y, dentro de ella, a aquellos abogados del Estado que tengan el carácter de agentes del Reino de España a los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, nombrados por real decreto a propuesta conjunta de los ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y de Justicia.

Continúa el real decreto estableciendo que:

«En el ejercicio de las funciones encomendadas, estos Abogados del Estado, tendrán las siguientes competencias:

1.ª Recabar de los órganos judiciales, Departamentos Ministeriales y de las autoridades del Estado, comunidades autónomas y Administraciones públicas, en general, las informaciones de hecho así como la colaboración que sea necesaria para la correcta representación en los asuntos que afecten al Reino de España, bien ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros órganos de derechos humanos del Consejo de Europa, bien ante cualesquiera otros órganos de tratados y otros mecanismos de Naciones Unidas responsables de la salvaguarda de los derechos humanos.

2.ª Cuando les sea solicitado, asesorar a la representación del Reino de España ante el Consejo de Europa y ante las Naciones Unidas, en los asuntos y procedimientos sobre derechos humanos que conciernan a aquél.

3.ª Asesorar a las autoridades del Estado en todas las cuestiones de carácter jurídico que afecten al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a sus protocolos, así como a los demás tratados internacionales en esta materia.»

Esto supone que, en esta materia, el agente de España actúa como representante procesal del Reino de España, asesorando y defendiendo al poder ejecutivo, legislativo y judicial, tanto a nivel estatal como autonómico y local, que han emitido normas o actos atribuibles internacionalmente al Reino de España.

Examinaremos a continuación el conjunto de funciones que el agente de España desarrolla.

3. LAS FUNCIONES DEL AGENTE DE ESPAÑA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Las distintas funciones del agente

Entre las funciones del agente de España cabe distinguir funciones de naturaleza preventiva y funciones de índole puramente contenciosa.

Dentro de las funciones preventivas pueden distinguirse las habituales funciones consultivas en relación con la incidencia que sobre la protección de los derechos humanos pudiera tener un proyecto de norma, una práctica o un acto administrativo concreto. Pero en este ámbito la actuación de la Abogacía del Estado va un poco más allá, con una tendencia proactiva en aras del efectivo respeto de los derechos humanos, tal y como se expone a continuación.

3.2. Funciones de naturaleza preventiva

Uno de los principios fundamentales en los que se asienta el sistema convencional europeo en esta materia es el respeto de la subsidiariedad del sistema internacional y el del margen de apreciación de los Estados. Este mismo principio resulta de los Convenios suscritos en el seno de la ONU.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos está encargado de resolver demandas individuales planteadas potencialmente por 800 millones de ciudadanos europeos. Esta tarea no sería abarcable sin un ordenamiento jurídico nacional previo en el que se hayan integrado los derechos humanos reconocidos en el convenio y que goce con recursos internos para hacerlos efectivos, de manera que sólo se recurra a aquel de manera subsidiaria. Para ello es indispensable que los órganos integrantes del poder judicial y todos los operadores jurídicos en general sean capaces de conocer el contenido de los derechos protegidos y de adecuarse a ellos desde la primera instancia. Esto es también lo más justo y eficaz cuando estamos hablando de la protección de derechos humanos, que tienen una gran incidencia en las básicas condiciones de vida de los ciudadanos que los ostentan.

Igualmente el establecimiento de un estándar mínimo común de respeto de los derechos fundamentales sólo es factible si se tienen en cuenta las tradiciones jurídicas de ordenamientos jurídicos europeos diversos, de manera que, siempre que se respeten los estándares mínimos comunes de protección, debe dejarse a las autoridades nacionales

—más cercanas a la realidad enjuiciable— un legítimo rango de uso de lo que se llama su «margen de apreciación».

Así, dentro de las medidas generales que conlleva la obligación de ejecutar las decisiones del TEDH conforme la art. 46 del Convenio, se impone la difusión de la jurisprudencia del TEDH en español, para que pueda orientar de manera efectiva a las diversas autoridades nacionales en la creación y aplicación de derecho interno.

Consecuentemente, bajo la responsabilidad del agente, se realiza desde hace años la traducción de todas las sentencias y decisiones del Tribunal para los casos en los que España es parte. La página web <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos> recoge dichas traducciones, que se pueden recibir automáticamente en la dirección de correo electrónico personal mediante una suscripción gratuita. Dichas traducciones se remiten de manera sistemática al CENDOJ para su accesibilidad por la intranet del poder judicial.

En dicha página se recogen también manuales, fichas y vídeos temáticos en español e incluso enlaces a cursos gratuitos para profesionales del derecho en materias de derechos humanos en conexión con el programa HELP (Human Rights Education for Legal Professionals) en los que se sintetiza y facilita un acceso estructurado a la jurisprudencia más relevante del TEDH.

El acervo de traducciones de calidad que tradicionalmente realizaron los letrados de las Cortes Generales desde 1978 hasta 2002, de las sentencias y decisiones del Comité y luego del TEDH desde los años 1957 a 2002, también se ha puesto a disposición de los jueces y fiscales a través del CENDOJ, mediante un acuerdo entre el CGPJ, la Abogacía General del Estado y la Secretaría General del Congreso de los Diputados. Asimismo todas estas traducciones se han remitido para su consulta a la base oficial del Tribunal, denominada HUDOC³

Asimismo el propio Consejo General del Poder Judicial ha dispuesto recientemente la asignación de partidas presupuestarias a la traducción al español —para su incorporación el CENDOJ— de las sentencias más relevantes de las dictadas por el TEDH cada año, que son elegidas por el propio Bureau del TEDH.

El número de traducciones al español de la jurisprudencia del TEDH también se ha potenciado mediante un acuerdo propiciado por la Abogacía General del Estado y suscrito en diciembre de 2017 con ocasión del 40 aniversario de la entrada de España al Consejo de Europa entre el TEDH, el Ministerio de Justicia y la UNED. Su finalidad es que alumnos de últimos cursos de grado, master y doctorado de las carreras de filología y derecho puedan —como parte de su formación— realizar traducciones que sirvan a incrementar este acervo de jurisprudencia del TEDH accesible. Tras el periodo de evaluación del funcionamiento este acuerdo, pionero en Europa, podría extenderse a los alumnos de otras universidades interesadas. El agente coordina las resoluciones a traducir, para evitar duplicidades. A tal efecto las peticiones de traducciones que puedan formular jueces y fiscales por necesitarlas para su trabajo es tenida en cuenta, en la medida en que lo que se desea es la accesibilidad a aquellos aspectos de la jurisprudencia del TEDH que puedan ser más relevantes para su trabajo.

Por último, con el fin de que el acceso a este acervo se encuentre a disposición del público en general, se ha suscrito entre el TEDH y el Ministerio de Justicia un convenio para la puesta en marcha de una interfaz en español de la base de datos de jurisprudencia

³ [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{«documentcollectionid2»:\[«GRANDCHAMBER»,«CHAMBER»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{«documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,«CHAMBER»]})

del Tribunal Europeo. El acceso a su contenido, con motores de búsqueda especializados muy potentes, es fácilmente utilizable⁴. A día de hoy están disponibles 14.405 documentos traducidos.

3.3. Funciones contenciosas del agente

Cuando, no obstante, se pone de manifiesto una eventual infracción de los derechos convencionalmente protegidos y el Tribunal Europeo decide comunicar al Estado algún caso en el que aparentemente puede haberse producido la violación del Convenio, el agente despliega entonces las funciones de representación y defensa procesal que le son propias.

Las mismas se desarrollan en el ámbito de la posible adopción de medidas cautelares y en el seno mismo del proceso, a través de sus dos posibles instancias (Sala y Gran Sala).

Por ser más conocidas y recogidas en otras publicaciones las funciones desarrolladas en el seno del procedimiento sobre el fondo, centraremos aquí el examen con más amplitud en las funciones contenciosas en el ámbito de las medidas cautelares —materia más desconocida y sobre la que apenas hemos encontrado un tratamiento doctrinal más elaborado—. Ello sin descuidar algunas precisiones sobre el desarrollo de las funciones contenciosas en las peculiaridades que suponen respecto de las que la Abogacía del Estado desempeña en los procedimientos en lo que interviene el Estado.

3.3.1. *El procedimiento de medidas cautelares ante el TEDH*

El artículo 34⁵ CEDH dispone:

ARTÍCULO 34

Demandas individuales

El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.

Es decir, los Estados firmantes se comprometen con gran amplitud a que la posibilidad de interponer demandas individuales ante el TEDH sea «eficaz».

Asimismo el Convenio recoge en su artículo 25 la autorización al Tribunal para dictar sus propias normas reglamentarias, que den efectividad a los derechos de naturaleza procesal que derivan del propio convenio.

Así el art. 25 c) CEDH señala que el Pleno del TEDH «aprobará el reglamento del Tribunal».

En aras de la eficacia del derecho de demanda individual, el Tribunal ha desarrollado de manera detallada la posibilidad de solicitar al TEDH una medida cautelar, así como los requisitos para que dicha solicitud pueda prosperar.

⁴ [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{{«documentcollectionid2»:\[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»\]}}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{{«documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»]}})

⁵ Originariamente era el artículo 25.1 de la CEDH.

El Reglamento del Tribunal, en su artículo 39, regula las medidas cautelares. Se complementa con un Documento de trabajo interno que recoge la práctica forense que debe guiar su aplicación. Sintetizaremos de manera estructurada esta normativa procesal a continuación.

3.3.1.1. Requisitos de la solicitud de medida cautelar

3.3.1.1.1. Requisitos subjetivos

Puede solicitar la medida cautelar no sólo la parte demandante sino también «*cualquier otro interesado*».

A tal efecto el Juez de Guardia del TEDH podrá ponerles de manifiesto «*cualquier medida cautelar que considere deba ser adoptada en interés de las partes o en interés del procedimiento*» (Regla 39.1).

La resolución sobre admisión de la medida cautelar puede encomendarse a la Sala, al Presidente de una de sus Secciones o a uno de los Vicepresidentes de sección actuando en funciones de juez de guardia (Regla 39.4).

La solicitud de medida cautelar sólo puede formularse respecto de un Estado Miembro, no de un tercero.

3.3.1.1.2. Requisitos objetivos

El TEDH sólo dictará medidas cautelares contra un estado Miembro cuando (...) considere que el demandante se expone a un riesgo real de daños graves e irreversibles en caso de no adoptarse la medida en cuestión (y) únicamente en circunstancias excepcionales (Introducción al Anexo).

En la práctica, las medidas cautelares sólo se aplican en ámbitos muy limitados.

Los casos más habituales son aquellos en los que, de llevarse a la práctica la expulsión o la extradición los demandantes temen por su vida (protegida por el artículo 2 CEDH) o sufrir torturas y tratos o penas inhumanas o degradantes (prohibidos por el artículo 3 CEDH). De forma excepcional, las medidas cautelares pueden aplicarse como respuesta a ciertas demandas sobre el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio) y al derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio).

Como ejemplo, en la jurisprudencia actual del TEDH, el artículo 39 del Reglamento del TEDH no se aplica en los siguientes casos: para impedir el derribo inminente de un bien, una quiebra inminente o la ejecución por la fuerza de la obligación de cumplir el servicio militar; para obtener la liberación de un demandante encarcelado que esté a la espera de la decisión del TEDH en cuanto a la equidad del proceso; para garantizar la celebración de un referéndum⁶; o para impedir la disolución de un partido político⁷.

⁶ Véase la nota de prensa del TEDH del 21 de diciembre de 2007 con respecto al uso indebido de las solicitudes de medidas cautelares, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-2226998-2371975"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

⁷ Por ejemplo, en el asunto *Sezer c. Turquía* (n.º 35119/08), el TEDH desestimó una demanda tendente a la adopción de una medida cautelar con el fin de impedir al Tribunal Constitucional Turco que pronunciara la disolución del AKP (*Adalet ve Kalkınma Partisi* - Partido de la Justicia y del Desarrollo) (véase la nota de

Cabe reseñar la muy reciente adopción por el TEDH de una medida cautelar en relación con la demanda interpuesta contra la negativa de las autoridades italianas a permitir el desembarco de los inmigrantes rescatados a bordo del buque *Seawatch*. Habiéndose solicitado el desembarco para impedir daños de imposible o difícil reparación, el Tribunal acuerda en decisión de 30 de enero de 2019, mientras se sustancian las demandas en cuanto al fondo, obligar a Italia a «adoptar todas las medidas necesarias para proporcionar a todos los demandantes asistencia médica, alimentación, agua, productos de primera necesidad así como de prestar asistencia jurídica a bordo a los menores de edad no acompañados (por ejemplo, mediante su sujeción a tutela), teniendo al tanto al tribunal de manera regular sobre la evolución de la situación de los demandante» (Asunto *Seawatch c. Italia* n.º 5504/19 y 5604/19).

3.3.1.1.3. Requisitos de actividad

Lugar: Las solicitudes deben formalizarse por fax o correo, no por correo electrónico.

Tiempo: Para que puedan ser tramitadas las solicitudes deben ser enviadas una vez la resolución interna es firme y no se han estimado los procedimientos internos aptos para obtener la suspensión. La necesidad de agotar los recursos internos efectivos a disposición del demandante también se aplica así a la solicitud de medida cautelar.

Se puede solicitar antes de que haya resolución interna firme cuando se sepa la fecha en que esta será dictada, condicionada a que la misma llegue a ser contraria al demandante.

En todo caso, debe dejarse al TEDH un día laborable como mínimo para poder tramitarla antes de que deje de poder ser efectiva.

Forma: El escrito solicitando la medida cautelar debe ser motivado, exponiendo con detalle la naturaleza de los riesgos, los motivos en que se funda el temor a sufrirlas y las disposiciones del Convenio presuntamente vulneradas. Si conciernen a una extradición o expulsión, deberá detallar la fecha y hora prevista para el traslado, dirección o lugar de detención del demandante y n.º de expediente oficial.

Si la demanda a la que se refiere ya ha sido admitida por el TEDH, debe hacerse mención al número de demanda.

En la primera página del documento debe figurar la siguiente mención:

«Artículo 39 - Urgente

Persona de contacto (nombre y datos de contacto): ...

[En los casos de expulsión o de extradición]

Fecha y hora de la expulsión y destino: ...»

Debe ir acompañada de todos los documentos que las sustentan, especialmente con copia de todas las decisiones adoptadas por las autoridades internas (sean administrativas o/y jurisdiccionales).

Para asegurarse del cumplimiento de los requisitos formales se puede tener en cuenta el modelo para la interposición de demanda de uso obligatorio que el TEDH pone a disposición de los demandantes⁸.

El escrito debe ir redactado en uno de los idiomas oficiales de las partes contratantes.

Los requisitos de forma gozan de mucha importancia. Una demanda de medida cautelar que los incumpla puede ser rechazada de plano (por ejemplo, una solicitud que no se acompaña de todas las resoluciones internas).

3.3.1.2. *Procedimiento de tramitación de una medida cautelar*

Formulada la demanda cautelar, el TEDH procede al examen de su admisibilidad. Una demanda cautelar incompleta o inexacta puede dar lugar a su inadmisión de plano.

Una vez cumplidos los requisitos de admisibilidad, el TEDH analiza el fondo de la solicitud.

Para ello comunica al Estado demandado la solicitud, proporcionándole un breve plazo para formular alegaciones (normalmente 48 horas). Asimismo es frecuente que le imponga la obligación de aportar toda la documentación interna relevante, conforme a la obligación de cooperar con el tribunal que recoge la regla 44A.

La comunicación de la demanda produce efectos suspensivos provisionales.

Tras el análisis del fondo, el TEDH concede la medida sólo si, «*tras examinar toda la documentación pertinente, considere que el demandante se expone a un riesgo real de daños graves e irreversibles en caso de no adoptarse la medida cautelar*».

La medida cautelar, de ser estimada, puede comunicarse no sólo a las partes sino también ser puesta en conocimiento del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Las partes se obligan a comunicar al TEDH cualquier evolución posterior de los procedimientos internos que pudiera conducir eventualmente al archivo del caso.

La medida cautelar se impone normalmente hasta que gane firmeza la resolución del TEDH que pone fin al asunto, sea de inadmisibilidad o de fondo. Excepcionalmente se impone hasta que dicha resolución de terminación se ha considerado ejecutada por el Comité de Ministros conforme al art. 46 CEDH.

Por el contrario, si la medida cautelar es inadmitida o desestimada, al demandante se le fija un breve plazo para que comunique al TEDH si desea sostener la demanda en cuanto al fondo.

3.3.1.3. *La obligación de ejecutar las medidas cautelares adoptadas por el TEDH*

En la jurisprudencia del TEDH.

Si se estudian los trabajos preparatorios originales de la CEDH⁹ resulta que, inicialmente, el texto del inciso final del art. 34.1 (originariamente, art. 25.1) de la misma se

⁸ <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/otras-informaciones/como-demandar-ante-tedh>

⁹ http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=library/collections&c=#n13699176741940206875943_pointer

interpretaba como una obligación de los Estados de informar de la posibilidad de formular reclamaciones individuales y de no entorpecer los medios a disposición del reclamante para comunicarse activamente con la, entonces, Comisión o, en apelación, con el Tribunal.

Conforme se crea un verdadero Tribunal con jurisdicción exclusiva efectiva, a partir del Protocolo 11, el 1 de noviembre de 1998, el TEDH desarrolla con más detalle sus normas de procedimiento y otorga mayor atención a las necesidades de otorgar protección cautelar.

Es por eso, que la jurisprudencia del TEDH en materia de medidas cautelares no se desarrolla a su más alto nivel (formación de Gran Sala) hasta la sentencia de 4 de febrero de 2005 [GS] de 4 de febrero de 2005 en el caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, n.º 46827/99¹⁰. En este caso Turquía extraditó a los demandantes, potencialmente expuestos a posibles torturas o tratos inhumanos o degradantes por parte de las autoridades Uzbekas, a Uzbekistan en contra de lo dispuesto por el TEDH, que había concedido una medida cautelar. El TEDH declara que Turquía había vulnerado, al incumplir la medida cautelar, las obligaciones de los arts. 1 (proteger los derechos convencionales de todos los que se encontraran bajo su jurisdicción) y 34 de la Convención (no impedir la eficacia de la demanda ante el TEDH). Esta declaración de violación del Convenio dio lugar a un procedimiento de ejecución de sentencia contra Turquía ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa, conforme a lo establecido en el art. 46 de la Convención. Turquía tuvo que dar adecuada publicidad a la sentencia entre todas las autoridades administrativas y judiciales para que las medidas cautelares del TEDH fueran efectivamente respetadas en el futuro¹¹.

A raíz de este caso el TEDH asentó y detalló su jurisprudencia sobre este extremo. En su sentencia de 10 de marzo de 2009 [GS] en el caso *Paladi c. República de Moldavia*, n.º 39806/05,¹² que no corresponde a un Estado contratante sustituir su propio razonamiento por el del TEDH para comprobar si existe o no un riesgo real de que un demandante sufra un daño inmediato e irreparable en el momento de adoptar la medida cautelar o para decidir los plazos para acatarla. Asimismo en su sentencia de 20 de septiembre de 2016 [GS] en la *caso Kondrulin c. Rusia*, n.º 12987/15 el TEDH consideró inaceptable que el Gobierno ruso reemplazase la opinión de un médico experto independiente —solicitado en el marco de la medida cautelar de marzo de 2015— por su propia valoración respecto a la situación del demandante. Ello equivaldría a eludir la medida cautelar. Rusia, de esta manera, había privado a la medida cautelar de su finalidad misma, que era

¹⁰ <http://hudoc.exec.coe.int/eng#{{fulltext:«46827/99»}},EXECDocumentTypeCollection:«CE-C»}},EXECIdentifier:«004-37312»}}>

¹¹ Véanse las sentencias de los casos *Chamaïev y otros c. Géorgia y Rusia*, sentencia de 12 de abril de 2005; *Aoulmi c. Francia*, sentencia de 17 de enero de 2006; *Olaechea Cahuas c. España*, sentencia de 10 de agosto de 2006; *Mostafa y otros c. Turquía*, sentencia de 15 de enero de 2007; *Alexanian c. Rusia*, sentencia de 22 de diciembre de 2008; *Ben Khemais c. Italia*, sentencia de 24 de febrero de 2009; *Groni c. Albania*, sentencia de 7 de julio de 2009; *Trabelsi c. Italia*, sentencia de 13 de abril de 2010; *D.B. c. Turquía* (no 33526/08), sentencia de 13 de julio de 2010; *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, sentencia de 2 de marzo de 2010; *Toumi c. Italia*, sentencia de 5 de abril de 2011; *Makharadze y Sikhharulidze c. Georgia*, sentencia de 22 de noviembre de 2011; *Mannai c. Italia*, sentencia de 27 de marzo de 2012; *Abdulkhakov c. Rusia*, sentencia de 2 de octubre de 2012; *Labsi c. Elovaquia*, sentencia de 15 de mayo de 2012; *Rrapo c. Albania*, sentencia de 25 de septiembre de 2012; *Zokhidov c. Rusia*, sentencia de 5 de febrero de 2013; *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, sentencia de 14 de marzo de 2013; *Savriddin Dzhurayev c. Russie*, sentencia de 25 de abril de 2013; *Trabelsi c. Bélgica*, sentencia de 4 de septiembre de 2014; *Amirov c. Rusia*, sentencia de 27 de noviembre de 2014; *Sergey Antonov c. Ucrania*, sentencia de 22 de octubre de 2015.

¹² <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{{itemid:«003-2664621-2906501»}}>

permitir al TEDH, sobre la base de una opinión médica independiente y relevante, responder de manera efectiva y, en su caso, impedir el posible sufrimiento físico y psíquico continuado del demandante.

Por su relevancia para España, debemos citar especialmente la sentencia de Sala de 10 de agosto de 2006 en el caso *Olaechea Cahuas c. España*¹³, n.º 24668/03. El TEDH adoptó por primera vez una medida cautelar contra España, solicitando que se suspendiera la entrega a Perú de una persona residente en España y pendiente de extradición como sospechoso de formar parte del grupo terrorista «Sendero Luminoso». El Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional rechazó la solicitud del TEDH bajo el argumento de que el demandante no había agotado las vías de recursos de las que disponía en el derecho español. El TEDH además de recordar su jurisprudencia general sobre medidas cautelares estima, por primera vez, que el incumplimiento de la obligación de aplicar la medida cautelar acordada por el TEDH supone una violación del Convenio, aún cuando finalmente se declarara en la sentencia que el Estado no había violado en cuanto al fondo los preceptos de la CEDH que se invocaban en apoyo de la demanda.

El TEDH subraya que:

81. En concreto, el TEDH desea destacar que una medida cautelar es provisional por naturaleza, y su necesidad se evalúa en un momento determinado debido a la existencia de un riesgo que puede obstruir el ejercicio efectivo del derecho a una demanda individual protegido por el art. 34. Si el Estado contratante acata la decisión de aplicar la medida cautelar, se evita el riesgo y se elimina cualquier posible obstrucción del derecho a demandar. Si, por otro lado, el Estado contratante no acata la medida cautelar, se mantiene el riesgo de obstrucción del ejercicio efectivo del derecho a una demanda individual, y ello ocurre tras la decisión del Tribunal y el incumplimiento del Gobierno de aplicar la medida, lo que determina si el riesgo se materializa o no. Incluso en estos casos, no obstante, la medida cautelar debe considerarse vinculante. La decisión del Estado en aplicar la medida no puede ser aplazada a la espera de la eventual confirmación de que existe un riesgo. El incumplimiento de aplicar una medida cautelar indicada por el TEDH por la existencia de un riesgo es, en sí misma, una obstrucción grave, en ese momento concreto, del ejercicio efectivo del derecho a una demanda individual.

82. A la vista de las pruebas en su poder, el TEDH concluye que al no aplicar las medidas cautelares indicadas con arreglo al art. 39 de su Reglamento, España ha incumplido su compromiso en aplicación del art. 34 del Convenio.

3.3.1.3.1. En la normativa española

Ha de decirse que, en lo sucesivo, la trayectoria de España en el respeto de las medidas cautelares adoptadas por el TEDH ha sido impecable. Ello ha sido así, pese a la premura con la que se debe operar en estos supuestos en los que hay un plazo muy breve para evitar una expulsión que está a punto de ejecutarse, por la activa colaboración con el agente de España de las autoridades administrativas y judiciales, cuya correcta actuación se defiende. Tal y como ya manifestó España en el informe de ejecución de la sentencia *Olaechea Cahuas c. España*¹⁴, en los casos inmediatamente posteriores de la misma índole la respuesta de las autoridades españolas fue inmediata (*Yahoub Saoudi c. España* n.º 22871/06 y *Murat Ajmedovich Gasayev c. España* n.º 48514/06).

¹³ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«languageisocode»:\[«ENG»\],«appno»:\[«24668/03»\],«documentcollectionid2»:\[«CHAMBER»\],«itemid»:\[«001-76677»\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«languageisocode»:[«ENG»],«appno»:[«24668/03»],«documentcollectionid2»:[«CHAMBER»],«itemid»:[«001-76677»]})

¹⁴ Véase [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{«EXECIdentifier»:\[«001-96910»\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{«EXECIdentifier»:[«001-96910»]})

3.3.2. *Las funciones contenciosas del agente en los procedimientos sobre el fondo*

Enfocando el presente análisis sólo a los aspectos que considero más específicos del procedimiento ante el TEDH me gustaría exponer a continuación cuatro temas puntuales que singularizan este procedimiento, a saber: la ética profesional que los abogados de ambas partes deben mostrar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el especial procedimiento para el arreglo amistoso o la declaración unilateral como forma de terminación del procedimiento, las numerosas causas de inadmisibilidad y el procedimiento para el reenvío de asuntos ante la Gran Sala.

3.3.2.1. *La ética profesional que los abogados de ambas partes deben mostrar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La colaboración entre los poderes públicos integrantes del Reino de España. Las potestades de acceso a la información del agente*

Lo primero sobre lo que me gustaría reflexionar es sobre la función de los abogados de las partes en su actuación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El mecanismo regional europeo de protección de los derechos humanos descansa, en última instancia, sobre los hombros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cerca de 800 millones de personas puedes interponer demanda en su caso individual ante aquel. Esa posibilidad descansa sobre sus hombros y se plasma en la recepción anual de cerca de 100.000 nuevas demandas al año, cuando el Tribunal es sólo razonablemente capaz de resolver en cuanto al fondo una tercera parte de dicha cantidad.

Ello exige del Tribunal una eficacia extrema en el análisis de las demandas para detectar cuanto antes si incurren en alguna causa de inadmisibilidad como, por ejemplo, la falta de agotamiento de recursos internos efectivos y disponibles. Pero el sistema, que ha probado ser extremadamente útil pasa asegurar el mantenimiento de un sistema mínimo de protección del que todos los beneficiados como ciudadanos, requiere de su utilización responsable por quienes defendemos a las partes en el mismo, sea los demandantes o los Estados demandados.

En este sentido las Reglas de Procedimiento del Tribunal¹⁵, que este puede dictar al amparo del art. 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece en su artículo 47 que los demandantes deben mantener informados adecuadamente al Tribunal de todas las circunstancias relevantes para resolver el caso. Así pues, recae en los abogados la utilización responsable del derecho a recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debiendo en todo caso proporcionar un relato exacto y completo de todas las circunstancias concurrentes en el asunto. En otro caso se malgastarían recursos escasos del tribunal, con el retraso aparejado en la decisión de otros asuntos que pueden entrañar una verdadera violación grave de los derechos humanos.

Por ello el Tribunal ha establecido que son inadmisibles las demandas fundadas en informaciones voluntariamente erróneas o, en parte, inciertas (Decisiones en los casos Bessis c. Francia de 13/9/2011, Keretchichvili c. Georgia de 2 de mayo de 2006 y Simonetti y Simonetti c. Italia de 10 de julio de 2012). El Tribunal, por ello, reacciona inadmitiendo las demandas con reproches a los abogados cuando se incluyen falsedades o se

¹⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

omiten hechos , como por ejemplo sucede en la decisión de inadmisibilidad de 19 de febrero de 2013 en el asunto n.º 65653/10, Godoy c. España §§ 15-16:

15. *El Tribunal recuerda que, de conformidad con el artículo 47, apartado 6, de su Reglamento de Procedimiento, los demandantes están obligados a informar al Tribunal de cualquier acontecimiento importante que se produzca en el asunto y a presentar a su debido tiempo cualquier otra decisión nacional pertinente (Hadrabová y otros contra la República Checa (decisión), nos 42165/02 y 466/03, de 25 de septiembre de 2007, y Predescu contra Rumanía, n.º 21447/03, apartados 25 a 27, 2 de diciembre de 2008). El Tribunal señala que, en el momento del registro de la demanda, se informó debidamente al abogado de los demandantes.*

16. *A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que, al no informar a la Secretaría de esta información y de la decisión adoptada en respuesta a la solicitud de corrección del error, hasta el 27 de diciembre de 2012, fecha en que tuvo conocimiento del error cometido a partir del 26 de marzo de 2012, el abogado de los demandantes no actuó con la diligencia debida en su obligación de informar sin demora al Tribunal de un hecho tan importante. El Tribunal señala asimismo que el abogado de los demandantes no explica el retraso en informar al Tribunal, mientras que dicho retraso sólo podría perjudicar a la solicitud presentada en nombre de los demandantes.*

17. *De ello se deduce que debe desestimarse la solicitud.*

De igual manera sucede, con revisión de toda la jurisprudencia al respecto, en la decisión de inadmisibilidad de 3 de noviembre de 2016, dictada en el caso n.º 24902/11, caballero Ramirez c. España, § 35:

35. *El Tribunal recuerda que, en virtud del artículo 35, apartado 3, letra a), del Convenio, una solicitud puede declararse abusiva, en particular si se basa deliberadamente en hechos no probados (Gross c. Suiza[GC], n.º 67810/10, el artículo 28 del CEDH 2014, Kérétchachvili c. Suiza[GC], n.º 67810/10, el artículo 28 del CEDH 2014, Kérétchachvili c. el Tribunal de Apelación de las Comunidades Europeas). Georgia (diciembre), n.º 5667/02, 2 de mayo de 2006, Mirošubovs y otros contra Letonia, n.º 798/05, § 63, 15 de septiembre de 2009, y Centro Europa 7 S.r.l. y Di Stefano contra Italia[GC], n.º 38433/09, § 97, CEDH 2012). La información incompleta y, por tanto, engañosa también puede analizarse como un abuso del derecho de petición individual, en particular cuando se refiere al núcleo del caso y el solicitante no explica suficientemente por qué no reveló la información pertinente (Hüttner c. Alemania (decisión), n.º 23130/04, 9 de junio de 2006, Predescu c. Rumanía, n.º 21447/03, párrs. 25 y 26, 2 de diciembre de 2008, y Kowal c. Polonia (decisión), N.º 2912/11, 18 de septiembre de 2012). Lo mismo ocurre cuando se producen novedades significativas durante el procedimiento ante el Tribunal y, a pesar de la obligación expresa que le incumbe en virtud del artículo 47, apartado 7 (antiguo artículo 47, apartado 6), del Reglamento, el demandante no informa al Tribunal, impidiéndole así adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa (Centro Europa 7 S.r.l. y Di Stefano, ibidem, y Mirošubovs y otros, ibidem). Sin embargo, incluso en tales casos, la intención del interesado de inducir a error al Tribunal debe establecerse siempre con suficiente certeza (Al-Nashif c. Bulgaria, n.º 50963/99, párr. 9, 20 de junio de 2002, Melnik c. Ucrania, n.º 72286/01, párrs. 58 a 60, 28 de marzo de 2006, Nold c. Alemania, n.º 27250/02, párr. 87, 29 de junio de 2006, y Centro Europa 7 S.r.l. y Di Stefano, ibidem).*

Esta lógica exigencia de probidad de parte de los abogados intervinientes en procesos relativos a la defensa de los derechos humanos ha llevado incluso recientemente a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya retirado la aptitud para presentar demandas ante el mismo a una abogada ucraniana al amparo del artículo 36.4.b) de las Reglas de procedimiento del Tribunal (decisión de 12 de diciembre de 2018, nota de prensa ECHR 433(2018)).

Esto mismo se predica del agente del Estado ante el Tribunal a quien el ordenamiento jurídico interno le confiere potestad para requerir y obtener el acceso a cualquier expediente que se refiera al asunto que se ventila ante el Tribunal. En este sentido se pronuncian el artículo 1.º 5 y 6 de la Ley 52/1997 y artículo 3.1.f).1.ª del Real Decreto 997/03, de 25 de julio (modificado por Real Decreto 247/2010, de 5 de marzo, BOE de 6 de marzo de 2010) pudiéndose acceder a datos personales al amparo del art. 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. De esta manera se encuentra obligado a absolver la obligación que tiene el Estado de cooperar con el Tribunal en el esclarecimiento pleno de los hechos que se sustancian ante él, conforme a los arts. 44 A a 44 D del Reglamento de Procedimiento ante el Tribunal.

Finalmente debe hacerse una breve reflexión en el sentido de que el agente ante el Tribunal representa y defiende no a la Administración General del estado sino al Estado como sujeto de derecho internacional. En consecuencia se le encomienda la defensa de las disposiciones legales, los actos administrativos y las resoluciones jurisdiccionales e incluso simples vías de hecho de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial que intervienen, tanto a nivel estatal como autonómico o local. En este sentido adquiere toda su importancia el principio de lealtad en la cooperación interinstitucional. En la práctica no se han experimentado problemas a este respecto hasta la fecha en la defensa del Estado español ante el Tribunal.

3.3.2.2. *El arreglo amistoso o la declaración unilateral como formas de terminación del procedimiento*

El art. 39 del CEDH prevé que en cualquier punto del procedimiento el Tribunal se pondrá a disposición de las partes para facilitar un arreglo amistoso sobre la base del respeto a los derechos humanos comprendidos en el Convenio y sus protocolos adicionales. Las negociaciones de los arreglos amistosos serán confidenciales. Si se llega a un arreglo, el Tribunal pondrá fin al procedimiento mediante una decisión jurisdiccional que recoja brevemente los hechos y el arreglo alcanzado. Esta decisión se transmitirá al Comité de Ministros para que se encargue de velar por la ejecución de los términos del acuerdo amistoso, tal y como los recoge la decisión jurisdiccional. El precepto se desarrolla por el artículo 62 del Reglamento de Procedimiento, en el que se prevé que, una vez admitido el asunto, el secretario de la Sala se ponga en contacto con las partes con la finalidad de alcanzar tales arreglos. De acuerdo con los arts. 41 y 46 CEDH el reconocimiento de la pretensión del demandante ante el TEDH comportará determinadas medidas tendentes a remediar la violación y, cuando sea necesario porque la legislación interna no permita una reparación del derecho infringido, el abono de una cantidad a título de satisfacción equitativa. Las medidas de reparación pueden ser sugeridas a la Secretaría del TEDH. Sólo si son voluntariamente aceptadas por ambas se dicta decisión del TEDH teniendo por concluido el procedimiento.

Si el demandante no acepta la propuesta de arreglo amistoso efectuada por el Estado, se puede solicitar del Tribunal que, no obstante, ponga fin al procedimiento por entenderlo resuelto (art. 62 A de las Reglas de procedimiento). Es la llamada «declaración unilateral». Tal petición debe acompañarse de una declaración en la que el Estado claramente reconozca que se ha producido una vulneración del Convenio en el caso concreto, junto con el compromiso de proporcionar una compensación adecuada y, si ello fuera necesario, adoptar medidas de reparación. La petición de admisión de decla-

ración unilateral se tramitará en pieza separada. Si el Tribunal considera que la declaración unilateral es suficiente para asegurar el respeto a los derechos humanos protegidos por el Convenio y sus Protocolos y no requiere que se continúe examinando el examen de la demanda principal, decidirá poner término a esta última —total o parcialmente— incluso si el demandante quiere que prosiga el examen del caso.

De acuerdo con el art. 5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (LAJEIP), aplicable en estos casos, para disponer de la acción procesal el abogado del Estado, agente ante el TEDH, necesita autorización expresa de la Abogada General del Estado-Directora del Servicio Jurídico del Estado. Se requiere asimismo la consulta al Ministerio o Ministerios concernidos. Asimismo la práctica seguida en estos procedimientos hasta la fecha ha consistido en que, atendida la especial significación del allanamiento en este tipo de procedimientos y más allá de la preceptiva autorización de la Abogada General del Estado, se recabará autorización del Ministro de Justicia.

3.3.2.3. *Las causas de inadmisibilidad*

Otra característica relevante de este procedimiento es el acotamiento de las causas de inadmisibilidad, que ha generado una profusa jurisprudencia. No pudiendo ser ahora exhaustivo, baste decir que las causas en sí de inadmisibilidad se recogen en el art. 35 del Convenio, aunque deben ser completadas por las de archivo sobrevenido de las demandas del art. 37 y de los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho de demanda individual en el art. 34. El Tribunal ha recopilado y actualiza regularmente su detallada jurisprudencia sobre causas de inadmisibilidad, en una publicación de cuya traducción al español se encarga la Abogacía del Estado¹⁶.

3.3.2.4. *El procedimiento para el reenvío de asuntos ante la Gran Sala*

Por último resaltaremos que el procedimiento ante el TEDH puede comprender hasta dos instancias, una primera ante las Salas y, eventualmente, el denominado «reenvío» ante la Gran Sala.

Según el artículo 31.a) de la Convención:

ARTÍCULO 31. Competencias de la Gran Sala

La Gran Sala deberá

- a) resolver las demandas presentadas en virtud del artículo 33 o del artículo 34 cuando una Sala haya renunciado a su competencia en virtud del artículo 30 o cuando se le haya remitido el asunto en virtud del artículo 43; (...).

El artículo 43 establece:

¹⁶ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427788960?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DGuia_practica_sobre_la_admisibilidad_-_version_1_enero_2014.PDF&blobheadervalue2=Docs_TEDH_Tribunal

ARTÍCULO 43. Remisión a la Gran Sala

1. *En un plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de la Sala, cualquiera de las partes en el asunto podrá, en casos excepcionales, solicitar que el asunto se remita a la Gran Sala.*
2. *Una sala de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave que afecte a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de importancia general.*
3. *Si el tribunal acepta la solicitud, la Gran Sala decidirá el caso mediante una sentencia.*

Estas disposiciones se complementan con las que establecen la composición de la sala de cinco magistrados que decide sobre la solicitud de remisión (regla 24 del Reglamento de la Corte) y el procedimiento de remisión (regla 73 del Reglamento de la Corte).

A todo ello se añade la práctica general seguida por el grupo de expertos de la Gran Sala al decidir sobre la solicitud de remisión, tal como fue recogida por el Tribunal en octubre de 2011¹⁷.

Puede suceder que un asunto pase «*per saltum*» a la Gran sala directamente en los casos previstos en el art. 30 del Convenio, en los que la Sala puede inhibirse en favor de la Gran Sala antes de dictar sentencia. Son los supuestos de cuestiones graves relativas a la interpretación del Convenio o sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal.

3.3.3. Las funciones del agente en la ejecución de las sentencias

La ejecución de las sentencias del TEDH presenta también singularidades remarcables. Normalmente el propio Tribunal no se encarga de hacer efectivas sus sentencias, sino que dicha tarea se confía a los mecanismos del derecho interno del Estado concernido que son simultáneamente objeto de supervisión técnica y política por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa. De acuerdo con el art. 46.2 del CEDH:

La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

Dentro de la Secretaría General del Consejo de Europa, el Departamento de Ejecución de Sentencias asiste al Comité de Ministros en el procedimiento de ejecución.

Tras la Declaración de la Conferencia de Alto Nivel de Interlaken, el Comité de Ministros adoptó un sistema de supervisión de la ejecución que distingue entre las modalidades de supervisión¹⁸ en los casos ordinarios —que siguen un procedimiento fundamentalmente escrito— y las que se aplican a los casos merecedores de supervisión reforzada —que pueden ser objeto de debate oral en las reuniones del Comité de Ministros—. La supervisión se regula por las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias y los compromisos adoptados en los acuerdos amistosos, aprobadas por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006, en la reunión n.º 964 de los Delegados de los Ministros¹⁹.

¹⁷ http://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf

¹⁸ La descripción de este procedimiento se puede encontrar en el documento CM/Inf/DH(2010)37

¹⁹ Documento CM/Del/Dec(2006)964/4.4/appendix4E / 12 May 2006

Básicamente, en el plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia el Estado concernido debe presentar ante el Departamento de Ejecución de Sentencias un plan de las acciones que ya ha desarrollado o que prevé adoptar para ejecutar la misma, con las medidas generales y las medidas particulares que conlleva. Dentro de las medidas particulares se encuentra el pago de la satisfacción equitativa. Se produce un intercambio de opiniones entre el Departamento de Ejecución de Sentencias y el Estado concernido. En lo que se refiere a la ejecución de las medidas particulares, el ejecutante puede hacer uso de la posibilidad de presentar comunicaciones que le confiere la regla 9²⁰.

El procedimiento de ejecución puede concluir de tres maneras. La primera es con una resolución del Comité de Ministros en la que se concluye que el Estado o Estados concernidos han cumplido. Si existe voluntad de cumplir la sentencia por parte del Estado o Estados concernidos pero se producen dificultades irreconciliables por otra vía en la interpretación del contenido del fallo, el asunto puede remitirse al TEDH conforme a lo que establece el art. 46.3 del Convenio. Si, agotadas las posibilidades de acuerdo en el Comité de Ministros parece existir una negativa a ejecutar la sentencia por parte del Estado o Estados concernidos, se puede solicitar del TEDH una declaración de incumplimiento conforme al art. 46.4 CEDH. Si el TEDH concluye que ya se ha cumplido, se termina la ejecución. En otro caso, el Comité de Ministros puede adoptar las medidas previstas en el art. 3 en conexión con el art 6 del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1951. Estas medidas consisten en la suspensión de los derechos del estado Miembro en el Consejo de Europa y, si no se atiende el requerimiento de cumplir, la expulsión de la organización.

4. LAS FUNCIONES DEL ABOGADO DEL ESTADO ANTE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por último abordaremos brevemente las funciones del abogado del Estado en la representación y defensa de España ante los comités convencionales de Naciones Unidas.

España ha suscrito la práctica totalidad de convenios de Naciones Unidas referentes a la protección de los derechos humanos. Asimismo se ha adherido a todos los protocolos voluntarios de comunicaciones individuales. Así, pues, España se somete a revisiones ordinarias de índole periódica por parte de los comités convencionales y, también, a los procedimientos de queja individual. La Abogacía del Estado tiene encomendada la de-

²⁰ «Regla 9.

Comunicaciones al Comité de Ministros

El Comité de Ministros deberá examinar cualquier comunicación que la parte lesionada en sus derechos presente con relación al pago de la satisfacción equitativa o la adopción de otra medida individual.

El Comité de Ministros podrá en su caso tener en cuenta cualquier comunicación presentada por una Organización No Gubernamental, así como por las Instituciones Nacionales establecidas para la promoción y protección de los derechos humanos, relativas a la ejecución de las sentencias conforme al art. 46.2 del Convenio.

El Secretariado pondrá, de manera apropiada, cualquiera de las comunicaciones referidas en el anterior párrafo 1, a disposición del Comité de Ministros. Lo mismo hará respecto de cualquier comunicación recibida conforme al párrafo 2 de esta regla, junto con las alegaciones que puedan haber efectuados la Delegación o Delegaciones (sic. de los Estados parte) concernidas siempre que hayan sido transmitidas al Secretariado dentro de los cinco días laborables posteriores a la notificación de las mencionadas comunicaciones».

fensa técnico-jurídica ante los comités de comunicaciones. Ahora bien, el carácter obligatorio de las decisiones cautelares y finales de dichos comités tiene una naturaleza más política y menos jurídica. Sirven para detectar posibles fallos puntuales de aplicación y eventuales fallos estructurales, que guíen la política legislativa.

En este sentido la Abogacía del Estado emite informes jurídicos sobre los dictámenes de estos comités que pueden servir a los órganos encargados de elaborar la política legislativa o de orientar cambios en la práctica administrativa. Facilita el eco práctico de esta tarea de asesoramiento la reciente creación con este fin en el seno de la Secretaría de Estado de Justicia, en el Ministerio de Justicia, del Área de Derechos Humanos de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional, relaciones con las Confesiones y Derechos Humanos a quien se le encomienda por el art. 7.1.r) del Real Decreto 1044/2018, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, a la que se encomienda: «La propuesta de las medidas normativas o prácticas administrativas que permitan hacer frente a los problemas puestos de manifiesto de manera reiterada en los dictámenes dirigidos a España por los órganos de tratados de Derechos Humanos cuya competencia para conocer comunicaciones individuales haya sido aceptada por España».

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BARKHUYSEN, T., VAN EMMERIK, M. y HEIN VAN KEMPEN, P., «The execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order», *International Studies in Human Rights*, vol. 57, Martinus Nijhoff Publishers and Kluwer Law International, 1999.
- GODED MIRANDA, M., «Aportación a la terminología y sistema de los Derechos Fundamentales», ponencia en las X Jornadas de Estado de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Ministerio de Justicia, Servicio de Publicaciones, 1988, vol. I, pags. 241-270.
- KELLER, H., FOROWICZ, M. y ENGI, L., «Friendly settlements before the European Court of Human Rights», Oxford University Press, 2010.
- REID, K., «A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights», Thomson-Reuters and Swett&Maxwell, Fourth Edition, 2011.
- TROUCHET, D. (directeur) *et al.*, « Les Grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », Clection Themis, Presses Universitaires de France, 2^e édition, septembre 2004.
- VILLÁN DURÁN, C. y FALEH PÉREZ, C., *El sistema universal de protección de los derechos humanos. Su aplicación en España*. Ed. Tecnos, 2017.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

EL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES

César Albiñana Cilveti

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.—2. BREVE RECORDATORIO DE LA EVOLUCIÓN PRECONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS.—3. LAS EXPECTATIVAS CREADAS POR LA CONSTITUCIÓN Y LA REALIDAD DE SU DESARROLLO LEGISLATIVO.—4. LA JURISPRUDENCIA DE CUATRO DÉCADAS. 4.1. Criterios generales. 4.2. Los defectos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo. 4.3. La falta de participación ciudadana. 4.4. El informe de la Secretaría General Técnica y otros informes de otros órganos o Administraciones. 4.5. La carencia de dictamen del Consejo de Estado.—5. LO DESEABLE Y LO POSIBLE TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS PROPICIADAS POR LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Uno de los fenómenos que ha tenido un desarrollo más notable en nuestro derecho Público desde que se aprobó la Constitución de 1978 ha sido —está siendo— el incremento creciente, casi imparable, de la potestad reglamentaria. Muchos comentaristas consideraron, al aprobarse nuestro Texto Fundamental, que la primacía de la ley sobre el reglamento y, en definitiva, del Parlamento sobre el Ejecutivo reduciría drásticamente las facultades normativas de este último. Pero no ha sido así. Nunca se han dictado tantas normas del Ejecutivo con fuerza de ley como ahora (especialmente los decretos leyes) y nunca se han aprobado tantos reglamentos como ahora.

Se dictan reglamentos para cualquier cosa. Hasta los detalles más mínimos para regular conductas, pero también para establecer especificaciones técnicas o científicas, con descripciones minuciosas, anexos de todo orden y hasta frecuentes fórmulas matemáticas. Se dictan reglamentos para impulsar la economía, para regular los mercados financieros, para establecer límites regulatorios, para poner en marcha políticas sociales o para cambiar costumbres y usos sociales. Ciertamente, la transformación de las funciones de los Estados, con el incremento de la intervención y de la regulación, están provocando un gran impacto en los ordenamientos. Como escribió Eduardo García de Enterría, este es un tiempo «de reglamentos desbocados, de utilización fácil por la burocracia».

Utilización tan fácil que los reglamentos de hoy se cambian mañana con la misma facilidad, para volver a ser cambiados otra vez pasado mañana. Las normas no duran, cambian constantemente, son contingentes, se modifican sin límite.

Y cada vez hay más sujetos con competencia para dictarlos. Para empezar, el Gobierno de la Nación y diecisiete Gobiernos autonómicos. Pero también los ministros y los consejeros, los miles de entes locales, o las conocidas como Administraciones independientes u organismos reguladores, que están siendo facultadas por la ley para dictar normas (circulares, resoluciones...) para el mejor desarrollo de sus funciones de vigilancia y regulación, como ha ocurrido, por ejemplo, con el artículo 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, con el artículo 21 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, o con el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Sin olvidar tampoco el papel

que juegan cada vez más las circulares o resoluciones dictadas por las autoridades inferiores de los Ministerios o Consejerías.

Todo lo anterior hace que cada vez sea más determinante la cuestión del control de las normas reglamentarias. Importante sin duda por su repercusión evidente en la calidad del ordenamiento y en la legitimación del Derecho como técnica de convivencia. Pero también por su incidencia cada vez mayor en el tráfico jurídico y en la práctica diaria del derecho por los abogados, que tienen que dedicar cada vez más atención a la regularidad de las numerosas normas que inciden en cada operación jurídica. A mayor protagonismo de la potestad reglamentaria, se requieren mayores garantías frente a su ejercicio.

Y lo cierto es que, tratándose de una cuestión que cada vez cobra más relevancia, cabe decir, sin embargo, que se mantienen todavía bastantes de las incertidumbres que se han venido arrastrando desde que en los años cincuenta nuestro Derecho Administrativo diese, en la regulación de este asunto, como en la de tantos otros, el importante salto histórico generado con las reformas administrativas de aquella extraordinaria década.

Incertidumbres que examinaré brevemente, como exige la naturaleza de esta aportación, y que, en cualquier caso, ya adelanto que conviene afrontar y reducir en lo posible. Para su mejor comprensión, desarrollaré el trabajo cronológicamente, diferenciando las circunstancias preconstitucionales, las previsiones constitucionales y su desarrollo legislativo, la jurisprudencia de estos cuarenta años y las perspectivas que posibilitan las últimas reformas contenidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, la Ley 39/2015) y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, la Ley 40/2015).

2. BREVE RECORDATORIO DE LA EVOLUCIÓN PRECONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE LOS REGLAMENTOS

Como es sobradamente conocido, durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX la potestad reglamentaria ha sido la potestad más libre de las que ha dispuesto la Administración. Considerados como un acto de imperio, acto político, o decisión que no lesiona directamente derechos subjetivos, los reglamentos estaban sencillamente excluidos de control¹.

Frente al reglamento ilegal, Colmeiro ofrecía como remedios, por ejemplo, presentar una petición a las Cortes para que exigiera responsabilidad al ministro, elevar una exposición al Rey o esperar que el juez penal eximiese de castigo por incumplirlo!

Con el tiempo, autores (por ejemplo, Posada Herrera) y sentencias plantearon la inaplicación de los reglamentos que contradijesen la ley, en el contexto de los cambios de 1868 (supresión de la jurisdicción retenida). Así se recogió expresamente en el ar-

¹ Ello, sin olvidar que las primeras referencias legales a las consecuencias de la aprobación de reglamentos ilegales están en los códigos penales. Así, el artículo 298 del Código Penal de 1848, que castigaba al empleado público que los dicte excediéndose en sus atribuciones, a la pena de suspensión. Hoy, el artículo 506 del Código Penal vigente dice que «la autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictara una disposición general o suspendiere su aplicación, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años».

título 92 de la Constitución de 1869: «*los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto están conformes con las leyes*». Y de allí pasó al famoso artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, repetido hoy por el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dio el siguiente paso, al prever por vez primera el recurso indirecto contra reglamentos. Aunque tanto la mera inaplicación, como este recurso indirecto, seguían teniendo una carencia fundamental, como era la inaplicación de un reglamento ilegal solo para el caso concreto enjuiciado, pero sin efectos *erga omnes*.

El recurso directo se introdujo finalmente en el Real decreto-ley de 8 de marzo de 1924 que aprueba el Estatuto municipal, contra ordenanzas de exacciones y contra presupuestos. Se amplió en la Ley Municipal, de 31 de octubre de 1935, con el recurso de extralimitación contra ordenanzas locales ante el Consejo de Ministros con posterior recurso contencioso. Y se consagró definitivamente en el artículo 386.2 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

A nivel estatal, el artículo 101 de la Constitución de 1931, determinó que «*la ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder*». Pero hubo de esperarse hasta la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) para ver consagrada ya la doble vía de impugnación directa o indirecta contra reglamentos, aunque la vía directa estuvo años limitada mediante la exigencia de legitimación corporativa para recurrir.

Aceptado plenamente el control judicial, las leyes establecieron paralelamente otras dos grandes novedades: un régimen jurídico de los reglamentos con los correspondientes límites y las consecuencias de su violación, y un procedimiento común de elaboración. Lo hicieron, concretamente, el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (en adelante, LRJAE) y la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo (en adelante, LPA).

En efecto, un año después de la aprobación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la LRJAE de 1957 desarrolló un sencillo régimen jurídico para las disposiciones generales del Gobierno, fundamentalmente sentando los límites de la jerarquía, la competencia, forma y la reserva de ley (artículos 23 a 28), y estableciendo la nulidad de pleno derecho para el caso de su incumplimiento (artículo 28).

Y en 1958, la aprobación de la LPA llevó también a la doctrina a plantear por analogía nuevas causas de invalidez de los reglamentos al establecer el artículo 47.1 de la misma como causas de nulidad de los *actos* administrativos el dictarse por órgano manifiestamente incompetente, los de contenido imposible o constitutivos de delito o los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Paralelamente, la LPA trajo la novedad de establecer por primera vez un procedimiento reglado y común de elaboración de las disposiciones generales, desarrollado en los artículos 123 a 129, que es el que ha estado en vigor hasta 2015.

Sobre todo ello resultó, destacadamente, un aspecto fundamental de discrepancia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como fue el de si la consideración de

todo vicio de un reglamento —de fondo o de forma— determinaba la nulidad de pleno derecho, o la nulidad solo era aplicable a los concretos vicios señalados en su día en el mencionado artículo 28 LRJAE (jerarquía, competencia, forma y reserva de ley), quedando los restantes vicios y, concretamente, los vicios de procedimiento, sancionados con la anulabilidad, salvo si se producían en los términos que el mencionado artículo 47.1 LPA sancionaba también con la nulidad (aplicando así a los reglamentos la misma gradación de vicios de los actos administrativos).

La línea doctrinal que consideró cualquier vicio como vicio de nulidad, incluidos los vicios procedimentales, tuvo defensores notables como el propio García de Enterría, pero fue desmentida con los matices que fue introduciendo paulatinamente el Tribunal Supremo, con una respuesta casuística según vicios y grados, apegada a la letra de la ley y a los principios de proporcionalidad o de conservación (también con defensores ilustres en la doctrina como Garrido Falla).

El caso es que no se impuso una línea jurisprudencial uniforme. Y esas vacilaciones y contradicciones se han mantenido, como inmediatamente veremos, hasta hoy.

3. LAS EXPECTATIVAS CREADAS POR LA CONSTITUCIÓN Y LA REALIDAD DE SU DESARROLLO LEGISLATIVO

En 1978, la Constitución (en adelante, CE) elevó de rango y solemnizó que los reglamentos, como cualquier otra actuación de la Administración, estén sometidos plenamente a la ley y al Derecho (artículo 103 CE) y también que han de ser controlados por los Tribunales (artículo 106 CE). Como novedad constitucional impuso además *«la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten»* (artículo 105 a CE).

Estas previsiones constitucionales levantaron grandes expectativas entre los comentaristas, dado el aparente reforzamiento del Poder Legislativo frente al Poder Ejecutivo y la sumisión de los reglamentos a los principios de legalidad (artículos 9.3, 97, 103 o 106) y de reserva de ley (artículos 53 y 81). Tanto más cuando no se consagró finalmente la doble reserva entre ley y reglamento que incluyó el primer borrador del texto constitucional.

Pero, aunque es cierto que desde la aprobación de la Constitución se ha mantenido un respeto razonable del principio de legalidad y de la subordinación jerárquica del reglamento a la ley, no lo es menos que desde entonces y hasta hoy han perdurado las discrepancias doctrinales y jurisprudenciales. Tanto sobre el alcance que puede tener la llamada de la ley al reglamento en las materias de reserva de ley, al permitirse en la práctica que el legislador remita al reglamento áreas enteras mediante cláusulas generales, y sobre el alcance posible de los reglamentos independientes, que en la práctica no se ciñen tan solo a materias de organización interna. Como sobre las consecuencias de los vicios de procedimiento.

Sobre esto último, la legislación que ha desarrollado la Constitución en estos cuarenta años no ha introducido, de hecho, grandes cambios respecto de lo determinado por la legislación de los años cincuenta.

Así, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la LRJPAC) repi-

tió el esquema del anterior artículo 47 LPA sobre las causas de nulidad de actos y reglamentos, ampliando las mismas. Con el siguiente contenido:

Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.

1. Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Mayores cambios se produjeron en 1997 sobre el procedimiento a seguir para su aprobación, dado que la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en adelante, la Ley del Gobierno) vino a sustituir lo establecido tanto por la LRJAE de 1957 (parcialmente derogada unos meses antes por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado) y por los artículos 129 a 132 de la LPA. La nueva Ley refundía en tres artículos (23 a 25) todos los aspectos del régimen jurídico de los reglamentos estatales, recogiendo los requisitos de fondo y procedimiento. Entre los primeros, los tradicionales: el respeto a la legalidad y a la reserva de ley, así como la competencia, la forma y denominación de las disposiciones según quién las dicte y la jerarquía entre los reglamentos. También, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos

En cuanto al procedimiento de elaboración de los reglamentos, el artículo 24 estableció las fases y requisitos que, resumidamente, se enuncian a continuación:

- Iniciación por el centro directivo competente mediante la elaboración del proyecto.
- Informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma, y memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. (A lo que se ha añadido luego un informe sobre el impacto por razón de género, un informe sobre la incidencia en la familia, y, desde 2009, la agrupación de todos estos informes de impacto y memorias en una única Memoria de Análisis de Impacto Normativo —MAIN—).
- Recabar los dictámenes que resulten preceptivos en cada caso, y además pueden recabarse «cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto».
- Audiencia cuando «el texto de una disposición afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos». Audiencia que deberá realizarse «durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles». Aunque el mismo precepto permite que el trámite se reduzca «a siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen», e incluso se admite la omisión del trámite cuando lo exijan graves razones de interés público».
- Alternativamente, el proyecto puede ser sometido a un trámite de información pública, durante el plazo anterior, cuando «la naturaleza de la disposición lo aconseje».

- Informe de la Secretaría General Técnica, «en todo caso».
- Informe del Ministerio de Administraciones Públicas, «cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas».
- Formar un expediente completo.
- Por último, dictamen preceptivo del Consejo de Estado, «en los casos legalmente previstos» (la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (LOCE), exige dictamen cuando se trate de «disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales» o de «reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones» (artículo 22, apartados 2 y 3 LOCE).
- Publicación íntegra en el BOE.

Pero el nuevo y más completo procedimiento que acaba de detallarse no determinó tampoco un mayor rigor en la exigencia de los trámites. Primero porque, como estudió detenidamente Santamaría Pastor, la propia ley dejaba numerosos resquicios a su inaplicación por la Administración, y segundo porque nada de ello sirvió para sacar a los Tribunales de sus vacilaciones, manteniendo la falta de uniformidad jurisprudencial.

4. LA JURISPRUDENCIA DE CUATRO DÉCADAS

Algún autor ha apreciado que, aunque no se han producido cambios de fondo en la regulación, la jurisprudencia ha cambiado, considerando en un mayor número de ocasiones que cualquier vicio de un reglamento es determinante de su nulidad de pleno derecho. López Ramón ha cifrado el origen del cambio en la STS de 17 de diciembre de 1999, que incluye la afirmación de que *«el grado de invalidez de las disposiciones generales es único: la nulidad absoluta, radical o de pleno derecho, ya se trate de un vicio de forma o sustantivo. En cambio, los actos administrativos singulares pueden incurrir, según los casos, en nulidad de pleno derecho, infracción manifiesta de ley, infracción no manifiesta de ley, irregularidades no invalidantes y, aparte, errores materiales, aritméticos o de hecho»*, criterio repetido literalmente en la STS de 14 de abril de 2000 y confirmado en STS de 23 de septiembre de 2003, en STS de 18 de enero de 2013 (que alude a la «naturaleza sustancialista que los defectos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales tienen»), en STS de 6 de mayo de 2015 o en STS de 2 de marzo de 2016.

Pero lo cierto es que, en lo que se refiere a los aspectos formales, aunque la jurisprudencia ha confirmado el carácter obligatorio de los trámites de procedimiento contenidos en la ley (el TS ha rechazado expresamente la tesis de la irrelevancia del procedimiento en STS como la de 4 de noviembre de 1986), frecuentemente distingue entre casos de nulidad, de anulabilidad o de irregularidades no invalidantes, en proporción a la naturaleza del vicio procedimental. Y no siempre con idéntica conclusión o similares razonamientos.

El resultado es una gran variedad de criterios, no necesariamente coincidentes para supuestos idénticos, y la consiguiente inseguridad sobre el resultado final de cada litigio. De esta forma, estudiar la jurisprudencia sobre los vicios de los reglamentos y, en particular, sobre sus vicios de procedimiento nos lleva a un casuismo extraordinario del que no resulta fácil extraer criterios generales seguros y uniformes. Dedicaré las líneas si-

guientes a acreditarlo, señalando primero algunos de los criterios generales que se han utilizado para flexibilizar las consecuencias de los incumplimientos y deteniéndome luego en algunas muestras sobre el valor desigual que se concede a cada trámite, considerado aisladamente.

4.1. Criterios generales

En primer lugar, interesa que nos detengamos en una serie cuestiones generales que se deducen de una parte de la jurisprudencia partidaria de distinguir las causas de nulidad o de anulabilidad.

El hecho de que el Tribunal no considere con carácter general que los vicios de procedimiento son causa de nulidad no lleva en todo caso a su anulabilidad. El vicio genera también la nulidad cuando, en aplicación de lo previsto para los actos administrativos, se considere que se ha prescindido totalmente del procedimiento establecido. Y esto lo ha aplicado el TS incluso en caso de omisión de un único trámite. Así, por ejemplo, en la STS de 17 de julio de 2009, en la que se considera que se prescinde absolutamente del procedimiento porque se carece del dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

- a) En determinadas ocasiones, las sentencias se limitan a retrotraer el procedimiento al momento en que se produjo la vulneración del correspondiente trámite.
- b) En numerosos casos el Tribunal ha prescindido de declarar la anulabilidad considerando que, para ser decretada, se requiere la indefensión de los interesados (especialmente en materia de audiencia), de forma que, si esta no se aprecia, el vicio no se considera invalidante. También se ha recurrido a principios como la economía procesal, el principio de conservación o al juicio hipotético de falta de incidencia.
- c) Igualmente se ha considerado como criterio para soslayar la nulidad la discriminación de vicios en relación con el fin perseguido por la norma. Así, en la STS de 17 de diciembre de 2004 no se duda en señalar que lo que se sanciona con la invalidez es la «inobservancia trascendente», es decir, la que afecta a la finalidad perseguida por la norma. De hecho, la jurisprudencia es especialmente permisiva cuando la finalidad de un trámite puede considerarse satisfecha con otro similar. En la reciente STS de 19 de junio de 2017 se añade que la carga de justificar que el defecto resulta trascendente para la finalidad a que tiende su exigencia, corresponde además a la parte que preconiza la nulidad.
- d) Otro límite a la declaración de nulidad ha sido la negativa a aceptar vicios procedimentales en el recurso indirecto contra reglamentos (STS de 10 de noviembre de 2006).
- e) La jurisprudencia ha rechazado la posible convalidación de los reglamentos (STS de 25 de mayo de 2015).
- f) No consta, en fin, que el TS haya declarado alguna vez la nulidad con el argumento de que la falta de uno de los requisitos hace ilegal el reglamento por violación del artículo legal que regula ese trámite.
- g) Por el contrario, ante expedientes exigüos, es decir, carentes de muchos de los requisitos, el TS ha solido decretar la nulidad. Así, la STS de 8 de enero de 2014,

ante la carencia de los informes de necesidad y oportunidad, del informe de impacto de género, del informe del Secretario General Técnico y la insuficiencia de la memoria económica. O la STS de 27 de noviembre de 2006, en la que, al examinar el traslado a Barcelona de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, constató que en el expediente había memorias, pero todas insuficientes para acreditar la necesidad de la decisión (*«la vaga alusión a “la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías” no representa una justificación aceptable»*).

- h) En relación con este último caso, se ha planteado en bastantes ocasiones la cuestión de si el procedimiento es igualmente exigible respecto de los reglamentos de organización, habiendo concluido el Tribunal Supremo que no en numerosos fallos. Por el contrario, en la citada STS de 27 de noviembre de 2006 el Tribunal dice: *«Si toda la regulación del procedimiento de elaboración de los reglamentos tiene una importancia que supera la exigencia de determinados requisitos formales porque está orientada tanto a conseguir el acierto en la resolución como a proporcionar a los administrados los elementos que el Gobierno ha tenido en cuenta para su decisión, dándoles así la oportunidad de combatirlos, estas garantías cobran especial importancia en el ámbito de los reglamentos organizativos en los que el Gobierno ejercita potestades discrecionales, escasamente limitadas por elementos reglados»*.

4.2. Los defectos en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo

La Memoria de Análisis de Impacto Normativo (en adelante, «MAIN») y sus diversos contenidos (necesidad, oportunidad, memoria económica, género, familia...) está cobrando cada vez mayor relevancia, teniendo en cuenta que su finalidad es que los encargados de elaborar/aprobar tengan la información necesaria para estimar el impacto sobre los ciudadanos y los medios necesarios para aplicarla (STS de 22 de febrero de 2016), así como facilitar en su caso el control judicial (STS de 12 de diciembre de 2016).

Así, la STS de 6 de octubre de 2015 anula un plan urbanístico por la falta de memoria de impacto de género. Hay sentencias numerosas que anulan reglamentos por falta de memoria económica. E incluso se han decretado nulidades por falta de la valoración del impacto de la norma sobre la familia, exigida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (disposición final 5.^a que modifica la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas), dado que en sentencias como la de 22 de marzo de 2018 o 13 de junio de 2018 se ha empezado a exigir su cumplimiento.

Pero también el Tribunal Supremo ha considerado aceptables memorias económicas en las que se afirma sin más que la norma no genera gasto, si la parte recurrente no acredita que esa apreciación era incorrecta. Y en cuanto a los informes y estudios sobre necesidad y oportunidad, aunque en ocasiones su ausencia ha sido sancionada con la nulidad (STS de 21 de enero de 1998), en general solo se decretado la misma si se ha considerado trascendente para el fin de la disposición (STS de 10 de marzo de 1993 o de 6 de octubre de 1998). Por lo demás, la falta de constancia en el expediente de estos informes preliminares no ha generado la nulidad por no considerarse que con ello se prescinde absolutamente del procedimiento (STS de 30 de enero de 1987).

4.3. La falta de participación ciudadana

Tras lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución, el trámite de audiencia que lo desarrolla ha cobrado particular trascendencia. Como dice la STS de 13 de noviembre de 2000, *«conviene insistir en la trascendencia que el efectivo cumplimiento del mismo tiene para garantizar el acierto y la legalidad de la propia disposición una vez que por su medio se haya acreditado también la necesidad y oportunidad de la futura norma... el exacto cumplimiento del procedimiento de elaboración posee como es sabido un carácter formal o ad solemnitatem, de modo que las consecuencias que pueden derivar de su omisión o, de su defectuoso cumplimiento, desembocarían o darían lugar a la nulidad de la disposición indebidamente elaborada»*.

Sin embargo, en otras sentencias aparecen matizaciones que rebajan esa doctrina. Para empezar, sentencias como las de 22 de enero de 1998, 15 de junio de 2005 o de 22 de febrero de 2011, han determinado que no es preceptiva la audiencia a determinados sujetos, como las asociaciones de carácter voluntario. A veces se ha eximido el trámite si ya existen informes o consultas previos. Se ha eximido también el trámite respecto de los reglamentos organizativos (STS de 19 de febrero de 1998). E incluso, en alguna sentencia, se ha obviado para los reglamentos independientes (STS de 28 de enero de 1997).

Ha jugado también aquí, con cierta frecuencia el argumento de la economía procesal, el de la falta de indefensión o el «juicio hipotético de falta de incidencia» (STS de 8 de octubre de 1996). Se ha permitido su convalidación al ser oído el interesado en vía de recurso. Y muy frecuentemente se hacen jugar respecto de este requisito de la audiencia diversos conceptos jurídicos indeterminados, como la exigencia de afectar seriamente a los intereses de los administrados, concurrir graves razones de interés público debidamente motivadas, no tener impacto significativo en la actividad económica o no imponer obligaciones relevantes a los destinatarios.

Algún fallo, tras señalar que se ha infringido el procedimiento en cuanto el plazo concedido fue de apenas unas horas, no le concede relevancia porque, aunque en plazo breve, se le dio a la demandante posibilidad de intervenir y otros lo hicieron en ese mismo plazo (STS de 29 de octubre de 2015).

Otros fallos han flexibilizado, en fin, al determinar que el trámite de audiencia no ha de repetirse por el hecho de que después de haberse llevado a cabo se produzcan modificaciones (STS de 15 de noviembre de 2004).

4.4. El informe de la Secretaría General Técnica y otros informes de otros órganos o Administraciones

En general, la jurisprudencia ha sido exigente con la emisión del informe de la Secretaría General Técnica (en adelante, SGT). Pero con excepciones no infrecuentes (STS de 17 de febrero de 1999 o de 26 de octubre de 1999) o introduciendo criterios que matizan esa consideración general, como su innecesaridad en reglamentos organizativos, o si hay informe de otros organismos más cualificados técnicamente (STS de 14 de noviembre de 1998). Algunas sentencias no han hecho cuestión del momento y lo han considerado convalidable cuando el fin del mismo se estima satisfecho por otros mecanismos informativos y de control (STS de 27 de enero de 1994 o de 26 de octubre de 1999), y otras han decretado la intrascendencia de la introducción de modificaciones significativas tras su emisión (STS de 12 de febrero de 2002).

El apartado de otros estudios ha sido excusado por el Tribunal Supremo si el proyecto lo elaboró la SGT o ya se aclaran conceptos en la exposición de motivos. Con estos criterios, solicitar estos informes resulta ser extremadamente discrecional. En la STS de 30 de abril de 2013, el TS se enfrentó a la omisión de informes preceptivos como el de la Comisión Nacional de la Competencia y el del Consejo Económico y Social (en adelante, CES), rebajando que la incidencia del reglamento sobre la competencia no fue de tal relevancia como para que la ausencia de dictamen de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia generase nulidad y que es el Gobierno el que debe valorar libremente si le interesa solicitar el dictamen del CES, aunque la materia parezca aconsejarlo.

Y en lo que se refiere a lo que la ley define como la solicitud de estudios y consultas que se consideren «convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto», en unos casos se ha dejado plena libertad a la Administración, pero en otros se somete ese juicio a la interdicción de la arbitrariedad y al designio de servir con objetividad a los intereses generales como principio rector, como en la STS de 9 de febrero de 2010.

4.5. La carencia de dictamen del Consejo de Estado

El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones la nulidad de reglamentos ejecutivos de las leyes por la omisión del dictamen del Consejo de Estado (STS de 23 de marzo de 2004, 5 de octubre de 2006, 2 de junio de 2010 o 16 de julio de 2013, entre otras), aunque no han faltado casos en los que el Tribunal se ha limitado a declarar la anulabilidad y ordenar la retroacción de actuaciones (STS de 17 de marzo de 1987 o de 14 de septiembre de 1994).

También ha sido frecuente la introducción de precisiones que limitan el criterio general. Así, por ejemplo, se han excluido de este dictamen en ocasiones no solo los llamados reglamentos independientes, sino también los reglamentos de organización y los que ejecutan o desarrollan reglamentos de rango superior. No hace falta añadir que la calificación de un reglamento como ejecutivo o como independiente es cualquier cosa menos pacífica, así que suele ser una cuestión frecuentemente debatida por el juzgador para valorar si en cada caso era o no exigible el dictamen del alto órgano consultivo.

Más generosidad sobre el criterio de lo ejecutivo se ha producido cuando se ha tratado de remisiones en blanco de la ley (STS de 25 de abril de 1991 o STS de 30 de julio de 1996). También respecto de figuras de planificación, como los planes de ordenación de recursos naturales, especialmente tras considerarlos normativos el Tribunal Constitucional en STC 102/1995, de 26 de junio de 1995. Y en todo caso cuando afecte a la posición jurídica de los particulares (STS de 25 de mayo de 1999).

El dictamen no se ha considerado necesario si lo que se ejecuta es otro reglamento ejecutivo anterior (STS de 25 de octubre de 1991), pero sí si ejecuta normativa europea (STS de 14 de septiembre de 1994). Tampoco si se trata de un reglamento singular que fija tarifas (STS de 17 de abril de 1998), aunque sí cuando se trata de un modelo tipo de pliego de condiciones de concursos.

Y en cuanto a la controvertida cuestión de si es necesario un segundo dictamen del Consejo de Estado como consecuencia de la emisión de otros informes posteriores o de la introducción de modificaciones tras al pronunciamiento del Consejo, se han producido fallos diversos. En sentido negativo cabe señalar sentencias como la STS de 30 de abril de 2013 o la de 19 de junio de 2017. En sentido positivo cabe citar las STS de 17 de

enero de 2000, 19 de junio de 2000 o 12 de febrero de 2012, entre otras, siempre exigiendo en todo caso que las modificaciones sean sustanciales. Pero siendo así que también ha generado debate el modo de definir exactamente que la modificación pueda considerarse «sustancial».

5. LO DESEABLE Y LO POSIBLE TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS PROPICIADAS POR LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

No faltan argumentos a quienes han defendido que, frente al panorama tan disperso que acaba de retratarse, y para mayor seguridad, debe asegurarse la nulidad del reglamento ante cualquier vicio. No se trata solo de que los reglamentos respeten la ley y la jerarquía normativa, sino también de que se respeten los límites de competencia, forma y procedimiento, y también los principios generales del derecho, como la propia irretroactividad que la ley menciona, la seguridad jurídica, la buena fe (STS de 16 de junio de 2002), la desviación de poder, la interdicción de la arbitrariedad (indispensable en los planes urbanísticos, STS de 2 de octubre de 1990), la proporcionalidad o el principio de conservación de la corrección del ordenamiento.

Es cierto que, al mantenerse, según jurisprudencia secular, los actos firmes de aplicación de reglamentos nulos, la distinción entre lo nulo y lo anulable se difumina significativamente. Pero restan cuestiones como la prescripción de plazos para interposición de los recursos, que no son cosa menor y que no deben quedar en el aire, en perjuicio de los administrados. Y en todo caso, lo hace aconsejable proteger la corrección del ordenamiento y su permanencia y también que no se perpetúe y multiplique la lesividad de sus efectos en numerosas relaciones jurídicas sometidas a su ámbito normativo.

Pero tampoco están carentes de razones quienes han sostenido que no todos los defectos tienen la misma gravedad, que hay que ponderar los bienes en conflicto y propiciar la proporcionalidad, y la conservación del ordenamiento es también un factor de seguridad jurídica, todo lo cual lo que legitimaría la jurisprudencia caso a caso que se ha examinado.

En cualquier caso, teniendo en cuenta el punto al que ha llegado el casuismo y las flagrantes contradicciones producidas, no resulta difícil concluir que, en todo caso, el legislador debería hacer un esfuerzo para acotar los vicios y sus consecuencias con una mayor seguridad. También para no renunciar a requisitos valiosos por su tenaz incumplimiento con la condescendencia de los jueces (pienso, por ejemplo, en la renuncia a que los reglamentos se acompañen de una tabla de derogaciones, requisito que hace tiempo desapareció de la ley, aceptándose su incumplimiento sistemático).

Al legislador no le costaría tanto ser más concreto y más preciso, o articular soluciones que atemperen los efectos de la declaración de nulidad, al igual que se ha hecho en otros ordenamientos, singularmente el alemán en materia de urbanismo, o como permiten entre nosotros los artículos 40 y 66 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional o el artículo 231 del Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992. Lo cual es tanto más necesario si se piensa que, al haber confirmado el Tribunal Constitucional que el procedimiento de elaboración de disposiciones generales no se integra en el procedimiento administrativo común al que se refiere el artículo 149.1.18 al que se refiere la Constitución (STC 15/1989, de 26 de enero, pero también la más reciente STC 55/2018, de 24 de mayo de 2018), de forma que cada comunidad

autónoma puede establecer su propio procedimiento, la casuística puede llegar a ser muy desconcertante².

El legislador ha perdido una buena ocasión para hacerlo con las Leyes 39/2015 y 40/2015. De hecho, el artículo 47 de la Ley 39/2015 se ha limitado a repetir palabra por palabra el antes reproducido artículo 62 de la LRJPAC, sobre las causas de nulidad.

Pero también es verdad que con la Ley 40/2015, que ha modificado la Ley del Gobierno, estableciendo un nuevo procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales, se han evidenciado una serie de criterios que marcan una tendencia legislativa inequívoca en la preocupación por el procedimiento y, más en general, por la calidad de las normas. Preocupación que debe desembocar, antes o después, en un tratamiento más exigente sobre los vicios que invalidan las normas y sus consecuencias, teniendo en cuenta la declaración de intenciones que se contiene en su exposición de motivos:

se reforma el procedimiento a través del cual se ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, en línea con los principios establecidos con carácter general para todas las Administraciones en la Ley de Procedimiento Administrativo y que entrañan la elaboración de un Plan Anual Normativo; la realización de una consulta pública con anterioridad a la redacción de las propuestas; el reforzamiento del contenido de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo; la atribución de funciones al Ministerio de la Presidencia para asegurar la calidad normativa; y la evaluación ex post de las normas aprobadas.

Estas importantes novedades, tributarias de las iniciativas llevadas a cabo sobre Better Regulation en la Unión Europea, siguen asimismo las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement». Es la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 25 de junio de 2008 (A «Small Business Act» for Europe) la que entre sus recomendaciones incluye la de fijar fechas concretas de entrada en

² Deben tenerse en cuenta las leyes autonómicas siguientes: la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 2/2005, de 20 de mayo, de modificación de la disposición transitoria segunda de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo y la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre régimen jurídico de la Administración del Principado de Asturias; la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears; la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares, la Ley de Cantabria 1/2010, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Cantabria 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la Ley de Cantabria 11/2006, de 17 de julio, de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico; la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; la Ley 10/2011, de 29 de diciembre, de simplificación y mejora de la regulación normativa; la Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno; la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña; la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico; la Ley 4/2016, de 4 de abril, de ordenación de la asistencia jurídica de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de su sector público; la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros; la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid; la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia; la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente; la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre «Ley de Gobierno»; la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General; la Ley 8/2016, de 2 de junio, de modificación de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno; la Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Consell.

vigor de cualquier norma que afecte a las pequeñas y medianas empresas, propuesta que se incorpora a la normativa estatal y que contribuirá a incrementar la seguridad jurídica en nuestra actividad económica.

Si la intención es, de verdad, dignificar el procedimiento de elaboración de las normas, no queda otro remedio que revisar el actual sistema de control de los vicios de los reglamentos. Lo facilita además el mayor detalle dedicado al procedimiento en las reformas introducidas en la Ley del Gobierno, que, por una parte, ha introducido nuevos parámetros para medir la corrección del procedimiento, como por ejemplo el plan anual normativo previo (nuevo artículo 25); y por otra, ha incorporado mayores precisiones en el nuevo artículo 26 de la Ley del Gobierno, especialmente en lo que se refiere al contenido de la MAIN y a la participación de doble instancia de los ciudadanos en el procedimiento mediante una consulta previa y una audiencia posterior. En esa línea ha avanzado también el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la MAIN.

Pero además y muy especialmente, lo exigen los nuevos principios de buena regulación contenidos en el nuevo artículo 129 de la Ley 39/2015, procedentes de la previa Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y, en definitiva, del ordenamiento de la Unión Europea³.

Principios que además son aplicables también a los reglamentos de las Comunidades Autónomas y que imponen que el proceso normativo cumpla:

- a) Necesidad y eficacia de la norma: la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.
- b) Proporcionalidad: debe contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.
- c) Seguridad jurídica: debe generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas. De manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea.
- d) Transparencia: las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.
- e) Eficiencia: la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y

³ El Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, propuso que se añadiese como nueva causa de nulidad de los reglamentos la vulneración del derecho europeo. Que no lo haya recogido finalmente la Ley 39/2015 no evita en absoluto que así se considere.

supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Y no se trata solo de propiciar la corrección del ordenamiento. Como señalé al principio, afecta a nuestro día a día como juristas. Acontecimientos recientes de gran impacto han puesto de manifiesto la importancia de que los abogados revisen y se muestren exigentes con la corrección de las normas aplicables a los asuntos en los que trabajan y, concretamente, de los innumerables reglamentos que se dictan cada día por toda clase de autoridades. Como muestra que resume todas las preocupaciones que he expresado hasta aquí, basta con que cite, para terminar, la repercusión extraordinaria de la reciente STS de 18 de octubre de 2018, tan conflictiva, al anular el artículo 68 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que precisaba que en las escrituras de hipotecas el tributo debía abonarlo quien solicita el préstamo.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BAÑO LEÓN, J. M., *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M.: *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, Atelier, Barcelona, 2002.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2014.
- GALLARDO ROMERA, E., «Novedades en materia de iniciativa legislativa y potestad reglamentaria introducidas por las leyes 39/2015 y 40/2015», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 26, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Pamplona, 2011.
- GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «La calificación de los vicios de los reglamentos», en RAP 205, enero 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. II, Iustel, 2006.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas», en *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 2, julio 2004.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas», en REDA 175, 2016.
- VV. AA., *Memento Práctico de Técnica Normativa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS NUEVOS PROCEDIMIENTOS

María Pons Pelufo, María Dorronsoro Alberdi

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NORMATIVA VIGENTE. 2.1. Principales novedades de la LCSP. 2.1.1. Tipos de contratos. 2.1.2. Tipos de procedimientos. 2.1.3. Prohibiciones de contratar. 2.1.4. División en lotes. 2.1.5. Recurso especial. 2.1.6. Declaración responsable y Documento Europeo Único de Contratación, DEUC. 2.1.7. Supresión de instrucciones de contratación. 2.1.8. Medio propio. 2.1.9. Criterios sociales y subrogación. 2.2. Especial referencia a nuevos procedimientos. 2.2.1. Procedimiento abierto: procedimiento abierto simplificado. 2.2.2. Procedimiento de licitación con negociación y procedimiento negociado sin publicidad. 2.2.3. Asociación para la innovación.—3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la contratación pública en España se inicia con la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, en la que se recogen por primera vez en un solo cuerpo legal las disposiciones sobre la materia, sin perjuicio de algunas previsiones contenidas en la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911.

Si bien las sucesivas regulaciones sobre esta disciplina estuvieron vigentes durante largos periodos de tiempo, lo cierto es que, en época reciente, se han producido reformas constantes, como consecuencia, especialmente, de la incorporación de nuestro país a la Unión Europea.

Por su cercanía temporal, podemos citar las normas más importantes de los últimos años, contenidas en:

- El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, Ley 30/2007), que deroga la anterior.
- El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, RDL 3/2011 o TRLCSP), que refunde toda la regulación anterior.

Desde el 9 de marzo de 2018 está vigente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Esta norma supuso la derogación del RDL 3/2011 y la transposición al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dictadas dentro del panorama legislativo europeo marcado por la denominada «Estrategia Europa 2020». Como se señala en el preámbulo de la LCSP, la contratación pública tiene un papel clave en el ámbito de la Unión, dado que constituye uno de los «instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimen-

to inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos».

Como vamos a examinar, la LCSP introduce importantes novedades, que tienen por objeto lograr una mayor transparencia y flexibilidad en este ámbito, así como conseguir una mejor calidad-precio a la hora de elegir las ofertas, que permitan a los Estados obtener la máxima eficacia y seguridad en la consecución de los intereses públicos.

2. NORMATIVA VIGENTE

2.1. Principales novedades de la LCSP

Son numerosas las innovaciones que contiene la LCSP en relación con la regulación anterior. Pasamos a analizar las más relevantes a continuación:

2.1.1. Tipos de contratos

Las novedades de la LCSP en materia de modalidades de contratos son, esencialmente, tres:

— Desaparece el contrato de colaboración público privada. Esta modalidad se introdujo por medio de la Ley 30/2007, cuyo art. 11 la configuraba como modalidad a la que se podía acudir para la realización de una serie de prestaciones complejas que el propio precepto enumeraba, y cuya financiación podía ser asumida por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración estaba vinculado a la consecución de determinados objetivos de rendimiento. Conforme al art. 13 de la Ley 30/2007 y del RDL 3/2011, se trataba de contratos sujetos en todo caso a regulación armonizada.

Este tipo de contratos se vio afectado por la reforma introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que trató de impulsar su eficiencia.

Sin embargo, la nueva regulación de la LCSP suprime este tipo de contratos en la medida en que, según se dice en el preámbulo de dicha norma, la experiencia ha demostrado que han tenido escasa utilidad en la práctica, siendo posible que su objeto se realizara a través de otras modalidades, como el contrato de concesión.

— Se elimina también el denominado contrato de gestión de servicios públicos, el cual es sustituido por una nueva tipología: la concesión de servicios. El contrato de gestión de servicios públicos se regulaba en el art. 8 de la Ley 30/2007 y del RDL 3/2011, también afectados por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, como figura a través de la cual una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podía encomendar a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación es competencia propia de la Entidad encomendante.

La nueva regulación afecta al modo de gestionar de forma indirecta los servicios públicos. El nuevo contrato de concesión de servicios, que se regula en el art. 15 de la LCSP y sustituye al de gestión de servicios públicos, se caracteriza por tener un objeto semejante, dado que consiste en que uno o varios poderes adjudicadores encomienden, a título oneroso, a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio que sea de su titularidad o competencia, y que puede ser remunerado bien mediante la

concesión del derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho más un precio.

Como se dispone en el art. 15.2 de la LCSP, lo característico del contrato de concesión de servicios es que el concesionario, al recibir el derecho a explotar el servicio, asume el riesgo operacional, de conformidad con lo previsto en el art. 14.4 de la LCSP para el contrato de concesión de obras. Esta transmisión del riesgo es lo que distingue a esta modalidad contractual del contrato de servicios, previsto en el art. 17 de la LCSP, en el que el riesgo operacional lo asume el poder adjudicador sin posibilidad de transmitirlo al concesionario.

— Los contratos mixtos se mantienen en el art. 18 de la LCSP, si bien su régimen varía, en la medida en que se completa y se establece que, respecto de la preparación y adjudicación, habrá que estar como regla general a las normas del contrato cuya prestación sea la principal o cuyo valor estimado sea más elevado, y, en cuanto a sus efectos y extinción, a lo que se establezca en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas. En este sentido, el concepto de prestación principal que recoge la ley es un concepto jurídico indeterminado, que no puede equipararse, sin más, al valor de la prestación, sino que exige considerar otros aspectos económicos y cualitativos del contrato, lo que obliga a tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado¹.

2.1.2. Tipos de procedimientos

Si bien se mantienen los procedimientos que ya existían en la anterior regulación, como el abierto, el negociado, el restringido y el diálogo competitivo, se introducen tanto una nueva modalidad simplificada dentro del procedimiento abierto (art. 159 LCSP) como un nuevo procedimiento en sentido estricto, denominado asociación para la innovación, que se regula en el art. 177 y ss. de la LCSP.

Además, dentro del **procedimiento negociado**, desaparece la distinción entre negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía y en relación con obras y servicios complementarios.

Por último, se modifican a la baja los umbrales de los contratos menores, que son aquéllos que permiten la adjudicación directa, art. 118 de la LCSP.

Las principales novedades en esta materia serán analizadas en profundidad en el apartado 2.2. del presente artículo.

2.1.3. Prohibiciones de contratar

Se han incrementado las prohibiciones de contratar, puesto que en la actualidad se exige que en las empresas de 50 o más trabajadores, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad, de acuerdo con el art. 71.1.d) de la LCSP. El mismo precepto impone, para contratar con las entidades del art. 3 de la LCSP, que las empresas que cuenten con más de 250 trabajadores, acrediten de la existencia de un plan de igualdad, conforme al art. 45 de la LO 3/2007 de 22 de marzo.

¹ Informe 28/2018, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

2.1.4. División en lotes

Conforme al art. 99 de la LCSP, se debe prever la realización independiente de cada una de las partes del contrato, mediante su división en lotes, siempre que la naturaleza y objeto del mismo lo permitan. Ello supone una inversión de la regla general que se recogía en los arts. 74 y 86 de la Ley 30/2007 y del RDL 3/2011, respectivamente, con la finalidad de hacer más accesible la contratación pública a un mayor número de empresas.

2.1.5. Recurso especial

En esta materia, se mantiene el régimen de invalidez pero se han suprimido los supuestos especiales de nulidad contractual que se regulaba en los arts. 37 y ss. de la Ley 30/2007 y RDL 3/2011. Sin embargo, sus causas sí que pueden hacerse valer a través del recurso especial, regulado en los arts. 44 y ss. de la LCSP.

El ámbito de aplicación del recurso se amplía, puesto que ya no es preciso que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada (como sucedía con la regulación de este recurso en la Ley 30/2007 y el RDL 3/2011), sino que basta con que se trate de contratos que superen determinados umbrales. También se amplían los actos susceptibles de impugnación, puesto que según el art. 44.2 de la LCSP, puede interponerse frente a: a) anuncios de licitación, pliegos, documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; b) actos de trámite que cumplan los requisitos de esta Ley; c) acuerdos de adjudicación adoptados por poderes adjudicadores, d) así como modificaciones contractuales; e) encargos a medios propios siempre que no cumplan las condiciones previstas en esta Ley; y f) acuerdos de rescate de concesiones.

Desde el punto de vista procedimental, con el fin de dotar de mayor agilidad al recurso, se ha suprimido la necesidad de su anuncio, pues debe interponerse directamente mediante escrito en el plazo de 15 días hábiles, a contar según las reglas previstas en el art. 50 de la LCSP.

Por último, en cuanto al control por los Tribunales, la jurisdicción civil ya no es competente para conocer de la impugnación de la preparación y adjudicación de ninguno de los contratos previstos en la ley, cualquiera que sea su importe y la naturaleza jurídica de los mismos, y ello de conformidad con el art. 27.1 de la LCSP.

2.1.6. Declaración responsable y Documento Europeo Único de Contratación, DEUC

La técnica de la declaración responsable, como figura a través de la cual se vehiculiza la intervención administrativa en la actividad económica, se hace más intensa en la nueva norma, al extenderse los casos en los que se emplea.

Así, la declaración responsable sigue siendo un medio para acreditar que los licitadores no están incurso en prohibición de contratar, cuando no pueda acreditarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa del art. 85 de la LCSP. También se prevé como medio para probar que se reúne el requisito de que se cumple con la cuota del 2% de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en el art.

140 de la LCSP, de que se cuenta con un plan de igualdad del art. 71.1.d) de la LCSP, como medio para acreditar la clasificación según el art. 82.2 de la LCSP o como vía para acreditar que quien firma la oferta ostenta la representación de la sociedad que la presenta, ex. art. 159 de la LCSP.

El contenido de la declaración responsable es variable en función del procedimiento de adjudicación de que se trate, conforme al tenor del art. 140 de la LCSP.

El máximo exponente de la mayor importancia que tienen las declaraciones responsables en la LCSP es el denominado Documento Europeo Único de Contratación establecido en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016. Se trata de un documento-formulario normalizado común a nivel europeo, disponible en las lenguas oficiales de la Unión, que consta de seis partes, que tiene como finalidad el fomento de la participación transfronteriza en las licitaciones públicas y la reducción de cargas, pues agiliza la tramitación de aquéllas.

2.1.7. *Supresión de instrucciones de contratación*

El art. 191 del RDL 3/2011 así como el art. 175 de la Ley 30/2007 establecían que los poderes adjudicadores que no tenían el carácter de Administraciones Públicas debían aprobar unas instrucciones de contratación en las que se regulasen los procedimientos de contratación, las cuales debían ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación de contratos regulados por ellas, y publicarse en el perfil de contratante de la entidad. En el ámbito del sector público estatal, la aprobación de las instrucciones requería el informe previo de la Abogacía del Estado.

Pues bien, a raíz de la LCSP, esas instrucciones se eliminan, arts. 317 y 318 de la LCSP, y los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones públicas debe someterse, en la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada que concierten, a las normas establecidas en las Secciones 1.^a y 2.^a del capítulo I del título I del libro II de esta Ley.

Las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores sí que deben aprobar dichas instrucciones, según el art. 321 de la LCSP, como sucedía también en la regulación anterior, arts. 192 del RDL 3/2011 y art. 176 de la Ley 30/2007.

2.1.8. *Medio propio*

Los arts. 32 y 22 de la LCSP establecen una nueva regulación de los llamados medios propios, a través de los cuales las entidades del sector público ejecutan directamente prestaciones. Se diferencia entre los «encargos a medios propios personificados» que pueden hacer los poderes adjudicadores de aquéllos que pueden realizar entidades que no tengan esta consideración.

Se refuerzan los requisitos que se exigen a estas entidades calificadas como medios propios personificados con el fin de asegurar el principio de libre competencia. Dichos requisitos son los previstos en el art. 32.2 de la LCSP, a saber: a) que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva

sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas; b) que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo; c) que el medio propio no tenga participación de una empresa privada; y d) que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación².

2.1.9. Criterios sociales y subrogación

Como se señala en el preámbulo de la LCSP, con la nueva regulación se establece la obligatoriedad para los órganos de contratación de establecer criterios de adjudicación que tengan en cuenta aspectos medioambientales y sociales. Así se recoge también en los arts. 1.3, 35 y 99 de la LCSP.

Ello ha implicado que, en los contratos donde los costes de personal tienen mayor importancia, como son los de servicios, sea necesario tener más presente la normativa laboral, a diferencia de lo que ocurría con la anterior legislación. Así lo refleja la propia doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que ha variado, adaptándose a las nuevas previsiones legales, como resulta de la Resolución 632/2018 de 29 de junio, Recurso 516/2018. Como se recoge en dicha resolución, *«los costes salariales derivados de los convenios colectivos ya no se limitan a ser una de las posibles fuentes del conocimiento para determinar el precio de mercado del contrato, sino que, además, tienen fuerza vinculante, y su respeto debe quedar totalmente garantizado, tanto en la preparación del contrato, al elaborar los Pliegos, como con posterioridad, una vez adjudicado, en fase de ejecución»*.

También en materia social resulta relevante el art. 130 de la LCSP, en virtud del cual se incorpora la jurisprudencia sobre subrogación de trabajadores y se establece que no se puede imponer en los pliegos la obligación de subrogación a las nuevas adjudicatarias, incluso aunque el convenio colectivo lo prevea o se trate de un supuesto del Art. 44 del ET. Esta previsión supone una ruptura con lo recogido en el art. 120 del RDL 3/2011, en virtud del cual se podía imponer la subrogación exclusivamente cuando lo fijaba así el convenio colectivo de aplicación o se trataba de un supuesto del art. 44 del ET.

2.2. Especial Referencia a nuevos procedimientos

Con carácter previo a analizar las principales novedades operadas en esta materia, procede clasificar los procedimientos existentes a día de hoy de la manera siguiente:

- Procedimientos ordinarios: procedimiento abierto y procedimiento restringido.
- Procedimientos especiales: procedimiento de licitación con negociación; procedimiento de asociación para la innovación; diálogo competitivo y concurso de proyectos.

² Informe de la Subdirección General de los Servicios Consultivos. Ref. A.E. HACIENDA 46/18 (R-1023/2018).

- Procedimientos excepcionales: procedimiento negociado sin publicidad; contratos menores y contratos de asistencia sanitaria por razón de urgencia y valor estimado inferior a 30.000 euros.

Efectuada la clasificación de los procedimientos de adjudicación regulados en la vigente LCSP, las principales novedades introducidas por la misma afectan, como ya anticipamos en el apartado 2.1.2, a los siguientes procedimientos: el procedimiento abierto que incluye una nueva modalidad: el procedimiento abierto simplificado, que a su vez puede tener carácter sumario; el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad, que por parte de algunos autores se consideran dos procedimientos diferentes más que una modalidad del procedimiento principal; y el procedimiento de asociación para la innovación, que constituye un nuevo procedimiento introducido por la Directiva 2004/18/CE y transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico por la LCSP. A continuación nos centramos en cada uno de ellos:

2.2.1. Procedimiento abierto: procedimiento abierto simplificado

Las principales novedades introducidas por la LCSP en el procedimiento abierto afectan a los aspectos siguientes:

- Plazos para la presentación de proposiciones: Se mantiene la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y los no sujetos a dicha regulación. No obstante, dentro de los primeros: se distingue entre contratos de obras, suministros y servicios y contratos para concesiones de obras y servicios; se reducen los plazos, que pasan de tener una duración de 52 días a 35 o 30 días según se trate de contratos de obras, suministros y servicios o de contratos para concesiones de obras y servicios; y se prevé una reducción de los plazos generales en tres supuestos: dos ya existentes en el derogado TRLCSP (anuncio previo y medios electrónicos), donde se contempla un plazo de 15 días, y uno nuevo (situación de urgencia), donde de un plazo de 7 días se pasa a uno reducido de 5.

Y respecto de los contratos no sujetos a regulación armonizada, se modifica únicamente el día inicial del cómputo del plazo para la presentación de proposiciones, el cual coincidirá con *«el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante»*.

- Examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación: Se minorra el plazo para la apertura de las proposiciones, que pasa de tener una duración de un mes a contemplar una de 20 días.
- Adjudicación: Se matiza el día inicial del cómputo del plazo de adjudicación en el caso de que la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico que deban abrirse en varios actos independientes, al comenzar a contar *«desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición»*.

Asimismo, como dispone la EM de la LCSP *«se crea la figura del procedimiento abierto simplificado que resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación»*. Se trata, por tanto, de una nueva modalidad de procedimiento abierto que se caracteriza por su agilidad, que viene regulada en el art. 159 de la LCSP y de la que cabe destacar los siguientes aspectos:

- Delimitación: Esta modalidad de procedimiento abierto podrá utilizarse en los contratos de obras, suministro y servicios, siempre que se cumplan de manera acumulativa dos condiciones: una cuantitativa, referida al valor estimado, que debe ser igual o inferior a dos millones de euros en el caso del contrato de obras y de 100.000 euros en los contratos de suministro y servicios; y otra relativa a los criterios de adjudicación, no pudiendo preverse en el pliego ninguno que sea evaluable mediante juicio de valor o, en caso de haberlos, su ponderación no podrá superar el 25% del total, contemplándose como excepción las prestaciones de carácter intelectual en cuyo caso, su ponderación no podrá superar el 45 % del total.
- Tramitación, debiendo distinguir:
 - Tramitación ordinaria: El procedimiento abierto simplificado se ajustará a las especialidades previstas en el apartado 4 del art. 159 de la LCSP y en todo lo no previsto a las normas generales del procedimiento abierto. Dicha tramitación permite distinguir las siguientes fases:
 - 1ª. Anuncio de licitación: se publicará en el perfil contratante del órgano de contratación, momento en el que será necesaria que toda la documentación necesaria para la oferta esté disponible por medios electrónicos.
 - 2ª. Presentación de proposiciones: en plazo no inferior a 15 ó 20 días; existiendo otras novedades, como las siguientes: la obligación de los licitadores de estar inscritos en el Registro correspondiente; la no exigencia de garantía provisional; la presentación en el registro indicado en el anuncio de licitación; la exigencia de declaración responsable del firmante y la presentación de la oferta en uno o dos sobres según haya o no criterios de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.
 - 3ª. Examen de proposiciones y propuesta de adjudicación: apertura pública por la mesa de contratación del art. 326.6 de la LCSP por el orden del art. 145 de la misma Ley, previa valoración de las proposiciones, que requieran de un juicio de valor en plazo no superior a 7 días; propuesta de adjudicación al mejor candidato y comprobación de la debida constitución, capacidad, solvencia económica, financiera y técnica o clasificación y no estar incurso en prohibición de contratar. En el caso de empresarios extranjeros de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo hay que atender a las especialidades de la letra g); y requerimiento de constitución de garantía definitiva y aportación de compromiso del art. 75.2 y documentación justificativa del art. 76.2 en el plazo de 7 días hábiles desde el envío de la comunicación.
 - 4ª. Adjudicación una vez presentada la garantía definitiva y en caso de que sea preceptiva, previa fiscalización del gasto en plazo no superior a 5 días.
 - Declaración de urgencia (apartado quinto del art. 159 de la LCSP): No se aplicará la reducción de plazos prevista en el art. 119.2.b) de la LCSP.
 - Tramitación sumaria: Se seguirá la tramitación prevista en el apartado sexto del art. 159 de la LCSP con aplicación supletoria de las normas del procedimiento abierto simplificado. De esta tramitación cabe destacar: el plazo de presentación de proposiciones no será, como regla general, inferior a 10 días hábiles; la no necesidad de acreditar la solvencia; la existencia de un único sobre o archivo electrónico que contenga la oferta; la valoración de la misma mediante la aplicación de fórmulas establecidas en los pliegos; la no apertura pública de las proposiciones; la no constitución de garantía definitiva y la

formalización del contrato mediante la firma de aceptación de la resolución de adjudicación por el contratista.

2.2.2. Procedimiento de licitación con negociación y procedimiento negociado sin publicidad

En relación con estos procedimientos, llama, en primer lugar, la atención la sistemática empleada por la LCSP, diferente de la utilizada por el derogado TRLCSP, configurando el procedimiento negociado sin publicidad como una modalidad del procedimiento con negociación.

No obstante, como se pone de manifiesto en la Monografía de enero de 2017, «*ambos procedimientos son diferentes puesto que sólo tienen en común que hay negociación. En cambio, el elemento esencial de la publicidad diferencia ambos procedimientos puesto que solo el primero de ellos comporta la misma, mientras que el procedimiento negociado no cuenta con dicha publicidad previa. Y además los supuestos que justifican la utilización de cada uno de ellos son ahora completamente diferentes*». Por ello añade que «*la nueva LCSP, aun siendo excesivamente deudora del TRLCSP, debiera haber seguido el ejemplo de la Directiva 2014/24/UE y haber regulado de forma diferenciada en distintas subsecciones ambos procedimientos con negociación*».

De lo expuesto se desprende que nos encontramos ante dos procedimientos cuyo elemento común es la negociación, pudiendo ser materia objeto de la misma la contemplada en el art. 166.2 de la LCSP y diferenciándose en el elemento esencial de la publicidad. Así, el procedimiento de licitación con negociación se configura como un procedimiento especial pudiéndose utilizar en las situaciones contempladas en el art. 167 de la LCSP; mientras que el procedimiento negociado sin publicidad se caracteriza por ser un procedimiento excepcional que «únicamente» podrá ser utilizado en los supuestos recogidos en el art. 168 de la citada Ley.

En ambos procedimientos, como señala la EM de la LCSP, «*se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con y sin publicidad por razón de la cuantía*».

2.2.2.1. Procedimiento de licitación con negociación

La LCSP introduce las siguientes novedades relacionadas con el procedimiento de licitación con negociación:

- Supuestos de aplicación: El art. 167 de la LCSP enumera los contratos y las situaciones en las que podrá utilizarse este procedimiento. En relación con los contratos, la citada Ley suprime el contrato de gestión de servicios públicos e incorpora la concesión de obras y la concesión de servicios. Por lo que se refiere a las situaciones, se mantiene su procedencia cuando las proposiciones sean irregulares o inaceptables, si bien matiza que se entiende por tales. Asimismo introduce como nuevos supuestos los previstos en las letras b) a f): que la prestación sea objeto de un trabajo previo de diseño o adaptación; que la prestación incluya un proyecto o soluciones innovadoras; que así lo requieran circunstancias específicas de la prestación o los riesgos inherentes a la misma; por falta de precisión por parte del órgano de contratación de las especificaciones técnicas y que se trate de contratos de servicios sociales personalísimos.

- Tramitación: Se seguirá la tramitación prevista en el art. 169 de la LCSP, pudiendo destacar los siguientes aspectos:
 - Aplicación de las normas de los arts. 160.1; 161; 162; 163 y 164.1 referidas al procedimiento restringido. En todo caso, si se limita el número de empresas invitadas a negociar, el mínimo será de tres, salvo que no reúnan los criterios de selección, en cuyo caso el procedimiento continuará.
 - Facultad de articular varias fases a fin de reducir las ofertas, garantizando en todo caso la competencia efectiva.
 - Igualdad de trato en la negociación; así como comunicación de cambios concediendo nuevo plazo para presentar una nueva oferta revisada.
 - Negociación de las ofertas iniciales y posteriores sin que quepa la misma sobre los requisitos mínimos de la prestación, ni sobre los criterios de adjudicación.
 - Dejar constancia en el expediente de las invitaciones, ofertas, razones de aceptación o rechazo y de las ventajas en la negociación.
 - Confidencialidad en el tratamiento de datos.
 - Ante la comunicación de la conclusión de la negociación por el órgano de contratación, se establecerá un nuevo plazo para presentar nuevas ofertas que se valorarán y previa elevación de la propuesta, el órgano de contratación adjudicará el contrato.

2.2.2.2. *Procedimiento negociado sin publicidad*

La LCSP introduce las siguientes novedades referidas al procedimiento negociado sin publicidad:

- Supuestos de aplicación: El art. 168 de la LCSP distingue los casos en que podrá utilizarse este procedimiento en función de la tipología del contrato de que se trate. Ahora bien, todos estos supuestos ya estaban previstos en la normativa anterior para el procedimiento negociado y con la nueva Ley han sido reubicados en el procedimiento negociado sin publicidad. Del tenor literal de la norma («únicamente en los siguientes casos») se desprende que nos encontramos ante un procedimiento excepcional, al que exclusivamente podrá recurrirse en los supuestos contemplados normativamente.

No obstante, se introduce una novedad, contemplada en el derogado TRLCSP para el contrato de suministros y que se extiende con la nueva regulación al contrato de servicios, el supuesto contemplado en el art. 168.d) párrafo segundo de la LCSP: tratarse de «un servicio concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza».

- Tramitación: El art. 170 de la LCSP, tras reiterar su carácter de procedimiento excepcional, lo somete a la tramitación del procedimiento de licitación con negociación, salvo en lo relativo a la publicidad previa. Y para el caso de que exista un único candidato, la negociación con él se realizará en los términos del art. 169.5 de la LCSP.

2.2.3. Asociación para la innovación

La asociación para la innovación constituye un nuevo procedimiento de adjudicación creado por la Directiva 2014/24/UE con la finalidad de potenciar la innovación y que ha sido traspuesto al ordenamiento jurídico español por la LCSP, siguiendo el articulado de la norma comunitaria y regulándose en los arts. 177 a 182 de la nueva Ley.

Como señala la EM de la LCSP, se introduce un nuevo procedimiento expresamente para aquellos casos en que resulte necesario realizar actividades de investigación y desarrollo respecto de obras, servicios y productos innovadores en aras a satisfacer las necesidades del órgano de contratación.

Se trata de un procedimiento *«muy diferente de la compra pública precomercial, del contrato de colaboración público-privada previsto en el TRLCSP (y ahora suprimido por la LCSP) y de los contratos de investigación y desarrollo limitados a este objeto, sin que haya posterior compra de los resultados de la investigación. Es, así pues, un procedimiento adicional, una nueva vía que se añade a las anteriormente existentes (la compra pública precomercial y la admisión de variantes)»*³.

Este procedimiento viene definido en el art. 177.1 de la LCSP como *«un procedimiento que tiene como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y a los costes máximos acordados entre los órganos de contratación y los participantes»*.

La asociación para la innovación *«como procedimiento de aplicación, se caracteriza»*, según el profesor Tardío Pato, *«al igual que el procedimiento de diálogo competitivo y, a diferencia del procedimiento negociado, porque se saben de antemano las necesidades a cubrir, pero no los medios o soluciones para satisfacer tales necesidades»*. Asimismo añade, *«Pero también difiere del procedimiento de diálogo competitivo porque, mientras que en éste se conocen los medios o soluciones para satisfacer las necesidades, cuando se presentan las ofertas definitivas y se realiza la adjudicación a una de ellas, en el procedimiento de asociación para la innovación, realmente no se va a conocer la solución definitiva a las necesidades planteadas en el momento de la presentación de las ofertas finales y de la adjudicación, sino hasta fases avanzadas de la ejecución del contrato, cuando se constaten los resultados de la investigación y el desarrollo»*.

El contrato que se adjudique a través de este procedimiento se regirá, de acuerdo con el art. 177.3 de la LCSP, en la fase de investigación y desarrollo, por las normas establecidas reglamentariamente y por las prescripciones contenidas en los pliegos, aplicándose supletoriamente las normas del contrato de servicios; y en la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros, por las normas propias del contrato a que responda la naturaleza de la prestación de que se trate.

En este sentido, como señala el profesor anteriormente citado, *«a nuestro parecer, hay que considerarlo como un nuevo contrato nominado con su normativa sui generis recogida en la Directiva y en el texto de la transposición, a la que tan solo de modo supletorio le serían aplicables las normas de los contratos citados, para evitar tales lagunas, siempre que con ello no se desvirtúe la distinta configuración del nuevo, que precisamente se erige para*

³ Para más información, consultar a RODRÍGUEZ BEAS, M., *«La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación»*; y a MESA VILA, M., *«Los contratos de investigación y desarrollo en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público»*.

superar las dificultades que conllevaban los anteriores, de los que no es una mera suma o conjunción».

La tramitación de la asociación para la innovación atraviesa, siguiendo el esquema contemplado en la EM de la LCSP y el articulado de la propia Ley, las siguientes fases:

1ª. Selección de candidatos (art. 178):

- Previa convocatoria de la licitación, en el plazo de 30 días si se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada o en plazo no inferior a 20 días en otro caso, cualquier empresario podrá presentar una solicitud de participación, incluyendo información sobre los criterios objetivos de solvencia solicitados por el órgano de contratación.
- Este órgano seleccionará a los candidatos aplicando criterios objetivos de solvencia (referidos a su capacidad en los ámbitos de la investigación y del desarrollo; así como de elaboración y aplicación de soluciones innovadoras), pudiendo limitar su número sin que en ningún caso pueda ser inferior a tres.
- Solo los candidatos invitados podrán presentar proyectos de investigación e innovación destinados a satisfacer las necesidades del órgano de contratación.

2ª. Negociación y adjudicación de la asociación (art. 179):

- El contrato se adjudicará únicamente con arreglo al criterio de la mejor relación calidad-precio.
- Dejando a salvo los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación, el órgano de contratación negociará con los candidatos seleccionados las ofertas iniciales y ulteriores que presenten, garantizando un trato igualitario y la confidencialidad en el tratamiento de datos.
- Dicha negociación podrá desarrollarse en fases sucesivas con el fin de reducir el número de ofertas, siempre que así se indique por el órgano de contratación en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3ª. Asociación con socios (arts. 180 y 182):

- Adjudicado el contrato a uno o varios de los licitadores, éstos y el órgano de contratación constituirán una asociación que se estructurará en fases sucesivas y correlativas al procedimiento de investigación e innovación.
- Se fijarán unos objetivos a alcanzar por los socios (anteriores licitadores). Alcanzados dichos objetivos y siempre que así se prevea en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el órgano de contratación podrá resolver la asociación o reducir el número de socios mediante la resolución de los contratos individuales sin que en ningún caso ello genere derecho a una indemnización.
- Se efectuará el pago de la retribución en plazos adecuados.
- En todo caso, el órgano de contratación velará por que la estructura de la asociación refleje el grado de innovación de la solución propuesta.

4ª. Adquisición del producto resultante (art. 181):

- Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, el órgano de contratación, siempre que los niveles de rendimiento y costes sean los acordados, adquirirá las obras, servicios o suministros resultantes en los términos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

CODINA GARCÍA-ANDRADE, X. y MARTÍNEZ SALDAÑA, D. «Cláusulas sociales, subrogación por pliegos y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209/2018, parte Estudios. Editorial Aranzadi.

DORRONSORO ALBERDI, M. y RODRÍGUEZ DE LA RUA PUIG, J. «Comunicaciones previas y declaraciones responsables como técnicas de intervención administrativa», *Actualidad Administrativa*, 2019, Tirant Lo Blanch.

TARDÍO PATO, J.A. «La asociación para la innovación: contrato, procedimiento de adjudicación y libre competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 181/2016, parte Crónica. Editorial Civitas.

Monografía *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial Aranzadi. Enero 2017. BIB 2017/4478.

LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Raquel Ramos Vallés

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA.—3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE «IN HOUSE PROVIDING».—4. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES. 4.1. Encomiendas de gestión administrativas y contractuales. 4.2. Encargos a medios propios y convenios de colaboración.—5. LA REGULACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS EN LA VIGENTE LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 5.1. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados. 5.1.1. Requisitos. 5.1.2. Modalidades. 5.1.3. Exigencias formales. 5.1.4. Régimen jurídico de los contratos celebrados en ejecución de encargos a medios propios personificados. 5.1.5. Impugnación de los encargos a medios propios. 5.2. Encargos a medios propios por poderes no adjudicadores. 5.3. Sujeción al IVA de los encargos a medios propios.

1. INTRODUCCIÓN

Los encargos a medios propios personificados, antes conocidos como «*encomiendas de gestión*», permiten a las entidades del sector público atribuir directamente a otros entes del sector público la ejecución de prestaciones de objeto coincidente al de los contratos públicos, sin sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia. En tanto excepción a los principios generales en los que se asienta la contratación pública, los encargos a medios propios deben someterse estrictamente a los requisitos establecidos al efecto. En la definición de dichos requisitos ha sido determinante la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya jurisprudencia se ha incorporado a las Directivas Comunitarias de contratación pública y, de ahí, a la legislación interna española, que ha establecido requisitos adicionales con el objetivo de controlar el recurso a esta figura.

En la presente ponencia se examinarán los antecedentes y la evolución normativa de los encargos a medios propios, con especial referencia a la jurisprudencia del TJUE emanada al respecto, así como los requisitos a los que se supedita su aplicación conforme a la regulación vigente, contenida en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

2. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

El artículo 60 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado (LCE) aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, ya permitía la ejecución directa de obras por la Administración cuando ésta tuviera «*montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales, suficientemente aptos para la realización de la obra proyectada*». El fundamento de las encomiendas de gestión, hoy encargos a medios propios, es precisamente la existencia de servicios o entes administrativos que permitan a la Administración contratante satisfacer directamente las necesidades de interés general a las que responde la contratación pública, sin tener que acudir a su licitación en el mercado. En

suma, la regla general de sujeción de la contratación pública a los principios de publicidad y concurrencia cede, excepcionalmente, cuando la Administración disponga de medios propios capaces de ejecutar eficazmente el contrato.

La regulación del artículo 60 de la LCE (pensada no para medios propios personificados, sino para servicios o unidades administrativas) se incorporó a las posteriores de leyes españolas de contratación pública, en concreto, al artículo 153.1.a de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), y al artículo 152.1.a del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La incorporación de la encomienda de gestión propiamente dicha a nuestra legislación de contratos tuvo lugar en virtud del artículo 34 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que dio nueva redacción al artículo 3.1 del TRLCAP¹.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (LCSP), dictada en trasposición de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, en su artículo 24, bajo la rúbrica «Ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración, y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares», continuó aludiendo (artículo 24.1.a) a la contratación directa en los casos en que «la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación», pero reguló (artículo 24.6) las denominadas «encomiendas de gestión», como supuestos excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley, previsiones que, en idénticos términos, pasaron al artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP)² aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que constituye el precedente inmediato de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

En ejecución del artículo 24.6 de la LCSP se dictó el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, sobre instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad. Y bajo la vigencia del artículo 24.6 del TRLCSP se dictó la Instrucción n.º 38 de

¹ El artículo 3.1.1 del TRLCAP vino a excluir de su ámbito de aplicación «Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

² En concreto, el artículo 24.6 del TRLCSP dispuso lo siguiente:

«A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

»En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

»La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicarse los contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas».

la Subsecretaría de Fomento, de 12 de junio de 2013, en materia de formalización de encomiendas de gestión.

El 19 de junio de 2013 la Comisión Nacional de la Competencia emitió un extenso informe titulado «*Los medios propios y las encomiendas de gestión: Implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*», en el que advertía de los riesgos que un uso improcedente o desproporcionado de las encomiendas podría tener en la competencia, en la provisión de bienes y servicio de las Administraciones Públicas y la neutralidad competitiva entre los medios propios y sus competidores privados, y daba una serie de interesantes recomendaciones agrupadas en cuatro bloques: 1) propuestas de revisión y evaluación de la situación actual de los medios propios; 2) propuestas de modificación de la normativa reguladora de los contratos del sector público; 3) incorporación inmediata de buenas prácticas para facilitar el carácter procompetitivo de las decisiones administrativas en las encomiendas de gestión; 4) instrumentos de publicidad, control y centralización de la información.

Con fecha de 30 de abril de 2015 el Tribunal de Cuentas emitió un informe de sobre las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas en el que, tras examinar la situación existente en materia de encargos a medios propios, formuló una serie de recomendaciones que se pueden resumir en los siguientes puntos: 1) necesidad de regular las encomiendas de gestión a través de una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control; 2) conveniencia de efectuar un cambio de su denominación legal, para evitar posibles confusiones con las encomiendas reguladas en la legislación de procedimiento administrativo; 3) exigencia de informes o estudios previos que acrediten que el recurso a los medios propios se sustenta en la existencia de necesidades a satisfacer y en la ausencia de medios técnicos idóneos para satisfacerlas, así como la idoneidad de la encomienda frente a otras posibles opciones, por razones de economía o de eficiencia; 4) conveniencia de efectuar una planificación estratégica de los recursos humanos de la entidad encomendante, evitando el recurso a las encomiendas para suplir carencias estructurales de personal; 5) exclusión del empleo de las encomiendas de gestión cuando impliquen una traslación de competencias propias de naturaleza administrativa y, más aún, de potestades públicas; 6) necesidad de concretar con detalle el objeto de las encomiendas y las tarifas, que han de ajustarse al coste real de la prestación y no ser superiores al valor del mercado, pues de lo contrario debe recurrirse a la licitación pública; 7) necesidad de evitar la doble imposición por IVA sobre la prestación de un único servicio, para lo cual las encomendatarias no deben aplicar el impuesto a aquellas prestaciones por las que, previamente, ya haya sido abonado este impuesto; 8) necesidad de garantizar que el objeto social del medio propio incluye las actividades que constituirán el objeto de la encomienda y de que el medio propio cuenta con medios suficientes para ejecutar por sí mismo el encargo sin necesidad de acudir, de modo relevante, a la subcontratación, a la que se aconseja establecer un límite legal; 9) fijación de la retribución de las prestaciones que sean objeto de subcontratación con arreglo al coste real del contrato; 10) incorporación a la documentación que rijan la encomienda de medios para asegurar un adecuado seguimiento y control de los trabajos realizados durante su ejecución, conservando la entidad encomendante el poder de decisión sobre las vicisitudes sobrevenidas.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), distinguió las encomiendas de gestión administrativas (artículo 11) de las contractuales

(artículo 86), declarando en su exposición de motivos, respecto de éstas últimas, que «se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa de contratos del sector público. Como novedad, la creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda. O que concurren razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo ‘MP’, para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación». En concreto, el artículo 86.3 de la LRJSP dispuso que «a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa (...) y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico». Para dar cumplimiento a dicho precepto, en el ámbito del sector público estatal se dictó la Resolución de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), de 6 de julio de 2017, por la que se aprueba la instrucción para la elaboración del informe a emitir en virtud del artículo 86.3 de la LRJSP.

Sin perjuicio de las exigencias adicionales introducidas en los encargos a medios propios por el legislador español, la actual regulación positiva de esta figura se fundamenta en el Derecho comunitario, siendo la jurisprudencia del TJUE la que se encargó, en un primer momento, de delimitar su contenido y requisitos.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE «IN HOUSE PROVIDING»

El TJUE fue perfilando, a través de una serie de sucesivas sentencias³, la doctrina de la contratación «in house» o «in house providing» (suministrador doméstico), razonando la inexistencia de contrato sujeto a las Directivas de contratación pública cuando la prestación de servicios o la contratación de bienes responde a un mecanismo de cooperación dentro del sector público. Como se indica en el «Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores», de 4 de octubre de 2011, «si un poder adjudicador desempeña una tarea pública mediante sus propios recursos, de tal forma que no

³ Entre las aludidas sentencias del TJUE cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, C-107/98; sentencia Arge, de 7 de febrero de 2000, C-94/99; sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, de 11 de enero de 2005, C-26/03; sentencia Coname, de 21 de julio de 2005, C-231/03; sentencia Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, C-458/03; sentencia Comisión/España, de 8 de mayo de 2003, C-349/97; sentencia Molding Elimi, de 10 de noviembre de 2005, C-29/04; sentencia ANAV, de 6 de abril de 2006, C-410/04; sentencia Carbotermo y Consorzio Alisei, de 11 de mayo de 2006, C-340/04; sentencia ASEMFO, de 19 de abril de 2007, C-295/05; sentencia Augusta, de 8 de abril de 2008, C-337/05; sentencia Priesstetext Nachrichtenagentur, de 19 de junio de 2008, C-454/06; sentencia Coditel Bravant, de 13 de noviembre de 2008, C-324/07; sentencia Hamburgo, de 9 de junio de 2009, C-480/06; sentencia SEA Srl, de 10 de septiembre de 2009, C-523/07; sentencia Acoset, de 17 de octubre de 2009, C-196/08; sentencia Econord, de 29 de noviembre de 2012, C-182/11 y 183/11; sentencia Piepenbrock, de 13 de junio de 2013, C-386/11.

se celebra contrato alguno a título oneroso, puesto que (...) el poder adjudicador dispone de todos los recursos necesarios para tal desempeño dentro de su propia organización, la normativa sobre contratación pública de la UE no es aplicable».

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE para que resulte admisible la encomienda de gestión, como supuesto excluido de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública, pueden sistematizarse del siguiente modo:

1. Control de la entidad o autoridad pública sobre la entidad instrumental: se exige que la entidad pública ejerza sobre la entidad instrumental un control análogo al que aquélla ejerce sobre sus propios servicios. Debe ser un control efectivo y funcional, no meramente formal (sentencia Comisión vs Italia), similar, aunque no idéntico, al que se ejerce respecto de sus propios servicios, siendo irrelevante que el fundamento de dicho control provenga de una relación de Derecho público o privado. Para la apreciación de este requisito habrá que estar al conjunto de disposiciones legales y reglamentarias por las que se rijan una y otra entidad, así como a las circunstancias fácticas concurrentes. Se entenderá que existe dicho control cuando la entidad pública influya en las decisiones de la entidad instrumental, entendiéndose el control como influencia potencialmente determinante sobre los objetivos estratégicos y decisiones importantes de la entidad instrumental (sentencia Parking Brixen). El TJUE admite (sentencia Coditel Bravant) que varias entidades públicas ejerzan un control conjunto sobre la misma entidad instrumental, decidiendo por mayoría. En la sentencia Econord el TJUE señala que la mera participación en el accionariado no es suficiente para garantizar un control efectivo, sino que debe ir acompañada de una auténtica participación de la entidad encomendante en los órganos de gestión de la entidad instrumental.

2. Realización de la parte esencial de la actividad de la entidad instrumental a favor de la entidad pública que la controla. Dado que, como se ha indicado, el *«in house providing»* constituye una excepción a los principios de publicidad y concurrencia, justificada en el hecho de que la entidad pública contratante cuenta con medios propios capaces de ejecutar la prestación de que se trate, resulta lógico exigir que el medio propio realice la mayor parte de su actividad en favor de la entidad pública que efectúa la encomienda. Sólo así puede afirmarse que la entidad instrumental constituye verdaderamente un «medio propio» de la entidad pública encomendante, y no un agente más del mercado, injustamente favorecido por los encargos directos conferidos. En la sentencia Carbotermo el TJUE declaró que *«sólo cabe considerar que la empresa de que se trate realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla (...), cuando la actividad de dicha empresa está destinada principalmente a dicho ente territorial, de modo que el resto de su actividad tiene un carácter meramente marginal»*. En dicha sentencia (y, en el mismo sentido, sentencias Coditel Brabant y Asemfo), el TJUE también ha admitido que, cuando sean varios los entes territoriales que controlan una empresa, el requisito de la parte esencial de la actividad pueda entenderse cumplido si la empresa en cuestión realiza la parte esencial de su actividad para todos esos entes territoriales considerados en su conjunto. Además, cuando el medio propio preste servicios cuyos destinatarios sean los particulares usuarios de los mismos, *«...procede afirmar que el volumen de negocios determinante es el que la empresa en cuestión realice en virtud de decisiones de adjudicación adoptadas por el ente territorial que las controla, incluido el realizado con los usuarios en ejecución de tales decisiones»* (sentencia Carbotermo, apartado 65).

3. Ausencia de capital privado en la entidad instrumental. En la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, el TJUE justifica este requisito en los siguientes términos: *«50. A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideracio-*

nes y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta. 51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores».

Cabe señalar que los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJUE para la admisión de encargos a medios propios, excluidos de la normativa de contratación pública, han sido recogido tanto en las normas Comunitarias (artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014) como en la legislación española aprobada en trasposición de aquéllas que, como se verá, ha introducido exigencias adicionales a las contempladas por el Derecho Comunitario.

Antes de examinar la regulación española vigente en materia de encargos a medios propios procede, en aras de la claridad, diferenciar esta figura de otros supuestos distintos.

4. DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

4.1. Encomiendas de gestión administrativas y contractuales

Los encargos a medios propios del ámbito contractual (antes denominadas «*encomiendas de gestión*») no deben confundirse con las encomiendas de gestión administrativas, reguladas en el artículo 15 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Esta cuestión fue analizada en el informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de 27 de noviembre de 2008⁴, que dio lugar a la posterior Circular 6/2009, de 14 de julio. Bajo la vigencia de la LRJ-PAC y de la LCSP, se hizo necesario distinguir entre dos figuras que, con la misma denominación (encomienda de gestión), regulaban cuestiones distintas, concluyéndose en dicho dictamen que la encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJ-PAC queda circunscrita a aquellas actuaciones que, por su contenido, sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella, mientras que la encomienda de gestión a que se referían los artículos 4.1.n y 24.6 de la LCSP queda limitada a actuaciones que consistan en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica. Y de la distinción entre esas dos figuras se extraía una doble consecuencia: «*En el plano jurídico-material o sustantivo, no existe, más allá de la coincidencia del nomen iuris o denominación de una u otra figura, comunicación entre ellas. Es por ello por lo que si lo que se pretende es realizar una actividad de contenido materialmente contractual (realización de una prestación propia del contrato de obras, de suministros o de servicios), lo que conduce a la figura de la encomienda de gestión de los artículos 4.1.n y 24.6 de la LCSP, ello sólo será posible si se cumplen los requisitos exigidos por*

⁴ Ref. A.G. Presidencia 3/08.

este último precepto (...). De no cumplirse estos requisitos, quedará excluida la realización de esa actividad por vía de encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJ-PAC. (...) En el plano jurídico-formal o adjetivo, (...) ha de entenderse que, de tratarse de la realización de una actividad o actuación de contenido materialmente contractual y, por tanto, de tratarse de una encomienda de gestión de los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, no han de aplicarse los requisitos formales que establece el artículo 15 de la LRJ-PAC», concretamente, la publicación de la encomienda en el BOE.

La cuestión queda definitivamente zanjada, en el sentido indicado por la Abogacía General del Estado, en el artículo 11.1 de la LRJSP que, tras circunscribir en su párrafo primero la encomienda de gestión administrativa a «*actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público*», añade en su párrafo segundo que «*las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta*». Por su parte, el artículo 6.3 de la LCSP declara que «*quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público*».

4.2. Encargos a medios propios y convenios de colaboración

Se trata, también, de dos supuestos distintos. Los encargos a medios propios parten de una relación de control de la entidad pública encomendante sobre el medio instrumental, que recibe el encargo de forma obligatoria, siendo su objeto, como se ha indicado, coincidente con el de los contratos públicos. Los convenios de colaboración no parten de una relación de control o subordinación de una de las partes sobre la otra, sino que son instrumentos de cooperación que pueden suscribirse entre entes del sector público para el cumplimiento de un fin de interés común, sin que su objeto pueda coincidir con el de los contratos públicos. (artículo 6 de la LCSP y artículo 47.1 de la LRJSP).

5. LA REGULACIÓN DE LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS EN LA VIGENTE LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La vigente LCSP, por la que se por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dedica a los encargos a medios propios los artículos 32 y 33, referidos, respectivamente, a los encargos a medios propios conferidos por poderes adjudicadores y por poderes no adjudicadores. Su exposición de motivos adelanta el carácter novedoso de la regulación que la Ley incorpora a este respecto⁵.

⁵ Declara la exposición de motivos de la LCSP lo siguiente: «*En el Libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado "medio propio" de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada "in house", que pasa ahora a llamarse "encargos a medios propios". Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador, de aquel que se hubiera realizado por otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la Ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han*

La extensa regulación de los artículos 32 y 33 de la LCSP se puede sistematizar del siguiente modo:

5.1. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

5.1.1. Requisitos

La LCSP mantiene los tres requisitos que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, se precisan para que una entidad pueda considerarse medio propio personificado (requisito del control por la entidad encomendante, requisito de realización de la mayor parte de la actividad del medio propio a favor de la entidad pública que realiza la encomienda, y requisito de ausencia de capital privado en el medio propio instrumental); y mantiene los dos requisitos adicionales que estableció el legislador español en el artículo 24.6 del TRLCSP (que la condición de medio propio esté prevista en los estatutos del medio propio, y que éste no pueda participar en los concursos convocados por la entidad encomendante), aunque concreta y amplía dichas exigencias con una regulación más exhaustiva y rigurosa, respondiendo así a diversas demandas doctrinales y a las recomendaciones que en su día formularon el Tribunal de Cuentas y la Comisión Nacional de la Competencia. En concreto, se exige en el artículo 32 de la LCSP lo siguiente:

a) Control del ente encomendante sobre el medio propio, que se concreta en «un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas». El control puede ser directo o indirecto, y se presume siempre que «él mismo (el ente encomendante) o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo».

Manifestación del control es la sujeción de los encargos a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependa el medio propio, en la forma que se determine reglamentariamente, atendiendo a los costes reales de realización de las actividades por el medio propio y «al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas». En estas previsiones subyace el objetivo de que el recurso al medio propio, como alternativa de la licitación pública, sea una opción económicamente rentable.

b) Realización de la parte principal de la actividad del medio propio a favor de la entidad encomendante, requisito que se concreta, siguiendo lo dispuesto en el artículo 12.3.b de la Directiva 2014/24/UE, en un porcentaje del 80 por ciento de las actividades del medio propio personificado: «Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destina-

umentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de "medio propio" disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad».

tario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo». La LCSP también concreta, de forma novedosa, la forma de calcular dicho porcentaje, indicando que se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo, si bien cuando los datos sobre el volumen global de negocios u otro indicador alternativo de actividad no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio. Además, se exige que el cumplimiento efectivo de este requisito quede reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio, sujeta a verificación por el auditor de cuentas.

c) Ausencia de capital privado en el medio propio personificado. Se mantiene la exigencia de que «cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública».

d) Reconocimiento expreso de la condición de medio propio en sus estatutos o normas de creación. Este requisito adicional, establecido por el legislador español al margen de las Directivas comunitarias, se desarrolla considerablemente en el artículo 32.2.d de la LCSP. Así, el reconocimiento de la condición de medio propio personificado respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en los estatutos o actos de creación del medio propio, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social, exigencia que reitera lo que ya exigía el artículo 86.2 de la LRJSP. El artículo 32.2.c de la LCSP añade que este requisito se presume cuando el medio propio haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los Grupos, Subgrupos y Categorías que ostente.

Se mantiene la exigencia del artículo 24.6 del TRLCSP de que los estatutos o actos de creación del medio propio determinen el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición, el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se le puedan conferir, y la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargársele la ejecución de la prestación objeto de licitación.

La aplicación del artículo 32.2.d de la LCSP ha ocasionado numerosas dudas interpretativas que han sido abordadas en sendos informes de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Así, en el informe de 30 de mayo de 2018⁶, se formularon, en lo que aquí interesa, las siguientes consideraciones:

⁶ Ref. A.G. Fomento 2/18, R-403/2018.

La autorización o conformidad del poder adjudicador del que la entidad vaya a ser medio propio se configura en el artículo 32.2.d 1.º de la LCSP como un trámite distinto y previo al de la aprobación o autorización de los estatutos o normas de creación que así lo recojan. La aplicación literal de la regla competencial del citado artículo 32.2.d 1º de la LCSP (que conllevaría que todos los poderes adjudicadores de los que una entidad vaya a declararse medio propio tengan que prestar su previa autorización o conformidad) puede ocasionar considerables problemas prácticos que, en aras de la seguridad jurídica, deberían abordarse a través del correspondiente desarrollo reglamentario. Entre tanto, parece admisible, en el ámbito del sector público estatal, que cada Departamento ministerial recabe el parecer de las entidades a él adscritas o dependientes de él, y que centralice y traslade esa información, de forma unitaria, al Ministerio proponente.

- La determinación de los poderes adjudicadores respecto de los que una entidad del sector público tiene la condición de medio propio puede recogerse en los estatutos o actos de creación del medio propio de forma nominativa, genérica o mixta, resultando preferible, siempre que sea posible, la indicación genérica.
- En cuanto a la competencia y la forma de acreditar que el medio propio cuenta con medios materiales y personales necesarios para ejecutar el encargo, se considera también necesario un desarrollo reglamentario que aclare e integre de forma armónica y sistemática la regulación de la LCSP y de la LRJSP.
- El régimen jurídico y administrativo de los encargos que se puedan conferir a un medio propio puede recogerse por remisión al artículo 32 de la LCSP, que contiene una regulación detallada y completa, sin perjuicio de que, por constituir una regulación de mínimos, sean admisibles requisitos más estrictos o contenidos adicionales (como el régimen de tarifas, la duración y prórrogas o el régimen de modificaciones).

En el informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 13 de noviembre de 2018⁷ se examinó la aplicación del artículo 32.2.d de la LCSP a los medios propios preexistentes a dicho texto, formulándose una serie de conclusiones entre las que interesa destacar las siguientes:

- Los requisitos materiales y formales del artículo 32.2 de la LCSP resultan exigibles a todos los medios propios personificados que reciban encargos de poderes adjudicadores, ya sean medios propios personificados preexistentes, o medios propios personificados de nueva creación, tal y como se desprende de la disposición transitoria cuarta de la LCSP.
- La verificación de que el medio propio cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización del encargo de conformidad con su objeto social corresponde, conforme al artículo 32.2.d 2.º de la LCSP, a la entidad pública de la que el medio propio dependa (en el concreto supuesto examinado, la Dirección General del Patrimonio del Estado, en tanto accionista único de la sociedad estatal que pretende ser declarada medio propio).
- La modificación de los estatutos de las sociedades estatales que sean medios propios personificados para incluir un reconocimiento expreso de su condición de medio propio, adaptado a la LCSP, no presupone ni exige la intervención del Consejo de Ministros, sino la intervención de la Dirección General del Patrimo-

⁷ Ref. AH. Hacienda 46/18, R-1023/2018.

nio del Estado, en tanto accionista único o mayoritario representado en la Junta General que acuerde la correspondiente modificación estatutaria.

5.1.2. Modalidades

Como aspecto novedoso del artículo 32 de la LCSP cabe destacar que el mismo regula (siguiendo en este punto la Directiva 2014/24/UE) diversas modalidades de encargos a medios propios que responden a lo que se podría denominar encomiendas de gestión «ordinarias» (una entidad del sector público hace un encargo directo a otra entidad del sector público que tiene la condición de medio propio personificado de aquélla); conjuntas (encargo a un medio propio efectuado por dos o más entidades del sector público que lo controlan conjuntamente); horizontales (encargo a un medio propio efectuado no por la entidad del sector público que directamente lo controla, sino por otra entidad del sector público contralada, directa o indirectamente, por aquélla), e inversas (la entidad que controla al medio propio recibe un encargo directo de éste).

Así, el artículo 32.3 de la LCSP da cobertura a las encomiendas inversas y a las horizontales, al disponer que «El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada, directa o indirectamente, por el mismo poder adjudicador, siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo».

Merece un juicio positivo que tanto la Directiva 2014/24/UE como la LCSP hayan, por fin, clarificado la admisibilidad de las encomiendas de gestión horizontales, que el Derecho español venía admitiendo *de facto*⁸.

Por su parte, el artículo 32.4 de la LCSP regula las encomiendas conjuntas, o encargos realizados a un «medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí», supeditándolas a los requisitos generales del apartado 2, aunque concretando cómo se ha de interpretar el requisito del control: «Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes: 1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos. 2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo. 3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos».

⁸ Así lo refleja el informe de la Abogacía General del Estado de 12 de diciembre de 2013 (Ref. A.G. Entes Públicos 106/13, R-1020/13), en el que se afirma lo siguiente: «A este respecto este Centro Directivo constata que, pese a la rotundidad de los términos en los que aparece redactado el artículo 24.6 del TRLCSP, que incorpora en este punto la jurisprudencia comunitaria, son numerosos los Estatutos de entes del sector público estatal en los que se declara a éstos medios propios y servicios técnicos de otros entes dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, de tal forma que nuestro ordenamiento jurídico, a través de los Reales Decretos de aprobación o modificación de los Estatutos de estas entidades (previamente informados por el Consejo de Estado, supremo órgano consultivo del Gobierno, a tenor de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución) viene admitiendo, de facto, este tipo de encomiendas horizontales, sin que, a la vista de las circunstancias concurrentes, se aprecie motivo para negar su admisión en el concreto supuesto que se considera». En el posterior informe de 30 de julio de 2017 (Ref. A.G. Fomento 5/17, R-539/17) se admitió el efecto directo de la Directiva 2014/24/UE respecto de las encomiendas de gestión horizontales.

5.1.3. Exigencias formales

El artículo 32.6 de la LCSP añade una batería de requisitos adicionales de carácter formal, a los que se supedita que los encargos efectuados a medios propios por poderes adjudicadores no tengan la consideración de contratos. Así, se exige:

a) En primer lugar, y como condición previa, que el medio propio personificado publique en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal, con indicación de los poderes adjudicadores respecto de los que ostenta tal condición, y los sectores de actividad, comprendidos en su objeto social, en los que sería apto para ejecutar encargos.

b) En segundo lugar, el encargo deberá formalizarse en un documento que se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente, con indicación del plazo de duración del encargo. Esta previsión resulta de especial trascendencia a efectos de la eventual impugnación del encargo ante los Tribunales de recursos contractuales (artículo 44.2.e de la LCSP), a la que se aludirá posteriormente.

El artículo 63.6 de la LCSP exige la publicación en el perfil del contratante de la formalización de los encargos a medios propios cuyo importe fuera superior a 50.000 euros, IVA excluido, y la publicación trimestral de información relativa a los encargos de importe superior a 5.000 euros.

c) En tercer lugar, y en consonancia con lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 324.1.a de la LCSP, se exige autorización del Consejo de Ministros (previa a la suscripción del encargo) cuando el importe del gasto que se derive del encargo sea igual o superior a doce millones de euros. Dicha autorización se extiende a las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros que superen el 20 por cien del importe del encargo.

5.1.4. Régimen jurídico de los contratos celebrados en ejecución de encargos a medios propios personificados

Conforme al artículo 32.7 de la LCSP, los negocios jurídicos que los medios propios celebren en ejecución de los encargos recibidos quedan sometidos a la propia LCSP, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador, se le aplicarán las normas contenidas en el título I del libro tercero de la LCSP. Esta previsión, que intenta garantizar que, en ejecución de un encargo directo, el medio propio que lo recibe no eluda la aplicación de la LCSP en lo que le resulte pertinente, tiene su precedente en el artículo 4.1.n del TRLCSP.

Se establece, además, un límite expreso a la subcontratación: «El importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo», regla general que no se aplica a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión de obras o de servicios, a la gestión de un servicio público mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que esa gestión se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea totalmente público. El establecimiento de un límite expreso a la subcontratación recoge el criterio que expresó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, y a las recomendaciones del informe del Tribunal de Cuentas de 30 de abril de

2015. Difícilmente puede sostenerse que el medio propio dispone de medios materiales y personales suficientes para ejecutar el encargo cuando tiene que subcontratar la parte principal de la prestación.

5.1.5. Impugnación de los encargos a medios propios

Otra importante novedad de la LCSP, que opera como garantía del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, es la posibilidad de que los encargos a medios propios personificados sean susceptibles de impugnación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) o ante el Tribunal de recursos correspondiente (artículo 46 de la LCSP). A tal efecto, el artículo 44.2.e incluye entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación «*La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales*», estableciendo un plazo de recurso de quince días hábiles a contar desde el día siguiente al de su publicación en el perfil de contratante (artículo 50.1.f).

5.2. Encargos a medios propios por poderes no adjudicadores

El artículo 33 de la LCSP regula expresamente la realización de encargos a medios propios por parte de poderes no adjudicadores, posibilidad que ya había admitido expresamente la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado en el informe de 22 de abril de 2013⁹, al entender que, si la Legislación de contratos públicos permite excluir de su aplicación los encargos a medios propios realizados por poderes adjudicadores, con mayor motivo estará permitida la realización de encargos a medios propios por parte de poderes no adjudicadores, que están sujetos a la legislación de contratos con menor intensidad que aquéllos (poderes adjudicadores).

El artículo 33.2 de la LCSP regula los requisitos exigidos al efecto de una forma menos exhaustiva y rigurosa que la exigida en el artículo 32 para los encargos a medio propios conferidos por poderes adjudicadores. Así:

a) El requisito del control, directo o indirecto, de la entidad que realiza el encargo sobre el medio propio personificado se concreta por remisión al artículo 42 del Código de Comercio.

b) En cuanto al requisito de la actividad, se exige que más del 80 por ciento de las actividades del medio propio se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo. Dicho requisito deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuenta.

c) Se mantiene la exigencia de que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

Especial mención merece el artículo 33.3 de la LCSP, que dispone que «El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público

⁹ (Ref. A.G. Entes Públicos 37/13, R-379/2013).

estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en su capital social». La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha concluido, en su informe 29/18, de 5 de abril de 2018, que «en los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Esta conclusión no debe interpretarse como una restricción de la competencia en el sector concreto de que se trate puesto que la función estrictamente mercantil o industrial que cumplen estas entidades justifica sobradamente (...) que se pueda acudir a la figura del encargo para con empresas del mismo grupo empresarial sin que con ello se afecte a la libre competencia. Otra conclusión supondría alcanzar resultados ilógicos, pues supondría que una entidad que realiza una actividad estrictamente privada en el mercado en el que compete en estricta igualdad de condiciones no pueda emplear sus propios recursos (las empresas de su grupo empresarial) para atender sus propias necesidades».

5.3. Sujeción al IVA de los encargos a medios propios

El artículo 7.8.C de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), en la redacción dada por la disposición final décima de la LCSP, establece la no sujeción al IVA de los servicios prestados en virtud de los encargos ejecutados por los entes del sector público que ostenten, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la LCSP, la condición de medio propio personificado del poder adjudicador que haya ordenado el encargo.

En el ya citado informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 30 de mayo de 2018 se concluyó que dicha regla de no sujeción no resulta aplicable a los encargos a medios propios efectuados por poderes no adjudicadores conforme al artículo 33 de la LCSP, y ello atendiendo a la literalidad del precepto y a los criterios de interpretación lógico y finalista: *«Tiene sentido que la referida regla de no sujeción se declare aplicable a los encargos a medios propios conferidos por poderes adjudicadores y no a los conferidos por entidades del sector público que no tengan la condición de poderes no adjudicadores. Y ello porque la distinción entre uno y otro tipo de entidades (poderes adjudicadores y poderes no adjudicadores) radica, en última instancia, en el carácter mercantil o industrial de su objeto (artículo 3.3. de la LCSP). Estando legalmente caracterizados los poderes adjudicadores por la circunstancia de haber sido creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial, y siendo lo propio o característico de los poderes no adjudicadores precisamente el carácter mercantil o industrial de su actividad, resulta lógico que a los primeros se declare la no sujeción al IVA respecto de los servicios prestados en virtud de encargos realizados a sus medios propios, y que no se declare esa regla de no sujeción respecto de los segundos (poderes no adjudicadores) desde el momento en que el citado tributo grava precisamente el tráfico mercantil como resulta de la definición de hecho imponible recogida en el artículo 4 de la LIVA».*

LOS LÍMITES AL CONTRATO MENOR EN LA NUEVA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Fermín Vázquez Contreras

Sirva el presente artículo como homenaje a la memoria de mi querido preparador. La estima y el cariño que le guardan sus alumnos rivalizan con su inmensa talla como abogado del Estado

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO Y CONSIDERACIONES PREVIAS. 1.1. Concepto de contrato menor. 1.2. Antecedentes legislativos y doctrina administrativa anterior a la entrada en vigor de la LCSP.—2. LOS LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO MENOR EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. 2.1. El umbral de los contratos menores. 2.2. Del fraccionamiento del objeto del contrato. 2.3. Del límite temporal. 2.4. Otras especialidades en los límites al contrato menor.—3. CONCLUSIÓN.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. PLANTEAMIENTO Y CONSIDERACIONES PREVIAS

Desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (NLCSP) y aún no habiendo transcurrido todavía un año a la fecha de estas palabras, se ha escrito largo y tendido sobre las novedades que la citada disposición introduce en la figura del contrato menor. La profusión de artículos y trabajos rivalizan con la elaboración de informes por parte de los órganos administrativos de naturaleza consultiva. Ello se debe a las cuestiones interpretativas que plantea la redacción de la nueva ley, cuyos preceptos originan más dudas que soluciones. Se produce una incertidumbre que, además, no es afrontada a través de una solución única e integradora desde los operadores públicos, ni por la doctrina científica, tal y como acto seguido trataremos de explicar. Antes haremos un breve estudio sobre la figura del contrato menor, con el fin de saber cuál ha sido el punto de partida y el camino recorrido hasta la situación actual.

1.1. Concepto de contrato menor

El concepto «contrato menor» no siempre ha sido unívoco. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) ya señalaba¹ que en la legislación de contratos del Estado anterior a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), no existía un concepto único de contratos menores ni un mismo régimen jurídico, sino diversas categorías: reparaciones menores, obras inferiores a 2.500.000 pesetas, suministros menores, suministros en establecimientos comerciales abiertos al público y contratos menores de asistencia con empresas consultoras y de servicios. Será la LCAP la que cambie el panorama legislativo anterior, unificando y simplificando su concepto, al definir los contratos menores exclusivamente por su cuan-

¹ Informe 40/1995, de 7 de marzo de 1996, «contratos menores»

tía². De tal modo que, en palabras la JCCPE, según la interpretación literal de los preceptos, «*para que un contrato sea menor, basta atender a su cuantía*». Las leyes dictadas sobre esta materia con posterioridad han mantenido el mismo criterio a la hora de señalar un concepto para el contrato menor³.

También la doctrina se señala la cuantía como principal elemento definitorio del contrato menor, aunque también se ha dado relevancia como elemento definitorio a la especial duración del contrato menor, inferior a un año y no prorrogable (DELGADO FERNÁNDEZ, 2017). Sin embargo, quizás lo más correcto sería considerar que la duración se erige en una limitación impuesta por el régimen jurídico consignado en la norma, y no en una característica que añada algo a su definición.

Por otro lado, ROBERTO CARRODEGUAS MÉNDEZ⁴, citando a DE SOLAS RAFECAS, ha calificado el contrato menor como un procedimiento especial de adjudicación, dado su encuadre dentro de los artículos que regulan los procedimientos de adjudicación a partir de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Tal calificación ha sido ratificada recientemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) de la Comunidad Autónoma de Aragón⁵ indicó que «*la verdadera naturaleza del contrato menor es, precisamente, la de un procedimiento de adjudicación*».

1.2. Antecedentes legislativos y doctrina administrativa anterior a la entrada en vigor de la LCSP

El objetivo del legislador, en un primer momento, consistía en la simplificación del procedimiento administrativo de contratación y en la potenciación de la figura del contrato menor, según la exposición de motivos de la LCAP. Llama la atención la concepción legislativa que existía a mediados de los noventa, radicalmente opuesta a la que existe en la actualidad, a la que se ha llegado de manera paulatina tras sucesivas reformas legislativas, y al paso de los diversos informes emitidos por los órganos consultivos, que han ido precisando con mayor rigor la figura del contrato menor, adicionando límites y requisitos formales a la parca regulación contenida en la LCAP. También han influido las directrices marcadas por el derecho de la Unión Europea.

² Artículo 57 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que a su vez se remite para la determinación de la cuantía a los artículos 121, 177 y 202 del mismo texto legal.

³ El artículo 56 del TRLCAP dice literalmente: «*En los contratos menores, que se definirán exclusivamente por su cuantía...*», y el artículo 122.3 párrafo segundo LCSP señala: «*Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior...*». Y la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, en su informe 9/2009, de 15 de junio, afirma que los contratos menores, en la nueva LCSP, «*siguen definiéndose exclusivamente en razón a su importe*».

⁴ Cita CARRODEGUAS MÉNDEZ a DE SOLAS RAFECAS en su artículo «Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», publicado en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), n.º 10, octubre de 2018. Artículo muy recomendable para profundizar en la figura del contrato menor, donde se realiza un profundo estudio sobre su encaje en el ordenamiento comunitario, el derecho español y sus límites en la NLCSP.

⁵ Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores.

En este sentido, la JCCAE en su informe 40/1995, además indicar las exigencias que específicamente imponía el artículo 57 LCAP a la adjudicación directa, señalaba otras que resultan de la aplicación de otros preceptos de la ley. Así, a la aprobación del gasto y a la incorporación de la factura correspondiente (y en el caso del contrato menor de obras el presupuesto de las obras y el proyecto cuando sea exigible) se añaden otras por el órgano consultivo como son la imposibilidad de excluir los principios de publicidad y libre concurrencia, salvo en los supuestos en los que legalmente se permita excepcionar la aplicación de ambos.

También añade los requisitos generales en aquel entonces exigidos para la celebración de todo contrato por una Administración Pública: competencia del órgano de contratación, capacidad del contratista, determinación del objeto del contrato, existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, fiscalización previa de los actos de contenido económico y aprobación del gasto (en aplicación de las normas presupuestarias en fase de ejecución del presupuesto de cada Administración Pública), así como la tramitación del expediente de contratación, con exclusión de la elaboración del PCAP y PPT (art. 57LCAP), y la formalización del contrato⁶.

Con posterioridad, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) introduce, como novedad, dos importantes límites: la duración, no prorrogable, de los contratos menores inferior al año, y la no revisión de precios. La LCSP, y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), no añaden ninguna restricción más al régimen jurídico de los contratos menores. Ahora bien, como novedad, en sus disposiciones adicionales prevén la contratación de bases de datos, y la suscripción a publicaciones, por medio de las normas previstas para los contratos menores cualquiera que sea su cuantía, siempre y cuando no deban ser contratos sujetos a regulación armonizada (SARA).

Por otro lado, y como ya se ha dicho, los sucesivos informes emitidos por los órganos consultivos, en el ámbito de la contratación pública, también han ido perfilando la figura del contrato menor, completando los preceptos legales al resolver las consultas planteadas por las entidades públicas. De este modo, se negó la posibilidad de la aplicación del contrato menor a los contratos administrativos especiales (Informe 38/2005 de la JCCPE), y se excluyó el IVA en el cálculo de su importe (Circular 3/2008, de 30 de julio, de la Abogacía del Estado).

La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, en su informe 9/2009, de 15 de junio, señaló que la utilización del contrato menor solo es susceptible de una interpretación estricta, exigiéndose la cumplida acreditación de su objeto e importe, requisitos que condicionan su existencia. Por ello, el fraccionamiento irregular del objeto del contrato, realizado con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan, supone la infracción de normas de *ius cogens* que conllevan su nulidad de pleno derecho, sin necesidad de prueba objetiva sobre la intencionalidad. No obstante, la misma Comisión Consultiva, en un informe posterior, se pronunciaba a favor de la división en lotes de su objeto, si se daban los requisitos legalmente exigidos para ello (Informe 2/2016, de 25 de febrero).

⁶ Sobre la formalización del contrato menor, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en el Dictamen 6/96, concluyó que ni era un requisito necesario, ni, por lo general, era aconsejable, dada su especial configuración.

En esta misma línea, el Acuerdo de la Comisión Permanente de la JCCA de las Islas Baleares (Informe 4/2010), de 29 de octubre, resalta que, para una buena gestión de los intereses públicos debe realizarse una programación adecuada anticipando las necesidades a satisfacer. El contrato menor se debe utilizar con carácter excepcional, siendo contrario a derecho cuando mediante este se contrata la misma prestación, perfectamente definida, año tras año, respondiendo a una necesidad continuada en el tiempo. Las prestaciones a contratar mediante contratos menores deben ser, por tanto, ocasionales o esporádicas, y no repetidas o continuadas en el tiempo (Informe 30/2012, de 7 de mayo, JCCPE).

En definitiva, y según la JCCA de Cataluña en su informe 14/2014, de 22 de julio, el fraccionamiento fraudulento del objeto de un contrato se puede producir, tanto mediante la suscripción de diversos contratos menores destinados a la obtención de un resultado único o de una prestación que hubiera tenido que ser objeto de un único contrato, como también llevando a cabo contrataciones menores sucesivas para cubrir necesidades recurrentes que tuvieran que formar parte de un único contrato, siempre que estas contrataciones sucesivas supongan una alteración de las normas de publicidad y de las relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar.

Y, finalmente, la JCCPE, en el Informe 7/2012, de 7 de mayo de 2013, concluyó que, en el caso de que se vayan a celebrar varios contratos autónomos, de servicios o suministros, con una finalidad última idéntica y cuyo valor estimado de los mismos en su conjunto excediere del límite señalado por la ley, no hay lugar un fraccionamiento irregular en los términos proscritos por la ley. Y ello porque no se puede considerar el objeto del contrato en su conjunto, sino que cada contrato de servicios y suministro tiene su propio objeto, aunque vinculados en una finalidad común.

2. LOS LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL CONTRATO MENOR EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Con la NLCSP se produce un cambio de paradigma, pues en palabras de GIMENO FELIÚ (2018), la nueva ley apuesta por la transparencia en los procedimientos, defenestrando la opacidad. Ya la propia Unión Europea, en su Recomendación de Decisión del Consejo de 27 de julio de 2016, ponía el foco, como causas que determinan el aumento del gasto público en España, en el abuso del procedimiento negociado, en la ausencia de publicidad, elevando con ello la adjudicación directa. Aconsejaba por ello GIMENO FELIÚ en relación con los contratos menores una cierta exigencia de publicidad, con el fin de que exista competencia, la fijación de un importe global máximo a favor de un mismo licitador, y prestar atención a un uso «intensivo» que pueda esconder prácticas de fragmentación que busquen eludir los procedimientos más transparentes y completos, y todo ello con el fin de optimizar la eficiencia en los fondos públicos y la prevención de la corrupción. En esta misma línea, según CARRODEGUAS MÉNDEZ (2018), con la NLCSP la voluntad del legislador, en contraposición a la expresada en la LCAP de 1995, se encamina hacia la transparencia como principio de la contratación pública, donde la contratación menor tiene un carácter residual.

Pasaremos ahora realizar una especial consideración de las principales novedades de la NLCSP, eludiendo el estudio de aquellos límites, o requisitos, a la utilización del contrato menor que ya venían impuestos por la legislación anterior y que han sido enumerados en los apartados precedentes de este artículo. La NLCSP dedica principalmente el artículo 118 a la regulación del contrato menor, ahora bien, su regulación no se ha

realizado de una manera sistemática, sino que a lo largo de la NLCSP nos encontramos más singularidades y otras excepciones. Además, los requisitos exigidos por el artículo 118.1 tienen la condición de exigencias mínimas para los contratos menores, según la disposición final primera de la NLCSP, por lo que nada impide que se puedan agregar por las Administraciones Públicas aquellas actuaciones que se estimen oportunas para la mayor garantía del procedimiento (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2017; CARRODEGUAS MÉNDEZ, 2018).

Entre las principales novedades debemos destacar las siguientes: la rebaja del umbral del valor estimado de los distintos contratos y su problemática configuración como límite para la celebración de otros contratos con los empresarios; la justificación de la no alteración del objeto del contrato; y la determinación de un lapso temporal para estos límites y el modo en el que ha de realizarse su cómputo.

2.1. El umbral de los contratos menores

El artículo 118.1 de la NLCSP reduce el umbral del valor estimado para los contratos menores, fijándolo en 40.000 euros para los contratos de obras, y 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios. Ahora bien, el artículo 118.3⁷ impone, en relación con las cifras citadas, la imposibilidad de que el contratista haya suscrito «*más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo*». La redacción del citado precepto ha sido criticada por su falta de claridad por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 3/2018, que propone afrontar su deficiencia por la vía interpretativa, aunque al mismo tiempo denuncia que la compleja tramitación parlamentaria de la Ley comporta dificultades para aplicar interpretaciones sistemáticas, o para confiar excesivamente en lo expresado en la exposición de motivos.

DELGADO FERNÁNDEZ (2017) ha apuntado con acierto alguno de los problemas de interpretación que plantea el apartado tercero que emplea el término «cifra», singular, aunque se consignan dos cantidades en el artículo 118.1. De este modo, y según la autora, se desprenden tres escenarios: a) que por cifra se entienda la cifra más alta de las dos que se incluyen, debiendo ser inferior a 40.000 euros; b) que la cifra deba ser asociada cada tipo de contrato, pudiendo acumular hasta 70.000 euros (40.000 por obras, 15.000 por suministros y 15.000 por servicios); y que, c) por cifra se entienda los 40.000 euros por el contrato de obras más 15.000 por el contrato de suministros o de servicios, suponiendo un total de 55.000 euros. Se nos propone optar por las dos últimas opciones, al ser a priori «*más eficaces para la lucha contra el fraccionamiento y contra la aparición de proveedores de «confianza» que acaparen las pequeñas compras del sector público*».

Ahora bien, la solución dista mucho resolverse atendiendo exclusivamente a estas dos opciones ante la diversidad de criterios recogidos en los informes emitidos por las JCC en relación con el límite al umbral del contrato menor. De este modo se propone un criterio amplio, con el fin de evitar una restricción exagerada del principio de concurrencia, en los informes 41/2017 y 42/2017, de la JCCPE. En los citados informes se

⁷ El artículo 118.3 NLCSP dice: «*En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º*».

mantiene que el límite impuesto por el artículo 118.3 no opera respecto de aquellos contratos cuyas equivalentes prestaciones sean cualitativamente diferentes, o bien, cuando sean equivalentes no haya duda alguna de que constituyan una unidad de ejecución en lo económico y en lo jurídico.

En la misma línea, la Comisión Permanente de la JCCA de Cataluña, en informe 1/2018, de 20 de abril, señala que la finalidad del artículo 118.3 es incrementar la competencia, evitando generar desigualdades entre las empresas. Finalidad a la que hay que adicionar la de perseguir el fraccionamiento indebido de los objetos de los contratos. Se propone por ello que la limitación de suscribir un volumen determinado de contratos menores hay que entenderla referida a contratos con idéntico objeto, considerando como tales aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes. No exige en su informe la JCCA de Cataluña una coincidencia exacta de prestaciones, con el fin de evitar que, con pequeñas modificaciones en los objetos contractuales suprimiendo o incorporando algunas de aquellas, se pueda eludir el volumen máximo de contratos menores adjudicados a una misma empresa contratista.

También la JCCA de Galicia (Informe 1/2018, de 25 de abril) entiende que debe admitirse la acumulación con un mismo empresario, aunque se rebase el umbral, siempre que los contratos tengan un objeto diferente, y no siendo extensivo el límite a otras empresas vinculadas o del mismo grupo, o UTES, en aras de fomentar la libre competencia y no impedir la adjudicación del contrato al empresario más idóneo por el solo hecho de que ya hubiera sido adjudicatario de un contrato menor anterior con diferente objeto.

Por otro lado, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 3/2018, de 13 de febrero), la JCCA de Madrid (Informe 1/2018, de 11 de abril), y la Junta Asesora del País Vasco (Recomendación 1/2018, de 11 de abril), si adoptan un criterio más restrictivo. Ubican el foco, para determinar la incompatibilidad, entre contratos anteriores de la misma tipología, prescindiendo del objeto y características del contrato. Esto es, entre los contratos de obras, o de servicios, o de suministros, anteriormente adjudicados, en relación con el tipo de contrato que ahora pretende adjudicarse.

En fin, ante la compleja interpretación del artículo 118.3 NLCSP, no ha faltado quién (DELGADO FERNÁNDEZ, 2017) ha puesto como ejemplo de claridad el artículo 73.6 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos, de la Comunidad Autónoma de Navarra, que, con una finalidad limitativa similar, señala: *«Ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».*

2.2. Del fraccionamiento del objeto del contrato

No es exclusiva del contrato menor la preocupación que muestra el legislador en 2017 por evitar el indebido fraccionamiento de su objeto. Esta preocupación también tuvo su expresión en la legislación anterior, pudiéndonos remontar en el tiempo al menos hasta el artículo 69.2 de la LCAP. La NLCSP prohíbe, con carácter genérico e idéntica redacción a la LCAP, el fraccionamiento de todo contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan (artículo 99.2 NLCSP). Al mismo

tiempo, y como novedad, invierte la regla general existente hasta la fecha (YÁÑEZ DÍAZ, 2018), y obliga a dividir el objeto del contrato en lotes cuando su naturaleza u objeto lo permitan (artículo 99.3 NLCSP). El incumplimiento de la prohibición del fraccionamiento del contrato, recogida en el artículo 99.2 NLCSP, conllevará la nulidad de pleno derecho del mismo (artículo. 6.3 Código Civil).

Ante la prohibición establecida con carácter general en el libro I de la NLCSP para todos los contratos, supone una redundancia el artículo 118.3, que obliga a justificar en el expediente «*que no se está alterando el objeto del contrato para evitar las reglas generales de contratación*». Desde el punto de vista del derecho administrativo resulta especialmente llamativo, por no decir que es «chocante», el que una Administración Pública, que actúa sometida al ordenamiento jurídico (artículo 103. CE) y cuyos actos gozan de presunción de validez (artículo 39.1 LPAP), esté obligada justificar en un expediente que no se realiza una conducta prohibida por la Ley.

Algunos autores (CARRODEGUAS MÉNDEZ, 2018) han querido ver en los excesivos términos del precepto una muestra más de la desconfianza del legislador hacia el órgano gestor, consecuencia del abuso de la figura del contrato menor y del procedimiento negociado sin publicidad. Figuras que han sido utilizadas como herramientas habituales para eludir las normas de la contratación pública, incurriendo por ello algunos gestores públicos en responsabilidades penales (MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, 2017)⁸, con un importante descrédito para la institución de la adjudicación directa. Todo ello sin olvidar que, como ya se indicó, desde la UE se ha puesto el foco en el abuso de la contratación directa como una de las causas del incremento del déficit público.

Sobre la necesidad de justificar que en el expediente no se está alterando el objeto del contrato, se han pronunciado con un mayor grado de uniformidad las Juntas Consultivas de Contratación, las cuales toman como punto de partida los criterios interpretativos ya sentados, con anterioridad a la entrada en vigor de la NLCSP, sobre el fraccionamiento del objeto de los contratos menores, y que se consignaron en informes a los que aludíamos en el punto primero de este artículo.

La JCCPE, en sus informes 41 y 42/2017, considera la prohibición del fraccionamiento como la forma de evitar el fraude más habitual. Entiende la JCCPE que la conducta prohibida consiste en la celebración sucesivas de contratos cuyas prestaciones constituyen una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada, en dos supuestos: a) por haber existido previamente un contrato que superen el umbral del 118.3 y que se desgaja sin motivo en otros contratos menores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato; o b) porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores. A los elementos anteriores, a los efectos de determinar si existe un fraccionamiento indebido, añade la JCCPE en el informe 45/2018 otros elementos caracterizadores:

En primer lugar, se rechaza, al calcular los límites del artículo 118, que la existencia de la aplicación presupuestaria, diferente para cada contrato, justifique la valoración separada de aquellos contratos que con un mismo objeto se celebren por una Administración. Indica la JCCPE que hay que acudir al concepto de *unidad funcional separada* y

⁸ Cita el autor varias sentencias penales en las que se condena por prevaricación al utilizar, como instrumento para el fraude a las normas de la contratación pública, el contrato menor. Las sentencias citadas son: STS, 2.ª, de 30 abril de 2015, rec. 1125/2014, STS de 1 de Julio de 2015, rec. 2284/2014, SAP de Cáceres, 135/2015, de 27 de Marzo de 2015 y SAP de Granada 5 de mayo de 2017

autónoma. Esta unidad se caracteriza por tener asignada una función específica que la defina de manera particular, por ser responsable de manera autónoma de la contratación de determinadas categorías de contratos, y por disponer de financiación específica en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. En un sentido similar, la JCCA de Aragón, en su informe 3/2018, habla de órganos de contratación de la misma entidad contratante, que pueden adjudicar contratos al mismo operador económico, sin que por ello se consuma el importe máximo al que pueden ascender los contratos menores.

En segundo lugar, se reitera la necesaria existencia de un *vínculo operativo* entre todos los contratos, lo que exigiría un tratamiento unitario, a lo que debe añadirse la posibilidad de *planificación del contrato*, atendiendo a la previsibilidad de su realización dentro de la programación que la ley exige a todo órgano de contratación.

Para finalizar, la JCCA de Cataluña, en su informe 1/2018, analiza de manera detallada que el artículo 118.3 NLCSP no tiene como única finalidad evitar el fraccionamiento, sino también la de evitar el enriquecimiento de una sola empresa contratante, y la falta de planificación, no dando cobertura a necesidades recurrentes, asegurando con ello un correcto uso del contrato menor. Se insiste en el informe (página 14) que no se puede interpretar del precepto que la limitación de contratar reiteradamente a una empresa opera solo cuando se ha producido el fraccionamiento fraudulento, y ello porque si hay fraccionamiento el contrato menor es nulo de pleno derecho *«sin tener sentido en este caso tener que entrar a considerar cuál es la empresa que puede ser la contratista por no haber suscrito contratos menores previos»*.

2.3. Del límite temporal

Una de las principales críticas al artículo 118.3 NLCSP ha sido la de no regular el periodo de tiempo en el que rige el límite máximo de volumen de contratación en el contrato menor con una misma empresa. Hay una unanimidad en rechazar que la prohibición sea indefinida, esto es, que una vez rebasado el umbral por una empresa contratista esta nunca más pueda resultar adjudicataria de otro contrato menor. Ante la laguna legal, se ha tomado como referencia el plazo de un año de duración máxima que el artículo 29.8 NLCSP marca para los contratos menores. De tal modo que, según la JCCPE, si la separación entre los contratos menores celebrada con una misma empresa excede de un año, no será necesario proceder a una mayor justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Ahora bien, y por el contrario, si hay discrepancias al tomar en consideración a qué año nos referimos. Aquí la postura adoptada por la JCCPE ha sido la minoritaria, al adoptar en sus informes como criterio que el límite temporal debe ser el del año computándolo desde la fecha de la aprobación del gasto al que se refiere el artículo 118 NLCSP. Según el citado organismo consultivo, cualquier otra opción, como la del año natural, no tendría mucho sentido para los años ejecutados al final del mismo y se trataría de una opción convencional y menos segura jurídicamente. En su informe 5/2018, postula la JCCPE que, para los contratos menores a celebrar a partir de la entrada en vigor de la NLCSP, debían computarse como antecedentes, a efectos de comprobar el volumen máximo de contratación, aquellos celebrados bajo la vigencia del TRLCSP dentro del año inmediatamente anterior a la aprobación del gasto del nuevo contrato.

Por el contrario, otras JCCA han optado por considerar que el plazo que limita la prohibición debe ser la de la anualidad presupuestaria, pues según la JCCA de la Comunidad Autónoma de Aragón (Informe 3/2018) de este modo el criterio conecta directamente con la necesaria planificación contractual y los controles financieros que realiza la intervención. Se dice que apuntan en este mismo sentido los trabajos parlamentarios y siendo, además, el criterio recogido en el artículo 73.6 de la Ley Foral 6/2009, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

Esta misma línea, y por los mismos fundamentos, ha sido la seguida por el resto de Juntas Consultivas que hasta ahora se han pronunciado al respecto: la JCCA de la Comunidad Autónoma de Madrid, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Galicia, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y la Junta Asesora de Contratación Pública del Gobierno Vasco. Y también así se ha manifestado la doctrina (CARRODEGUAS MÉNDEZ, 2018; DELGADO FERNÁNDEZ, 2017) que considera que el cómputo del año debe referirse al ejercicio presupuestario en conexión con la programación de la contratación y el control presupuestario.

Examinadas ambas posturas, hay que decir que la tesis minoritaria adoptada por la JCCPE no contribuye a dar seguridad jurídica en la aplicación del límite temporal al que se quiere constreñir, por vía de la interpretación, la aplicación del artículo 118.3 NLCSP. Todo lo contrario, la anualidad presupuestaria como referencia temporal impone una fecha cierta, por todos conocida, y es acorde a un normal actuar administrativo. Mientras que la fecha de la aprobación del gasto, como momento desde el que computar año, únicamente será conocida por el órgano de contratación, lo que obligará a los gestores públicos, que no están acostumbrados a este criterio temporal, a «bucear» en los expedientes y en las bases de datos. Su conocimiento será aún más incierto tanto para los adjudicatarios, como para los posibles terceros interesados en la contratación.

Finalmente, debemos indicar en relación con los límites establecidos en el artículo 118 NCSLP, que la JCCP del Estado (informe 42/2017) ha señalado que la comprobación a realizar por el órgano de contratación, ante la falta de previsión en la norma, deberá ser un control *ex ante* y *ex post*. Y, que al tratarse de una norma de carácter imperativo para el órgano de contratación, será recomendable que quede constancia del control ulterior realizado, aunque su constancia no esté sujeta a ningún requisito formal.

2.4. Otras especialidades en los límites al contrato menor

Como se dijo al principio de este punto, la NCLSP no regula el contrato menor de manera sistemática, sino que encontramos excepciones y singularidades a lo largo de su texto. El propio artículo 118.3 excepciona su aplicación en los supuestos del artículo 168.a 2.ª, esto es, cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las razones que se indican en el mismo⁹.

⁹ Las razones del artículo 168.a 2.ª son: «Que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial. La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sus-

Por otro lado, se obliga al órgano de contratación a publicar en el perfil del contratante los contratos menores con arreglo al artículo 63.4 (art. 118.4), esto es, trimestralmente y con indicación de: «*su objeto, duración, el importe de adjudicación, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y la identidad del adjudicatario, ordenándose los contratos por la identidad del adjudicatario*». El propio artículo exceptúa de la obligación de publicar «*aquellos contratos cuyo valor estimado fuera inferior a cinco mil euros, siempre que el sistema de pago utilizado por los poderes adjudicadores fuera el de anticipo de caja fija u otro sistema similar para realizar pagos menores*».

En relación con el umbral de los contratos menores nos encontramos tres excepciones: el contrato de servicios sanitarios de urgencia (art. 131.4 NLCSP) por valor estimado inferior a 30.000 euros; los contratos que tiene por objeto la prestación de actividades docentes en los términos del artículo 310 NLCSP; y la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones (disposición adicional novena).

Sobre este último contrato, la NLCSP prevé, para realizar su adjudicación, la posibilidad de acudir a la figura del contrato menor cualquiera que sea la cuantía del contrato, siempre y cuando no estén sujetos a regulación armonizada. Se prevé como especialidad que el pago del precio se realice de acuerdo con las condiciones que rijan los contratos, incluso de manera anticipada si es el uso habitual en el mercado. Cuando su celebración se realice por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, la NCLSP confiere a las entidades del sector la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

La JCCPE ha emitido dos informes relacionados con la aplicación de la disposición adicional novena a los contratos de acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, señalando que las exigencias procedimentales previstas en el artículo 118.3 para los contratos menores resultan de aplicación, con la especialidad de que el umbral fijado para determinar el volumen máximo de contratación para una empresa, que ya haya sido adjudicataria de un contrato anterior, estará constituida por la de los contratos sujetos a regulación armonizada (Informe 75/2018).

También ha manifestado que estos contratos sí están sujetos al límite temporal de un año que establece la ley para los contratos menores (Informe 90/2018), y que la disposición adicional novena es de aplicación a los contratos por los que se suscribe la prensa diaria y escrita o a revistas de distinta periodicidad. Se indica que la suscripción a cada diario podrá ser un contrato único, siempre y cuando se respeten las reglas por las que se prohíba el fraccionamiento indebido del contrato, estando a la unidad funcional y operativa del objeto concreto de cada contrato, y que podrá contratarse con cualquier empresario, incluido el titular de un quiosco proveedor, siempre que tenga aptitud para contratar con el sector público de acuerdo con la NLCSP.

Finalmente, también se ha admitido por la JCCPE, en el Informe 57/2018, evacuado a petición de una consulta formulada por el Ayuntamiento de Granada, la posibilidad de aplicar la figura del contrato menor a los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas. Señala el órgano consultivo que, a la vista de la remisión contenida en el artículo 26.2 párrafo segundo, a las secciones 1.^a y 2.^a del capítulo I del título I del libro segundo de la ley, procede la aplicación del artículo 118 a los contratos privados, cuyo valor no supere los umbrales del apartado primero, siempre que concurran los demás requisitos establecidos en dicho precepto.

titulo razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato».

3. CONCLUSIÓN

La NLCSP supone una apuesta clara por la transparencia y la mayor objetividad en la contratación pública. Las nuevas normas que dedica la Ley a la regulación de las distintas formas adjudicación directa coadyuvan a avanzar en esa dirección. Los principios que inspiran la reforma, ya sea porque obedecen a un mandato emanado de la UE, ya sea por el rechazo social al uso fraudulento de estas figuras, permiten su mejor adaptación a la actualidad. La actuación de la Administración Pública está sometida a un mayor escrutinio por parte de la opinión pública que, como reacción ante los números casos de corrupción de transcendencia mediática y política, ha elevado su nivel de exigencia a los gestores públicos.

Ahora bien, parece que los cimientos de la renovada voluntad legisladora, en cuanto a la figura del contrato menor, no son todo lo sólidos que debieran. A la fecha de la redacción del presente artículo el proyecto de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2019, en su disposición final trigésima cuarta, modifica el artículo 118 de la NLCSP haciendo desaparecer su apartado tercero¹⁰. Todos los artículos doctrinales escritos hasta la fecha, todo el esfuerzo hermenéutico realizado por la Juntas Consultivas de Contratación, y que se refleja en la profusión de informes que han sido mencionados en este texto, podrían haber quedado en nada si la citada disposición hubiera resultado aprobada, derogando el precepto apenas un año después de su entrada en vigor.

Ciertamente, el artículo 118.3 de la NLCSP merece una reforma. Su redacción deficiente plantea complejos problemas interpretativos que se han tratado de abordar tanto desde la doctrina, como desde los órganos consultivos especialistas en la materia. Es cierto que la divergencia de los criterios adoptados tanto por la JCCPE como por las JCCA conlleva importantes consecuencias que afectan directamente a la seguridad del tráfico jurídico y a la unidad de mercado, habiéndose calificado la discordancia creada de una auténtica «torre de Babel (PÉREZ MATÍNEZ, 2018).

Examinada la disparidad de criterios existe entre los distintos informes de las Juntas Consultivas, viene a constituir un hito importante en la convulsa vida jurídica del contrato menor la publicación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, dictada por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIREscon), en el ejercicio de la potestad que le atribuye el artículo 332.7.d) LCSP.

La Instrucción 1/2019, que declara tener carácter obligatorio con arreglo al artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público para todos los órganos de contratación, pone fin a varias de las polémicas señaladas en los puntos anteriores. En cuanto al umbral del contrato menor, se declara que no opera el límite respecto de contratos con objetos contractuales cualitativamente distintos. Y, en relación con el cómputo del límite temporal al volumen máximo de contratación para el contrato menor, se opta por el del ejercicio presupuestario, al conectar directamente con la programación de la contratación presupuestaria.

Como novedades se observan las siguientes: se establece que no podrán ser objeto de un contrato menor las prestaciones de carácter recurrente, lo que acentúa su carácter

¹⁰ Hemos de llamar la atención sobre el siguiente dato: fue el grupo parlamentario del partido que ahora ostenta el poder ejecutivo el que, a través de la enmienda 583, introdujo el texto en el que se basa la redacción del artículo 118.3 que ahora se quiere derogar por el proyecto de la LPGE que ha remitido al Congreso de los Diputados.

excepcional. En relación con la ausencia de fraccionamiento, se exige que deba justificarse que no se han separado prestaciones que constituyan una «unidad funcional», pudiendo separarse en el caso de que las prestaciones cumplan una función económica o técnica por sí solas aunque formen parte de un todo. Se obliga a publicar los contratos menores adjudicados, por importe superior a 5.000 euros, cuyo gasto esté comprometido trimestralmente, aun cuando la factura no se esté incorporada al expediente. Y, finalmente, la Instrucción 1/2019 impone al órgano de contratación, como medida anti fraude y de lucha contra la corrupción, la obligación de solicitar al menos tres presupuestos, debiendo quedar acreditado en el expediente, salvo que se justifique motivadamente que el trámite no contribuye al fomento del principio de competencia, o bien, dificulte, impida o suponga un obstáculo para cubrir de forma inmediata las necesidades que en cada caso motiven el contrato menor (según nota aclaratoria emitida por la OIRScón en fecha posterior).

A pesar de la luz que, a priori, arroja la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, sobre la aplicación del artículo 118.3 LCSP, la crítica al precepto es merecida. El umbral total que de manera equívoca fija el artículo 118.3 NCLSP variará según se tome como referencia para su determinación, o bien las prestaciones que integran objeto el contrato, o bien la tipología de cada contrato menor. Según el primero de los criterios, aquél por el que ha optado la OIRScón, el volumen total de contratos que se puede acumular en un solo contratista será variable y difícilmente calculable de ante mano tanto por la Administración como por terceros, siendo obligado examinar el clausulado del contrato y el contratista en cada caso concreto. Aquí el nivel de incertidumbre es mayor y la seguridad jurídica, en consecuencia, mínima. La opción por la que se ha decantado la OIRScón a nuestro juicio es criticable aunque favorezca una aplicación más flexible y extensiva de la norma.

Por el contrario, mayor certeza obtendremos al atender a la tipología de cada contrato, donde será admisible la acumulación de contratos menores en un mismo empresario hasta un importe de 70.000 euros, esto es, la suma de los umbrales que se imponen como límite para cada tipo de contrato (suministros, servicios y obras). Con arreglo a este criterio no será necesario examinar la mayor o menor identidad de las prestaciones de cada uno de los contratos que puedan celebrar los contratistas con la Administración con el fin de comprobar si eluden los límites que la Ley impone para favorecer a un determinado empresario.

Tampoco ha estado libre de polémica la aplicación de la figura del contrato menor, a los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas (PANAPS) a la vista de la redacción del artículo 318 NLCSP. Aplicación que han defendido la Abogacía del Estado y la JCCP del Estado¹¹, y algún autor como GIMENO FELIÚ (2018), al entender que existe una identidad conceptual y dadas las funciones especialmente encomendadas a los PANAPS. Por el contrario, un sector doctrinal mayoritario (BLAZQUEZ LIDOY, 2018; DÍAZ SASTRE, 2017; y CARRODEGUAS MÉNDEZ, 2018) ha defendido que no procede dicha aplicación, atendiendo principalmente a la literalidad de la norma¹² y a

¹¹ Instrucción 2/2018, de la Abogacía del Estado, y Recomendación 1 de marzo de 2018, de la JCCP del Estado, sobre la forma de contratación de los poderes adjudicadores que no son Administración y sobre alguna otra cuestión derivada de la Ley 9/2017.

¹² Señala el citado precepto: «En la adjudicación de contratos no sujetos a regulación armonizada se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, de concesiones de obras y concesiones de servicios, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros,

que el artículo 318 limita su aplicación al ámbito de la adjudicación y no al de la preparación de los contratos, por lo que no rige ninguno de los límites del artículo 118. Polémica que aquí solo puede ser esbozada, pues su examen requeriría para sí la extensión de todo un artículo, y sobre la que incide directamente la publicación de la Instrucción 1/2019, de 28 de febrero, de la OIREscon, al declarar su carácter obligatorio para todos los órganos de contratación del sector público del Estado.

En conclusión, una mayor concreción y una mejor técnica legislativa hubiera sido deseable, siendo un claro ejemplo de dichas cualidades la previsión contenida en la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra. En aras de la seguridad jurídica la reforma de la norma debe ser bien recibida. También hubiera sido deseable una mejor coordinación entre los órganos consultivos. Ahora bien, la imprecisión del artículo no puede erigirse como una causa que justifique su derogación y con ello un paso atrás en la acción de nuestro legislador. Máxime cuando el objetivo perseguido responde a lo exigido por la realidad social del tiempo en el que la norma debe ser aplicada. La derogación del artículo 118.3 supondría una involución evidente en nuestra legislación de difícil justificación Y una oportunidad perdida, en definitiva, para fraguar y consolidar en nuestras Administraciones Públicas, aunque sea a base de imponer límites, la cultura de la transparencia y la objetividad en la adjudicación directa de los contratos del sector público.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BLÁZQUEZ LIDOY, A. «Los poderes adjudicadores no Administración Pública ante la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017): Contratos menores y libertad de elección en los procedimientos de adjudicación». *Revista Práctica de Derecho CEF Legal*, n.º 208, mayo de 2018, páginas 1 a 28.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. «Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», publicado en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA), n.º 10, octubre de 2018, páginas 56 a 78.
- DELGADO FERNÁNDEZ, M.^a R. (2017) «La gestión de los contratos de pequeña cuantía según la nueva normativa de contratación pública. Contratos menores, sistemas dinámicos de adquisición y procedimiento abierto simplificado de tramitación sumaria», *Revista* n.º 12, cuatro trimestre de 2017, del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, páginas 15 a 47.
- DIEZ SASTRE, S. «La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017/9/2018*, páginas 305 a 347.
- GIMENO FELIÚ, J. (2018) «Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público», Director, Editorial Aranzadi 2018.
- «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública», publicado en el Observatorio de la Contratación Pública el 7 de febrero de 2018.

podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.548.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168».

- GIMENO FELIÚ, J. (2018), «*A propósito de la contratación de los poderes adjudicadores no Administración Pública en la ley 9/2017, de contratos del sector público*», Observatorio de la Contratación Pública, publicado el 7 de febrero de 2018.
- GIMENO FELIÚ, J. (2018) «*Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública*», publicado en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA), n.º 7, mayo de 2018, páginas 45 a 67.
- LÓPEZ DONIARE, M. B. (2018) «*Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*», RECUERDA GIRENA, M.A. (director), Editorial Civitas, Pamplona.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2017) «*La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público*», El Consultor de los Ayuntamientos, n.º 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 oct. al 14 nov. 2017, pág. 2425, Editorial Wolters Kluwer.
- PÉREZ MARTÍNEZ, D. (2018) «*Luces y sombras de los nuevos procedimientos de contratación pública*», Revista de la Asociación de Abogados del Estado, número 48, noviembre de 2018, páginas 16 a 22.
- YÁÑEZ DÍAZ, C. (2018) «*Comentarios a la nueva Ley de Contratos del Sector Público*», RECUERDA GIRENA, M. A. (Director), Editorial Civitas, Pamplona.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LAS LEYES 39/2015 Y 40/2015

Carlos Moro Valero

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES. 2.1. Antecedentes en el derecho comparado. 2.2. Antecedentes en el derecho español.—3. RÉGIMEN ACTUAL. 3.1. Caracteres en la legislación vigente. 3.2. Elementos de la responsabilidad. 3.2.1. Elementos subjetivos. 3.2.2. Elementos objetivos. 3.3. Procedimiento.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad patrimonial constituye una de las instituciones clásicas de nuestro derecho administrativo y ha sido, como posteriormente veremos, objeto de análisis por nuestro maestro Manuel Goded Miranda tanto en su desempeño como abogado del Estado como en su ulterior condición de magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La mencionada responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se erige en una de las principales garantías de nuestro sistema administrativo. A mayor abundamiento, podemos afirmar que tanto el principio de legalidad de las Administraciones Públicas, con su inherente garantía de control jurisdiccional de la actividad administrativa, como el principio de responsabilidad patrimonial del Estado, constituyen dos pilares estructurales no sólo del derecho administrativo, sino también del Estado de derecho.

En todo caso, nos encontramos en presencia de una garantía de indemnidad del ciudadano frente al actuar de los poderes públicos cuyas consecuencias negativas no tenga el deber jurídico de soportar. En este sentido, como señalaba Hauriou, «*hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al Poder público puede formularse en estos dos brocardos: que actúe, pero que obedezca a la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio*»¹

La materia que nos ocupa ha experimentado, como apuntaremos a continuación, una notable evolución tanto en el ámbito del derecho comparado como en el contexto nacional. En lo que hace a este último, consideramos de particular interés realizar un análisis del régimen que a esta institución clave del derecho administrativo español otorgan las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo LPAC y LRJSP respectivamente).

2. ANTECEDENTES

2.1. Antecedentes en el derecho comparado

«*The King can do not wrong*». Con este axioma inglés podemos comenzar un sucinto viaje por la evolución del sistema de responsabilidad del Estado en el derecho compara-

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 12.ª ed., 2011.

do, evolución que se ha desplazado desde un régimen de irresponsabilidad hasta un sistema de responsabilidad de los poderes públicos. Así, la máxima citada *ut supra*, vinculada al sistema de monarquía absoluta, había de suponer no tanto en su acepción estricta que el monarca no pudiera equivocarse, como que no quedaba vinculado a ningún tipo de jurisdicción, toda vez que, al ser el propio rey el creador de los tribunales, a ellos no podía quedar sujeto. Directamente relacionado con este concepto, se encuentra la noción de irresponsabilidad regia, concepto que habría de sufrir una modulación en el propio Reino Unido a través de la Crown Proceeding Act de 1947 que abrió el camino para las reclamaciones civiles ante la Corona.

En el propio ámbito anglosajón, debemos destacar la análoga evolución que ha seguido el sistema estadounidense de responsabilidad, toda vez que, desde un primitivo sistema de irresponsabilidad por los actos emanados de los órganos del Estado, se evolucionó, en el contexto, primero del *new deal* y, ulteriormente, de los efectos de la Segunda Guerra Mundial, hacia un sistema de responsabilidad del Estado en términos similares a la responsabilidad de los particulares, constituyendo de ello claros ejemplos la Federal Administrative Procedural Act o la Federal Tort Claims Act.

Particular relevancia no sólo en el ámbito que nos ocupa, sino en el contexto de la evolución del propio derecho administrativo, tiene el denominado Arrêt Blanco de 8 de febrero de 1873. En este caso, el Tribunal de Conflictos francés da un trascendental paso en la materia que analizamos al reconocer la responsabilidad del Estado por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos². No obstante, frente a la petición del reclamante de que los daños y su eventual indemnización se dirimieran ante la jurisdicción ordinaria, el mencionado Tribunal entendió que habrían de sustanciarse ante la jurisdicción administrativa, rigiéndose además por reglas especiales y no por el Código Civil. Tras este hito, el derecho galo continuaría la senda del progresivo reconocimiento de la responsabilidad de los poderes públicos por sus actos. En este sentido, en el Arrêt Lemmonière de 1918, se contempló un supuesto de acumulación de responsabilidades al añadir la responsabilidad indirecta por falta del funcionario, a la responsabilidad directa de la Administración por falta en el servicio. A todo ello, hemos de añadir en este ámbito, el posterior reconocimiento en Francia de la responsabilidad del Estado legislador a través del Arrêt La Fleurette³. Finalmente, destaquemos que con el Arrêt Laruelle, en 1951, se trató de integrar la responsabilidad de la Administración con una efectiva responsabilidad del funcionario. En todo caso, la noción de falta del sistema francés se aleja de la idea tradicional de culpa, al tratarse de una falta objetivada, del servicio mismo, que ha de exigir una individualización.

Por último, destacar que la Constitución de Weimar de 1919 supuso un paso esencial, en el plano formal, al determinar la responsabilidad patrimonial del Estado en una Ley Fundamental. Así, su artículo 131, estableció que, «*si en el ejercicio de la potestad pública desempeñada por un funcionario, éste infringiese los deberes que el cargo le impone frente a terceros, la responsabilidad sería directa del Estado o de la corporación a cuyo servi-*

² Se trataba de los daños sufridos por una niña de cinco años al ser atropellada por el carro del servicio público de tabacos. Siendo su padre Jean Blanco el reclamante.

³ El Consejo de Estado francés determinó la obligación estatal de indemnizar los daños dimanantes de la Ley de 29 de junio de 1934 sobre protección de productos lácteos, que prohibía la fabricación, exposición, comercialización, importación, exportación o tránsito de las cremas lácteas que se fabricaban con materias primas que no proviniesen exclusivamente de la leche. La única empresa afectada por la norma fue la Société des produits laitiers La Fleurette, la cual producía y comercializaba una crema fabricada con materias primas que no eran exclusivamente la leche.

cio se hallase el funcionario». Tal precepto tiene su reflejo en el artículo 34 de la Constitución de Bonn de 1949. Si bien, como indica García de Enterría⁴, junto a esta cobertura del daño ilícito, aparecieron impulsadas por la doctrina y la jurisprudencia las llamadas indemnizaciones de derecho público («öffentlich-rechtliche Entschädigungen») procedentes de intervenciones conforme a derecho («rechtsmässige Eingriffe») y fundadas en la idea del sacrificio especial, así como una serie de supuestos de responsabilidad por aplicación de la doctrina del riesgo y de las intervenciones antijurídicas sin culpa.

2.2. Antecedentes en el Derecho español

Como señala Santamaría Pastor⁵, en España, la responsabilidad de la Administración comienza a admitirse de forma excepcional y sólo desde mediados del siglo XIX; responsabilidad administrativa limitada a los casos expresamente previstos en las leyes especiales.

De este modo, y hasta llegar al actual régimen de responsabilidad patrimonial contenido en la LPAC y LRJSP podemos destacar distintos intentos de reconocimiento de tal responsabilidad, en este sentido, la Ley de 9 de abril de 1842 respecto de las indemnizaciones dimanantes de la primera guerra carlista, la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, en relación con las demoliciones de fábrica o la Ley de Aguas de 1879 en referencia a obras necesarias para prevenir o paliar inundaciones.

Un primer hito en nuestra materia lo constituye el quinto de los párrafos del artículo 1903 del Código Civil que, en su redacción original, publicada el 25 de julio de 1889 establecía:

El Estado es responsable en este concepto (el artículo 1902: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado) cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior.

La responsabilidad patrimonial del Estado tendría también reflejo en el artículo 43.1 de la Constitución de 1931 al contemplar al Estado como responsable subsidiario de los daños y perjuicios, si un funcionario público en el ejercicio de su cargo infringiere sus deberes con perjuicio de tercero. Sin embargo, hemos de apuntar que las vicisitudes históricas impidieron la aplicación efectiva del mencionado precepto, en la medida en que la legislación de desarrollo necesaria para tal aplicación no sería nunca dictada.

Por su parte, el artículo 209 de la Ley de Bases Municipal de 10 de julio de 1935 estableció: «Las entidades municipales responderán civilmente de los perjuicios y daños en el derecho de los particulares irroguen la actuación de sus órganos de gobierno o la de sus funcionarios en la esfera de sus atribuciones respectivas, directa o subsidiariamente según los casos». No obstante, su párrafo segundo se remitía a la Ley de 5 de abril de 1904, de responsabilidad civil de los funcionarios, por ello, la responsabilidad de los entes locales corría el riesgo de transformarse en responsabilidad de los funcionarios.

El paso, a nuestro juicio, fundamental en la evolución que venimos analizando lo hubo de constituir la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 al incorporar al sistema de garantías patrimoniales en su artículo 121 la indemnización de los

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1981.

⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1999.

daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En este sentido, y como señala Rodríguez López⁶, la actual teoría de la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene su origen en el reconocimiento y posterior expansión de la teoría de la indemnización expropiatoria.

A pesar de una inicial oposición doctrinal y jurisprudencial, la citada Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento de 26 de abril de 1957 supusieron el establecimiento de las bases del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en nuestro país.

Ulteriormente, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 supondría, de un lado, la consolidación del sistema de responsabilidad patrimonial objetiva y directa diseñado por las normas anteriormente citadas y, de otro, la ampliación de su ámbito, en la medida en que dio cabida a daños distintos de los meramente materiales, dando entrada a la primitiva configuración de las reclamaciones de daños morales. Del mismo modo, cabe destacar en esta Ley la introducción del concepto de fuerza mayor como elemento exonerador de la responsabilidad de los poderes públicos.

La llegada de la Constitución de 1978 (en lo sucesivo CE) habría de suponer la consagración de nuestro actual sistema de la responsabilidad patrimonial, al establecer el artículo 106.2 que *«los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»*.

Otros tres artículos de nuestra norma fundamental habrían de hacer referencia al sistema de responsabilidad patrimonial, a saber:

- a) El artículo 9.3, que junto a otros principios, y fundamentalmente al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, establece el de responsabilidad de tales poderes como contrapartida a su actuar.
- b) El artículo 149.1.18. que hace que el sistema de responsabilidad sea de aplicación a todas las Administraciones Públicas, siendo único y correspondiendo al Estado su regulación sustancial.
- c) El artículo 121 que, como veremos, consagra la responsabilidad del Estado por errores judiciales y por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Con posterioridad a la aprobación de nuestra Carta Magna y en la esfera de las Administraciones Locales, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, estableció que *«Las Entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa»*. Este precepto sería reproducido, de forma prácticamente literal, por el artículo 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/86, de 28 de noviembre.

En todo caso, el citado artículo 106.2 CE sería objeto de desarrollo íntegro en el título X, artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

⁶ RÓDRIGUEZ LÓPEZ, P. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria*, Barcelona, 2007.

de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/1992) teniendo un desarrollo reglamentario en lo que hace al procedimiento a través del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Por último, LPAC y LRJSP derogan las normas legales y reglamentarias citadas en el párrafo anterior y contemplan el actual sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

3. RÉGIMEN ACTUAL

3.1. Caracteres en la legislación vigente

Tal y como señala Leguina Villa⁷, las características generales del sistema español de responsabilidad patrimonial de la Administración son su carácter unitario, su alcance general y su naturaleza directa y objetiva. Tales características quedan plenamente confirmadas en la nueva regulación contenida en la LPAC y LRJSP.

Así, en primer lugar, nos encontramos en presencia de un sistema unitario de responsabilidad patrimonial, ello, en la medida en que se aplica a todas las Administraciones Públicas sin excepción por mor de los artículos 106.2 y 149.1.18 CE.

En este punto, y como reflejo del carácter unitario, es necesario traer a colación el artículo 35 de la LRJSP al disponer que «*cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad*». Este régimen es equivalente al previsto en el artículo 144 de la Ley 30/1992, no obstante, constituye una importante novedad en este aspecto la extensión del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública a las entidades de derecho privado por medio de las cuales actúa la Administración. Así, el artículo 144 de la Ley 30/1992 establecía que «*cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 142 y 143, según proceda*».

Por tanto, el referido artículo, a diferencia del actual 35 de la LRJSP, no era aplicable a los supuestos en que el causante del daño fuese una persona jurídica sometida a derecho privado, ni en los casos en los que se actúa por medio de personas de derecho privado no pertenecientes al sector público.

En segundo término, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial presenta un carácter general, toda vez que cubre todo tipo de actuaciones de la Administración, cualquiera que sea su naturaleza.

⁷ LEGUINA VILLA, J., «El fundamento de responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 23 (1979), pp. 523 y ss.; y «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 136 (2007).

A este respecto, es menester hacer referencia a la responsabilidad de los contratistas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de un contrato celebrado con la Administración. Así, frente a la ausencia de regulación en la Ley 30/1992, la misma ha sido contemplada por la LPAC, al señalar en el apartado 9 de su artículo 32 que *«se seguirá el procedimiento administrativo común para determinar la responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma sin perjuicio de las especialidades que, en su caso establezca el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público»*.

En tercer lugar, la responsabilidad patrimonial recogida en la LPAC y la LRJSP tiene un carácter directo, por cuanto ha de mediar una relación inmediata de causa a efecto entre la actuación de la Administración y el daño producido. Nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal. El mencionado carácter directo supone que los ciudadanos no tienen la obligación de identificar al funcionario o agente público que haya causado el daño. El artículo 36.1 LRJSP establece a este respecto en orden a hacer efectiva la responsabilidad administrativa, que *«los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio»*.

En cuarto lugar, nuestro sistema de responsabilidad patrimonial se configura como objetivo, ello, en la medida en que no se requiere culpa o ilegalidad en el causante del daño, a diferencia de la responsabilidad subjetiva propia del derecho civil. El mencionado carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración dimana del artículo 106.2 CE y del artículo 32.1 LRJSP. En estos artículos concurren dos elementos de los que tal carácter se desprende con plena nitidez: en primer término, la exclusión de la obligación de indemnizar los daños debidos a fuerza mayor, y, en segundo lugar, la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 32 de la LRJSP, pues, como señalara el Tribunal Supremo en sus sentencias de 6 de noviembre de 1998 y de 28 de noviembre de 1998 *«cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad»*.

Como reflejo del carácter objetivo de nuestro modelo de responsabilidad patrimonial es menester traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 y 9 de diciembre de 2008, al recalcar que la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño sufrido por el particular corresponde al reclamante de la indemnización. En este sentido, la sentencia de 19 de junio de 2007 señala que *«es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público»*. De lo anterior se colige que la responsabilidad de las Administraciones Públicas es objetiva al residenciarse en el resultado antijurídico pero sin que, como reitera el Tribunal Supremo, se constituya la Administración en aseguradora universal.

Para finalizar con los caracteres del sistema, debemos añadir que nuestra legislación pretende establecer un sistema de responsabilidad patrimonial integral, es decir, tiene como objetivo la indemnidad de la víctima de la lesión dimanante del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos. Tal indemnidad ha de producirse a través de la correspondiente reparación del daño.

Por último, y desde un punto de vista de estructura normativa, no podemos dejar de hacer referencia en el presente epígrafe y como carácter del sistema, a la nueva estructura otorgada por el legislador a la materia objeto de nuestro estudio.

Es oportuno partir de la propia exposición de motivos de la LRJSP al señalar:

Resulta, por tanto, evidente, la necesidad de dotar a nuestro sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, de acuerdo con el proyecto general de mejora de la calidad normativa que inspira todo el informe aprobado por la CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas creada por Acuerdo del Consejo de Ministros del 26 de octubre de 2012). En él se previó la elaboración de dos leyes: una, reguladora del procedimiento administrativo, que integraría las normas que rigen la relación de los ciudadanos con las Administraciones. Otra, comprensiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, donde se incluirían las disposiciones que disciplinan el sector público institucional. Con ello, se aborda una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas.

En lógica consecuencia con lo anterior, podemos afirmar que la LPAC y la LRJSP, plantean una reforma del ordenamiento jurídico administrativo articulada en torno a dos ejes fundamentales: las relaciones «ad extra» y «ad intra» de las Administraciones Públicas. A este respecto, la LPAC pretende establecer una regulación completa y sistemática de las relaciones «ad extra» entre las Administraciones y los ciudadanos en tanto que la LRJSP comprendería la regulación «ad intra» del funcionamiento de cada Administración y de las relaciones entre ellas.

De conformidad con las reglas referidas ut supra, los principios generales de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en la medida en que están referidos a cuestiones más orgánicas que procedimentales, se contemplan en la LRJSP tal y como se desprende de la propia exposición de motivos de la LPAP. No obstante lo anterior, la LRJSP no sólo contempla una regulación orgánica del sector público, y una regulación sustantiva del instituto de la responsabilidad patrimonial, sino que también aborda parcialmente cuestiones atinentes al procedimiento de responsabilidad patrimonial. En este sentido, es pertinente citar dos ejemplos de tal circunstancia, de un lado, el artículo 33.4 al establecer que «cuando se trate de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, la Administración Pública competente a la que se refiere el apartado anterior (es decir, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos) deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente». De otro, hemos de citar el artículo 36.4, al contemplar los trámites para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Lo anterior no hace sino poner de manifiesto las propias dificultades del legislador a la hora de cumplir la premisa expuesta en las exposiciones de motivos de las leyes que abordamos, toda vez que cuestiones netamente procedimentales se recogen en la LRJSP. Prueba de su carácter procedimental es el hecho de que anteriormente tales materias se recogieran en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Por último, debemos señalar que la nueva estructura de lo que se denomina en la propia exposición de motivos de la LRJSP «piedra angular sobre la que se edificará la

Administración Pública española del futuro, al servicio de los ciudadanos» ha generado graves críticas. En este sentido, y en la materia que analizamos, entendemos esclarecedor el Dictamen del Consejo de Estado no 274/2015, de 29 de abril (JUR 2015, 237675), sobre el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, al señalar en su apartado III.D):

la rigidez del criterio sistemático seguido por los anteproyectos implica, entre otras consecuencias negativas ya detalladas, que algunas instituciones fundamentales del régimen jurídico de las Administraciones Públicas —tal es el caso de la responsabilidad patrimonial y de la potestad sancionadora— no encuentren perfecto encaje ni en la «organización administrativa» ni en el «procedimiento administrativo», y que, por ello, se haya decidido ubicarlas dentro del anteproyecto de ley del procedimiento administrativo común y regularlas como parte de éste en función de su vertiente procedimental, en perjuicio del tratamiento institucional que a las mismas debe darse.

3.2. Elementos de la responsabilidad

3.2.1. Elementos subjetivos

El artículo 32 LRJSP contempla como sujeto pasivo del sistema de responsabilidad patrimonial y, por ende, titular del derecho a ser indemnizado por las Administraciones Públicas «a los particulares que sufran lesiones en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». No obstante, el concepto de particulares ha sido, y debe ser interpretado en el sentido de incluir no sólo a todo tipo de personas físicas, sino también a las personas jurídicas, tanto privadas como públicas. En este sentido, han de entenderse jurisprudencialmente comprendidos en el mencionado concepto supuestos que han dado lugar a opiniones discrepantes como los de los funcionarios respecto de su propia Administración o los de una Administración en relación con las lesiones producidas por otra Administración. A este respecto, podemos afirmar que, probablemente, haya sido una ocasión perdida por parte de nuestro legislador la introducción del concepto de perjudicado o lesionado frente al de particular, toda vez que aquellos, sin necesidad de interpretación jurisprudencial, ya comprenderían los supuestos más arriba citados. En todo caso, y en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, entre otras en las sentencias de 10 de junio de 1997 y 2 de julio de 1998, el concepto de particular del que hablamos ha de entenderse referido al total de la ciudadanía en el supuesto de que la Administración les cause algún perjuicio.

Por otro lado, de conformidad tanto con el derogado artículo 139.1 de la Ley 30/1992 como el artículo 32 de la vigente LRJSP el sujeto pasivo de responsabilidad patrimonial es la Administración a la que resulte imputable la lesión sufrida por el particular que además sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

En lo que hace a tal funcionamiento normal o anormal del servicio público, hemos de incluir en dicho concepto todo tipo de actuación u omisión de la Administración, desde aquellas de naturaleza normativa hasta aquellas de contenido puramente material, como, por ejemplo, los disparos efectuados por las fuerzas del orden público tal y como se analizaron por nuestro maestro en el dictamen emitido por la Dirección General de

lo Contencioso el 25 de enero de 1975⁸. En todo caso, ha de excluirse del ámbito de responsabilidad los supuestos de fuerza mayor por mor de los artículos 106.2 de nuestra Lex Superior y 32.1 LRJSP.

No obstante, en relación con el funcionamiento anormal, es relevante señalar que la posible disconformidad a derecho de la actuación de la Administración no pone inmediatamente en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad patrimonial en la medida en que, de conformidad con el artículo 32.1 LRJSP *«la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización»*. A este respecto, como se han encargado de reiterar nuestros Tribunales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 de marzo de 2015 con cita de diversas sentencias como la del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. Así, señala la Sentencia, *«el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley»*.

En materia contractual, el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público determina que *«es obligación del contratista, y no de la Administración contratante, indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato. Sin embargo, responderá la Administración contratista cuando los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de un contrato sean consecuencia de una orden inmediata y directa de la Administración, o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el caso de los contratos de obras o en el de suministro, tal y como establece el artículo 32.9 LRJSP»*.

Por otro lado, y desde un punto de vista sustantivo, la LRJSP no establece novedades de especial interés en materia de responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, en la medida en que su artículo 33 contempla previsiones análogas a las contenidas en el artículo 140 de la Ley 30/1992 y en el artículo 18 del Real Decreto 429/1993.

Sin embargo, y desde una perspectiva nuevamente procedimental en la LRJSP, si se introduce una mínima novedad respecto del plazo de quince días del trámite preceptivo por el que la Administración competente para instruir y resolver el procedimiento administrativo para la determinación de la responsabilidad patrimonial concurrente, ha de consultar al resto de las Administraciones implicadas, plazo inexistente en el Real Decreto 429/1993.

En otro orden de cosas, pero dentro de la perspectiva del autor del daño, hemos de hacer una sucinta referencia a la responsabilidad de los otros poderes del Estado, en concreto, del poder legislativo y del judicial.

En lo que hace a la primera, el reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad del Estado legislador se había producido a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al apreciar responsabilidad cuando se produjeran daños o perjui-

⁸ GODED MIRANDA, M., «Responsabilidad de la Administración: requisitos; doctrina jurisprudencial. Daños causados por disparos de las fuerzas del orden». Dictamen emitido por la Dirección General de lo Contencioso el 25 de enero de 1975, en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1974-1975*, Madrid.

cios en virtud de actos de aplicación de leyes y existiera un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pudieran considerarse afectados por actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.

En esta misma dirección, cabe citar la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconociendo la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario europeo.

Éste es el contexto en el que el artículo 32.3 LRJSP recoge la responsabilidad que ya contemplaba el artículo 139.3 de la Ley 30/1992. Si bien, y esto constituye una de las principales y positivas novedades de la nueva legislación, en los siguientes apartados regula los daños causados:

1. Por leyes declaradas inconstitucionales.
2. Por la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea.

Hemos de hacer notar que lo que hace la LRJSP es recoger los supuestos que jurisprudencialmente se habían venido admitiendo, no obstante, no contempla la responsabilidad por falta de transposición de una directiva que reconozca derechos concretos a los particulares.

En todo caso, se exige que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad o la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarado. En consecuencia, se requiere el agotamiento de todas las vías de recurso existentes para reconocer el derecho a reclamar por la vía de la responsabilidad patrimonial derivada de actos legislativos.

Además de este requisito de agotamiento de las vías de recurso, se establece para el caso de la contrariedad al Derecho comunitario, que la norma tuviera por objeto conferir derechos a los particulares, que el incumplimiento estuviera suficientemente caracterizado y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión, y el daño sufrido por el particular.

En lo que hace a la responsabilidad de la Administración de Justicia, ha de acudirse, en primer término, al artículo 121 de nuestra Norma Normarum al establecer que *«los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.* Por su parte, el artículo 32.7 LRJSP señala que *la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial».*

En este sentido, baste señalar que la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la responsabilidad de la Administración de Justicia en los artículos 292 a 297 estableciendo el primero de ellos:

1. *Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título.*
2. *En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.*
3. *La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.*

A todo lo anterior hemos de añadir que el ámbito de la responsabilidad patrimonial comprende a todos los poderes públicos, por ende también al Tribunal Constitucional que responderá de su funcionamiento anormal, correspondiendo al Consejo de Ministros fijar el importe de las indemnizaciones que proceda abonar, tal y como indica el artículo 32.8 LRJSP. En esta misma dirección la responsabilidad patrimonial extracontractual es exigible al resto de los órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo de Estado) y a los poderes y órganos autonómicos de origen estatutario (parlamentos autonómicos, consejos consultivos autonómicos, etc.).

3.2.2. Elementos objetivos

Tal y como viene reconociendo nuestra jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se erige en una institución garante de la integridad patrimonial de los administrados frente a las intromisiones de los poderes públicos. Por ello, es presupuesto básico del origen de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular, y, por tanto, resulta ineludible el elemento objetivo de la relación.

A este respecto, de conformidad con el artículo 32.2 en conexión con el 34.1 LRJSP, *«en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas y sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*.

Con arreglo a una reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016 son requisitos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

- a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas;
- b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por la reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;
- c) ausencia de fuerza mayor;
- d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

En lo que hace a la evaluación del daño, se contempla una novedad en el artículo 34 de la LRJSP, al añadir respecto al art. 141.3 de la Ley 30/1992, que *«en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios y de la Seguridad Social»*. Del mismo modo, el mencionado artículo realiza una sustitución respecto al índice para calcular las actualizaciones en la indemnización, en la medida en que al IPC (Índice de Precios al Consumo) le releva el IGC (Índice de Garantía de la Competitividad), que ha venido a instaurar la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, calculado por el INE y publicado mensualmente.

Una cuestión ampliamente debatida en la materia que nos ocupa, es la relativa a la indemnización de los daños morales. A este respecto, acertadamente señala De Ahuma-

da Ramos⁹, que la ausencia en ellos de un contenido económico obliga a los Tribunales a fijar la cuantía indemnizatoria de modo discrecional. En este ámbito, la ponderación ha jugado, desde un punto de vista jurisprudencial un papel reseñable, en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1995 (rec. 1902/1991, RJ 1489, ponente Manuel Goded Miranda) señala que «los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad».

En lo que hace a la relación de causalidad y, en concreto, al acogimiento de las distintas teorías de la causalidad, nuestro Tribunal Supremo ha oscilado entre unas y otras a saber:

- La teoría de la causalidad exclusiva, que exige que el nexo causal entre la acción u omisión administrativa y el daño, sea directo, inmediato y exclusivo.
- La teoría de la equivalencia de condiciones, que implica que en el caso de que existan distintas causas del daño, todas tienen la misma relevancia.
- La teoría de la causalidad adecuada, según la cual debe optarse por aquella causa que conforme a la experiencia sea la idónea para producir el daño.

No obstante, y en atención a su ponente, queremos traer a colación la Sentencia de 11 de junio de 1993, que, en asunto seguido por perjuicios causados a la entidad recurrente, a causa de la prohibición de movimientos de animales y carnes frescas como consecuencia de normas de prevención de la peste porcina africana (ponente, Manuel Goded Miranda) sienta este criterio general:

de los requisitos exigidos para la apreciación de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el nexo causal entre la actuación administrativa y el perjuicio sufrido tiene singular relevancia, como factor expresivo de la relación de causa a efecto entre el actuar administrativo y los daños originados, determinante de que éstos sean consecuencia de aquél, y sobre ello se ha de argumentar que si bien esa vinculación entre los factores dichos, implica un juicio valorativo de lo acreditado en autos o en el expediente, y no se ha de llegar a exigir una prueba concluyente, de difícil consecución en la mayoría de los casos, sí se ha de precisar para su apreciación deducir, conforme a las reglas del criterio racional, un enlace preciso y directo entre uno y otro (el actuar administrativo y los daños originados), expresivo de esa dependencia entre ambos.

Por otro lado, entendemos de interés destacar en este ámbito la referencia jurisprudencial a la culpa «in vigilando». Así, en la sentencia de 28 de febrero de 1995 (ponente Manuel Goded Miranda), el recurrente impugna la sentencia que le denegó la indemnización por los daños y perjuicios producidos por el fallecimiento de su hermano, deficiente mental, al ser atropellado por un automóvil tras su fuga de centro dependiente de la Diputación Provincial de Granada. El TS entiende que la muerte tuvo su causa directa en la falta de una necesaria e imprescindible vigilancia por parte del personal del centro, que hizo posible su fuga, y fija la indemnización por daños morales, reduciendo la solicitada por el recurrente en función de las circunstancias concurrentes. Señala la sentencia:

Entendemos que para resolver la cuestión debemos tomar en cuenta que D. José, deficiente mental de grado medio, estaba incluido en el grupo de internos necesitados de vigilancia o acompañamiento en sus salidas del Centro, dando lugar a que fuese vigilado o acompañado en sus desplazamientos hasta el Centro ocupacional y en salidas de otra clase (informe del Centro de Armilla de 17 febrero 1987); que el mencionado D. José se fugaba frecuentemente del Centro de internamien-

⁹ DE AHUMADA RAMOS, F. J.: «Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado», Grandes Tratados, Aranzadi, junio 2009.

to, lo que sin duda debió exigir una atención y vigilancia especial por parte de los directivos y empleados de dicho Centro para evitar tales fugas; que, según declaración de uno de los empleados del Centro (verificada en el acto del juicio de faltas celebrado el 25 noviembre 1987), existían unos 30 enfermos en vigilancia especial, que normalmente se prestaba por 7 u 8 sanitarios, pero que el día en que se produjo el hecho enjuiciado estaba desempeñada por 4 sanitarios. Estos hechos, habida cuenta del estado de salud mental de D. José, determinan que debemos entender que su muerte por atropello de un vehículo automóvil tuvo su causa directa en la falta de una necesaria e imprescindible vigilancia por parte del personal del Centro de Deficientes Mentales de Armilla, que hizo posible su fuga del Centro en la tarde del 12 noviembre 1986 y su deambular sin vigilancia alguna, lo que, dado su estado mental, provocó su muerte por atropello de un vehículo automóvil.

3.3. Procedimiento

El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial ya no se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un procedimiento especial, sino que, por el contrario, se incardina en el procedimiento administrativo común, con determinadas especialidades que concreta la propia LPAC al regular las distintas fases del procedimiento común. Por su parte, el artículo 96 LPAC establece la posibilidad de una tramitación simplificada del procedimiento.

Como aspecto positivo en materia procedimental, podemos destacar la elevación de rango producida en esta materia en virtud de la derogación del Real Decreto 429/1993 regulador del procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial. Por el contrario, y frente al régimen de la anterior normativa, no podemos sino cuestionar la nueva estructuración procedimental, en la medida en que las previsiones relativas al procedimiento para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentran diseminadas a lo largo del articulado de la LPAC, dificultando su manejo por parte de los distintos operadores jurídicos.

La LPAC conserva, en su artículo 67.1 la previsión relativa al plazo para ejercitar la acción de responsabilidad y presentar la reclamación frente a la Administración, que se mantiene en un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización. No obstante, en el supuesto de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Mientras que en los supuestos de responsabilidad patrimonial dimanante de sentencia firme que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango legal estatal o su carácter contrario a la normativa comunitaria, el plazo de un año empezará a contarse desde la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial del Estado o el Diario de la Unión Europea en su caso.

La norma ha establecido este plazo como un plazo de prescripción, en lógica consecuencia, determinadas actuaciones y, en concreto, el ejercicio de la acción penal, pueden interrumpir tal plazo. A este respecto, nuestra jurisprudencia viene admitiendo la interrupción del plazo de ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata*.

Vinculado a lo anterior está, sin duda, lo establecido bajo el rótulo de Responsabilidad penal en el artículo 37 de la LRJSP que se expresa en análogos términos a los del derogado artículo 146 de la Ley 39/1992 disponiendo que *«la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Aña-*

diendo en su apartado segundo que *la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial*».

En relación con la vinculación del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial con la eventual existencia de un procedimiento penal por los mismos hechos y, en concreto, en lo que hace a la eficacia interruptiva de este último sobre el plazo de un año de aquel, entendemos de interés traer a colación lo señalado por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de mayo de 2002, al manifestar que: *«Así las cosas, en el caso de autos, habida cuenta que ni el Fiscal ni el propio recurrente sostuvieron en el proceso penal la acción de responsabilidad civil en cuanto a los daños sufridos por el segundo, podría estimarse que no se da el requisito de la relevancia en cuanto al «quantum» indemnizatorio, ya que éste no se ve afectado por la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, pero por el contrario la fijación de hechos que debió efectuarse y se efectuó en el proceso penal sí tenía transcendencia, al menos en apariencia, para concretar la responsabilidad de la Administración y determinar la procedencia o no del ejercicio de la acción correspondiente, por cuanto de la fijación de tales hechos podía resultar o bien la responsabilidad exclusiva de la Administración o la del Capitán del buque siniestrado y la irrelevancia del actuar de la Administración en la comisión del daño, o, también, como así ha sido, la concurrencia de culpa del Capitán y del Práctico del Puerto de La Coruña, por tanto, en aplicación de la Jurisprudencia de la Sala, el plazo de prescripción no empezó a correr en el caso de autos hasta tanto no finaliza el proceso penal, por lo que, dictada sentencia en el proceso penal el 18 de julio de 1997 y formulada la reclamación en vía administrativa el 18 de julio de 1998, es claro que no ha transcurrido el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y por tanto debe declararse que la Sala «a quo» ha infringido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Sentencia recurrida es contradictoria con la de esta Sala y Sección*». En consecuencia, cuando la fijación de hechos en un proceso penal pueda ser determinante para concretar la responsabilidad patrimonial de la Administración, el inicio de estas acciones penales interrumpirá el plazo para la formulación de la reclamación.

En lo que hace a los principales aspectos en materia procedimental en la nueva legislación podemos destacar los siguientes.

El artículo 24 LPAC dispone que el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos de responsabilidad patrimonial. También se refiere a este silencio negativo el art. 91.3 LPAC.

El artículo 35.1.h) LPAC exige la motivación, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, de los actos que resuelvan procedimientos de responsabilidad patrimonial.

El artículo 91.2 la LPACAP permite, como hasta ahora (artículos 4 a 6 del Reglamento de 1993), el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial por petición razonada de otros órganos (artículo 61.4), de oficio (artículo 65) o por los particulares (artículo 67). No obstante, si la Administración decide iniciar de oficio el procedimiento, será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado al que se refiere el artículo 67. Como novedad, podemos destacar que el artículo 65 de la LPAC, respecto a la iniciación del procedimiento de oficio, amplía el plazo de 7 a 10 días respecto al estipulado en el artículo 5.3 del Real Decreto 429/1993.

Por otro lado, el artículo 81 LPAC contempla tres tipos de informes y dictámenes que deben solicitarse durante la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial:

1. Informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, que deberá emitirse en diez días.

2. Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando la cuantía reclamada sea igual o superior a 500.000 € o la que establezca la correspondiente legislación autonómica o en los casos previstos en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses.

3. Informe del Consejo General del Poder Judicial, en el caso de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que deberá ser evacuado en el plazo máximo de dos meses.

En cuanto a la posibilidad de terminación convencional, el artículo 86.5 LPAC establece que *«en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el art. 34 LRJSP»*.

En cuanto a la posibilidad de procedimiento simplificado, el artículo 96.4 LPAC determina que en esta materia, *«si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado»*.

Para terminar con la regulación de la tramitación del procedimiento de exigencia de responsabilidad administrativa, destacar que, de conformidad con el artículo 114.1 LPAC, *«pone fin a la vía administrativa la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive»*.

En otro orden de cosas, y dando un paso en el camino de la solicitud de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es menester concluir haciendo somera referencia a la vía judicial de reclamación. A este respecto, es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la que contempla las cuestiones procesales atinentes a tal vía.

Así, baste señalar en lo que se refiere a la competencia para conocer de las pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial, que su artículo 2 e) determina que *«el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad»*.

En todo caso, y en la misma dirección el artículo 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial determina que *«los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá tam-*

bién frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva».

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- DE AHUMADA RAMOS, F. J.: *Requisitos que terminan de perfilar el concepto de lesión indemnizable: daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado*, Grandes Tratados, Aranzadi. 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid. 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson-Civitas, Madrid, 12.^a ed. 2011.
- GODED MIRANDA, M., «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial* (obra colectiva, vol. I, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales), Madrid. 1983.
- GODED MIRANDA, M., «Responsabilidad de la Administración: requisitos; doctrina jurisprudencial. Daños causados por disparos de las fuerzas del orden». Dictamen emitido por la Dirección General de lo Contencioso el 25 de enero de 1975, en *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, Madrid. 1974-1975.
- LEGUINA VILLA, J., «El fundamento de responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 23. 1979.
- LEGUINA VILLA, J., «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 136. 2007.
- RÓDRIGUEZ LÓPEZ, P. *Responsabilidad Patrimonial de la Administración en materia sanitaria*. Barcelona. 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid. 1999.

EFFECTO EXPANSIVO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS NO SANCIONADORES

Belén Triana Reyes

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL.—3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—4. RESOLUCIONES RECIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4.1. Indemnizaciones a presos provisionales luego absueltos. 4.2. Indemnizaciones a víctimas implicadas en actividades delictivas. 4.3. Comisiones de verdad. 4.4. Comisiones parlamentarias de investigación.—5. CONCLUSIONES.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro querido preparador Manuel Goded, en cuyo recuerdo y honor se redactan estas líneas, a lo largo de su extensa carrera profesional, y muy especialmente durante sus años como magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, tuvo numerosas ocasiones de pronunciarse sobre la aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y su posible infracción en procedimientos administrativos de distinta naturaleza. Con la claridad y concisión que le eran propias, por ejemplo en la STS de 28 de octubre de 2002, de la que fue ponente (Recurso 11524/1998) dejó sentado que: «*El principio de presunción de inocencia tiene su principal campo de aplicación en el derecho penal y en el administrativo sancionador*» y «*consiste esencialmente en exigir para que la presunción de inocencia pueda ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo producida con las debidas garantías de la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado penalmente o del sancionado administrativamente*».

Manolo Goded acogía en la sentencia citada, como en muchas otras de las que fue ponente¹, la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional en los años siguientes a la aprobación de la Constitución según la cual la presunción de inocencia de su art. 24.2, al igual que el resto de garantías recogidas en ese precepto constitucional, siendo de natural aplicación en el proceso penal, ha de hacerse extensiva al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Como recordó la STC 161/2016, de 3 de octubre, FJ 3, con cita de otras: «*Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2, viene reiterándose por este Tribunal la aplicabilidad de las garantías contenidas en el art. 24.2 CE a los procedimientos administrativos sancionadores, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado, con las matizaciones que resulten del equilibrio entre su propia naturaleza y la necesidad de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE*».

¹ Especialmente, Manuel Goded aplicó la presunción de inocencia en los procedimientos de expulsión de extranjeros reiterando que en estos, la necesidad de verificar si dicha presunción fue destruida, habilita al Tribunal de instancia para pronunciarse sobre la existencia de prueba de cargo suficiente. Por ejemplo, SSTS de 10 de abril de 2000 (Rec. 3257/1996); 30 de septiembre de 2002 (Rec.4344/1999) y 4 de noviembre de 2002 (Rec. 5236/1999). También destacó en varias sentencias (por ejemplo, SSTS de 13 de febrero de 1998, Rec. 9280/1996 y 27 de marzo de 2000, Rec. 2688/1996) la aplicación de la presunción de inocencia a las sanciones tributarias, si bien descartando que ello afectara a su ejecutividad.

En paralelo, Manolo era plenamente conocedor, como es obvio, de la doctrina del Tribunal Constitucional que rechazó, también desde época temprana, la aplicación de los principios del art. 24.2 CE, entre ellos la presunción de inocencia, a procedimientos administrativos no sancionadores², aunque de los mismos pudieran derivarse efectos desfavorables para los administrados³. La STC 34/2003, de 25 de febrero ya dijo que: «*Es doctrina constitucional reiterada que las garantías que la Constitución prevé para los actos de contenido punitivo no resultan, sin más, exigibles a los actos restrictivos de derechos o desfavorables (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3; 69/1983 de 26 de julio, FJ 4; 96/1988, de 26 de mayo, FJ 3; 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3; ATC 323/1996, de 11 de noviembre, FJ 3). De ahí que expresamente se haya sostenido que la presunción de inocencia es una garantía constitucional que no resulta de aplicación a los actos administrativos que carezcan de contenido sancionador (ATC 81/1996, de 28 de marzo, FJ 1) al quedar fuera del ámbito de este derecho fundamental los actos que carecen de contenido punitivo (ATC 683/1984, de 14 de noviembre, FJ 4)*»⁴. Manolo Goded aplicó esta doctrina en sentencias en las que perfectamente explicaba la diferencia entre actos administrativos sancionadores y actos en los que, simplemente, se impone al ciudadano el cumplimiento de una obligación fijada por normas administrativas, o se declara extinguido su derecho por el incumplimiento de las mismas, a la vez que descartaba la aplicación de la presunción de inocencia en procedimientos administrativos no sancionadores de distinta índole⁵.

Sin embargo, la anterior construcción, válida durante décadas y aplicada por Manolo hasta su jubilación, se puede estar viendo cuestionada en los últimos años, sobre todo como consecuencia de resoluciones judiciales adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su ulterior recepción en la doctrina del Tribunal Constitucional español. Estas resoluciones apuntan a un crecimiento expansivo del ámbito de aplica-

² Caamaño Domínguez, F., en «La garantía constitucional de la inocencia», pp. 202-205, explica que siempre han existido dudas sobre la posible aplicación de la presunción de inocencia en procedimientos no sancionadores productores de consecuencias jurídicas perjudiciales. Cita, por ejemplo, los despidos disciplinarios en el ámbito laboral o la cláusula de orden público como límite del derecho de reunión. Este autor defiende que el entendimiento amplio de la presunción de inocencia es probablemente el mayor enemigo de este derecho fundamental porque lo diluye y pervierte sus contenidos jurídicos en una doble dirección: a) porque deja de ser un derecho para convertirse en un principio presente en todos los derechos y, b) porque lo entremezcla y confunde con el derecho a la prueba y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE.

³ Salvo, como explica Sánchez Tomás, J.M., pp. 5-6, en procedimientos que, aun no siendo calificados como tales por el legislador, sean materialmente sancionadores. Como dijo la STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3: «*Ni el nomen iuris empleado por la Administración o asignado por la Ley, ni la clara voluntad del legislador de excluir una medida del ámbito sancionador constituyen un dato decisivo a la hora de precisar si los arts. 24.2 y 25 resultan aplicables (SSTC 164/1995, FJ 4; y 239/1988, FJ 3)*».

⁴ Lo anterior, con alguna vacilación inicial como la STC 13/1982, de 1 de abril, FJ 2, que aplicó la presunción de inocencia en un proceso de derecho de familia, sobre guarda y custodia de los hijos, en el que las resoluciones judiciales habían negado la custodia al padre por «sospechas» de homosexualidad o las SSTC 36 y 37/1985, de 8 de marzo, FJ 2, que la aplicaron en procedimientos de despido, siendo después rectificadas esta doctrina. Ver también Sánchez Tomás, J.M., p.6.

⁵ La STS de 28 de octubre de 2002 (Rec. 11524/1998) citada excluía la aplicación de la presunción de inocencia en un supuesto de cancelación de inscripción de una empresa de seguridad que no se había adaptado a los requisitos del Reglamento de Seguridad Privada. También, es interesante la STS de 14 de mayo de 1998, ponente Goded Miranda (Rec. 3896/1995) relativa a un supuesto de revocación de un permiso de armas por incumplimiento de requisitos, que distingue este caso de los supuestos de revocación/sanción, con referencia en su FJ 3, a varias Sentencias del TC, entre ellas, la STC 13/1982. Igualmente, la STS de 4 de diciembre de 1998 (Rec. 645/1995), Ponente Goded Miranda, niega la aplicación de la presunción de inocencia, al no existir «aspecto alguno de carácter sancionador», en un procedimiento de selección de jueces sustitutos en el que se rechazó a la recurrente por falta de aptitud.

ción de la presunción de inocencia, en un doble sentido. En primer lugar, porque admiten su aplicación a procedimientos administrativos no sancionadores. En segundo lugar, porque sugieren la eventual ampliación de los efectos de la presunción en lo que, tradicionalmente se ha conocido, como su dimensión extraprocesal. Así, si como seguidamente se verá, la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional identificó las lesiones extraprocesales de la presunción de inocencia con lesiones del derecho al honor, la jurisprudencia más reciente abre la puerta a una interpretación más generosa que, a su vez, puede conllevar la ampliación de las medidas de reparación en supuestos de lesión. Siendo ya imposible, por desgracia, conocer la opinión que habría tenido Manuel Goded sobre una aplicación ampliada de la presunción de inocencia, en este trabajo se analizan las resoluciones más recientes y significativas, de los dos tribunales citados, que plasman la evolución jurisprudencial apuntada para intentar, modestamente, alcanzar algunas conclusiones. Previamente, se hace una breve exposición del significado de este derecho según la doctrina constitucional tradicional para explicar luego cómo y en qué forma se ha materializado la nueva jurisprudencia mencionada.

Manolo, va por ti.

2. CONCEPTO Y ÁMBITO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL TRADICIONAL

La presunción de inocencia se recoge por vez primera como derecho fundamental en nuestro ordenamiento en la Constitución Española de 1978 (CE)⁶. El Tribunal Constitucional (TC), desde sus primeras sentencias, destacó la importancia de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y distinguió en ella un doble contenido que, ya desde la STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 2, vino a definir refiriéndose, respectivamente, a la presunción de inocencia como «regla de juicio» y como «regla de tratamiento». La STC 185/2014, de 6 de noviembre, explica así, FJ 3, que «la doctrina del Tribunal ha reconocido que el derecho a la presunción de inocencia es “uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal” (por todas, SSTC 138/1992, de 13 de octubre; y 133/1995, de 25 de septiembre) y es consciente de la importancia garantista del derecho a la presunción de inocencia, al que considera quizás “la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada” (SSTC 141/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 4). Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido así declarado tras un previo juicio justo (por todas, STC 153/2009, de 25 de junio, FJ 5) y, como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se configura como derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (entre muchas, últimamente, STC 78/2013, de 8 de abril, FJ 2)», de modo que: «La eficacia garantista de la presunción de

⁶ Previamente, la presunción de inocencia se reconoce en diversos convenios internacionales ratificados por España que, según el art. 10.2 CE, inspiran la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, la presunción de inocencia se recoge, sin precisión sobre su contenido, ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 11); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2), ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril); en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE de 10 de octubre) y, después, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, con efecto directo desde la aprobación del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (art. 48).

inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también como derecho frente al legislador, como destacó ya la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, donde se reconoce que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una “obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”».

La presunción de inocencia, como regla de juicio, se traduce en un derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas que han de ser aportadas por la acusación. Como dijo, por ejemplo, a este respecto la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 2: «En definitiva, nuestra doctrina está construida sobre la base de que el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones. En palabras de la ya citada STC 81/1998 (FJ 3), “la presunción de inocencia opera... como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (igualmente en la reciente STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9)». En el ámbito administrativo sancionador, como recuerda la STC 9/2018, de 5 de febrero, FJ 2, con cita de otras: «Implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; a no declarar contra sí mismo y, en fin, a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba»⁷.

La presunción de inocencia como regla de tratamiento, se identifica normalmente con la llamada vertiente extraprocesal del principio, aunque, en puridad, se trate de una regla aplicable también en el seno del proceso⁸. En esta vertiente extraprocesal, se ha destacado⁹, que la doctrina sobre la presunción de inocencia se desarrolló una vez consolidada la relativa a su aplicación como garantía en el ámbito del proceso penal, en un contexto más amplio de protección de la dignidad de la persona frente a cualquier acción atentatoria de esa dignidad emanada de los poderes públicos¹⁰. La presunción de inocencia se reconoció así por el TC, en esta vertiente extraprocesal, sobre todo desde los primeros años 90, si bien, a partir de la STC 166/1995, de 20 de noviembre, perdió autonomía para ser reconducida su tutela a través del cauce del derecho al honor¹¹. Como dijo esta STC, FJ 3, «para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 C.E., alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos

⁷ La Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contempla la presunción de inocencia en el procedimiento administrativo sancionador en el art. 53.2.b). Ver Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I., capítulo 35. Sobre procedimiento administrativo sancionador en materia tributaria, Cordero García, J. A., capítulo II.

⁸ Díaz Fraile, F., p. 130, explica que: «suele hablarse de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia como regla de tratamiento pero en realidad esta regla de tratamiento de toda persona que se presume inocente tiene un alcance mayor pues rige antes del proceso, durante el proceso hasta la resolución definitiva del mismo y después del proceso tras una sentencia absolutoria».

⁹ Ovejero Puente, A.M., p. 432.

¹⁰ No faltan autores que niegan directamente la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia e incluso su aplicación a la fase instructora del proceso penal, limitándola al proceso propiamente dicho y a los procedimientos administrativos sancionadores. Por ejemplo, Morón Palomino, M.

¹¹ Gascón Inchausti, F., pp. 356-357.

consagrados en el art. 18 C.E. los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos»¹². En sentido similar, la STC 244/2007, de 10 de diciembre, FJ 2, tras explicar que la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional y también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señalaba que ésta consiste en: «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo» de modo que: «esa eficacia extraprocésal de la presunción de inocencia encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de la denunciada lesión del derecho al honor, particularmente en relación con el requisito de veracidad de las informaciones cuando el derecho al honor pugna con el derecho a la libertad de información»¹³.

Puesto que el TC conoce de las posibles lesiones a la presunción de inocencia a través del recurso de amparo y este es un remedio concebido constitucionalmente para remediar lesiones de los derechos fundamentales imputadas a los poderes públicos (arts. 53 CE y 41.Dos LOTC), en particular, la regla de tratamiento en que consiste la presunción de inocencia, se predica de éstos, si bien se hace extensiva no solo a jueces sino también a otras autoridades y funcionarios¹⁴. Asimismo, aunque los pronunciamientos tradicionales del TC al respecto se refirieron a posibles lesiones a la presunción de inocencia en su versión extraprocésal previas o simultáneas al proceso penal, como indica la doctrina¹⁵, y se verá en los pronunciamientos más recientes, la regla de tratamiento es también aplicable a posibles lesiones posteriores al proceso. La evolución jurisprudencial en la interpretación de esta vertiente de la presunción de inocencia es la que aquí interesa destacar en cuanto dará lugar al efecto expansivo del derecho.

3. DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya se ha adelantado, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido decisiva en la expansión de la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia, al menos en un doble sentido: de una parte, en cuanto ha consagrado su

¹² Esta doctrina del TC es la que acoge la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (por ej., SSTS 836/2011, de 24 de noviembre, Rec. 1785/2009 y 692/2012, de 13 de noviembre, Rec. 323/2011).

¹³ La vertiente extraprocésal de la presunción de inocencia es objeto de tratamiento, en la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, «por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», actualmente pendiente de trasposición al derecho interno (DOUEL 11 marzo 2016). Algunos autores ven esta tarea como una oportunidad para regular en profundidad la presunción de inocencia de detenidos o presos en cuanto regla de tratamiento relacionada con su honor, intimidad e imagen. En este sentido, por ejemplo, García Molina, P., y doctrina allí citada. La Directiva no se aplica a procedimientos civiles, ni administrativos, ni siquiera sancionadores, ni a los medios de comunicación. Se aplica solo, en lo que aquí importa, a declaraciones de autoridades públicas (administrativas y judiciales), sobre personas físicas sospechosas o acusadas en un proceso penal desde el momento mismo de la sospecha, incluso antes de ser ésta comunicada al sospechoso e impone [Considerando 18] que «la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley».

¹⁴ La dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia, presenta creciente proyección frente a terceros, en especial, medios de comunicación, como en el caso de los llamados «juicios paralelos». Ver Ovejero Puente, A.M., y Oromí i Vall-llovera, S.

¹⁵ Díaz Fraile, F., p. 135.

aplicación en procesos no sancionadores ni susceptibles de producir consecuencias negativas sobre el individuo, tanto administrativos como civiles. Por otra parte, en cuanto no identifica necesariamente la presunción de inocencia como regla de tratamiento con el derecho al honor sino que la asocia también con el derecho a un juicio justo.

Respecto a la aplicación de la presunción de inocencia en procedimientos administrativos no sancionadores, la Sentencia del TEDH (STEDH) que de manera más completa explica la doctrina sobre el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹⁶ es, posiblemente, la dictada por la Gran Sala en el caso *Allen c. Reino Unido*, en fecha 13 de julio de 2013. Al resolver un supuesto en que la demandante, primero condenada por el homicidio de su hijo y después absuelta a partir de nuevas pruebas médicas, solicitó indemnización por error judicial, la Sentencia distingue los dos aspectos ya citados de la presunción de inocencia. Primero [93], enumera las exigencias y límites que conlleva la presunción de inocencia entendida como «*garantía procesal en el contexto de un proceso penal*». Luego [94] añade que «*para garantizar la necesidad de que el derecho reconocido en el artículo 6§2 sea práctico y efectivo, el derecho a la presunción de inocencia presenta otra dimensión. Su finalidad en términos generales, en esta segunda dimensión, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra a las personas que han sido absueltas de cargos penales, o respecto a las cuales sus procesos penales han sido sobreesidos. En estos casos, el derecho a la presunción de inocencia entendido como garantía procesal persigue, a través de la aplicación durante el proceso de todos los aspectos inherentes al mismo, prevenir que se imponga una condena penal injusta. En el caso de que no se asegurase el respeto de la decisión de absolución o del sobreesimiento del proceso en cualquier otro proceso, el proceso justo que garantiza el artículo 6§2 correría el riesgo de convertirse en teórico e ilusorio. Aquello que también está en juego una vez que el proceso penal ha concluido es el honor y la reputación de la persona y cómo ésta es percibida por la sociedad. En cierta medida, la protección que garantiza el artículo 6§2 en esta cuestión puede coincidir con la prevista por el artículo 8*». Después [96 y siguientes], la Sentencia repasa los parámetros de acuerdo con los cuales se ha de aplicar el artículo 6.2 CEDH cuando el proceso penal ya ha finalizado y lo que está en juego es la segunda dimensión de la presunción de inocencia enumerando, con vocación de exhaustividad, los distintos supuestos planteados, desde casos en que los absueltos piden el reembolso de costas o gastos, o indemnizaciones por el tiempo pasado en prisión preventiva, hasta supuestos de absueltos luego condenados como responsables civiles por los mismos hechos, entre otros. La Sentencia llega así a la conclusión [103, 104] de que la presunción de inocencia permanece «*una vez ha finalizado el proceso penal para asegurar que, en relación con cualquier acusación no probada, es respetada la inocencia de la persona en cuestión*», si bien para que el derecho sea aplicable, «*en el contexto de procesos posteriores, el demandante debe demostrar la existencia de la vinculación (...) entre el proceso penal concluido y los procedimientos posteriores*» y, de forma que «*[e]ste vínculo probablemente existirá, por ejemplo, cuando los procedimientos posteriores requieran el examen de los resultados del procedimiento penal previo y, en concreto, cuando obliguen al tribunal a analizar el proceso penal; a llevar a cabo una revisión o evaluación de las pruebas que se plantearon en el proceso penal; a valorar la participación del demandante en algunos o todos los hechos que condujeron a formular la acusación; o a discutir las subsistentes indicaciones de la posible culpabilidad del demandante*». Una vez acreditado el vínculo, lo que hace la STEDH del caso *Allen*, es analizar a la vista de las cir-

¹⁶ Artículo 6.2 CEDH: «*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*».

cunstances del caso, si se vulneró en él la presunción de inocencia, para lo que se centra en el «*lenguaje utilizado por el órgano decisor*» que se considera de «*vital importancia*», aunque aclarando que «*cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante*» [126]¹⁷. La conclusión que se alcanza es que, si bien para valorar la existencia o no de error judicial, los Tribunales internos hubieron de abordar «*cierta discusión sobre la inocencia de la demandante*» [133], sin embargo «*no discutieron sobre si las pruebas eran indicativas de la culpabilidad o inocencia de la demandante*» y «*repitieron constantemente que hubiese correspondido al jurado resolver la valoración de las pruebas nuevas*» [134]. Por tanto, la Sentencia decide que no hubo violación del artículo 6.2 CEDH en ese caso.

A la vista de la Sentencia Allen, lo que más cabe destacar ahora es, por una parte, su relativa indefinición al concretar si la presunción de inocencia como regla de tratamiento se asocia con el derecho al honor o con el derecho al juicio justo. La cuestión se deja abierta, como se ha visto, en la transcripción del fundamento 94, si bien luego, parece el TEDH inclinarse más por el derecho al honor, en la medida en que reconduce el análisis al lenguaje utilizado. Por otra parte, dentro del repaso de casos anteriores similares que hace la Sentencia [120 y siguientes] es interesante la referencia a los supuestos de responsabilidad civil por daños a las víctimas en cuanto el TEDH precisa [123] que se aplica en los procesos civiles una «*carga de la prueba menos exigente*» por lo que sería posible declarar civilmente responsable al penalmente absuelto aunque, nuevamente, se dice que, si la decisión que establece la responsabilidad civil contiene «*alguna declaración que impute responsabilidad penal, podría plantearse una violación del artículo 6§2 del Convenio*». Por tanto, vuelve a ejemplificarse que la presunción de inocencia sería aquí una regla de tratamiento disociada de la resolución material del caso que podría traducirse en una condena como civilmente responsable.

Razonamientos similares a los del caso Allen, se reiteran en las más recientes sentencias del TEDH en las que se resuelven violaciones de la presunción de inocencia en procedimientos distintos del proceso penal pero posteriores a éste, como Alsasi v. Turquía; Recep Yildiz v. Turquía y A. v. Noruega¹⁸. Si bien las soluciones difieren, en todos los casos se analiza primero la vinculación del procedimiento administrativo o judicial ulterior con el previo proceso penal y, caso de apreciarla, se analizan las resoluciones del segundo procedimiento desde el punto de vista del lenguaje utilizado¹⁹.

De lo expuesto hasta ahora resulta ya que el TEDH, claramente, admite la aplicación de la presunción de inocencia en procedimientos no sancionadores si tienen vinculación con un proceso penal previo. Ello, ya de por sí, es importante. Sin embargo, quizá no lo sería tanto, si las resoluciones se limitaran a procedimientos relacionados con el previo juicio penal y, al mismo tiempo, se quedaran en un mero examen de posibles lesiones derivadas de la vertiente extraprocesal de la presunción, entendida en un sentido

¹⁷ La STEDH en el caso Allen [122] explica también la doctrina que, en cuanto al lenguaje utilizado, distingue los casos en que se dicta sentencia absolutoria de los supuestos en que el proceso penal es sobreseído. En los segundos, es admisible que resoluciones posteriores expresen sospechas sobre la inocencia; no así en los primeros.

¹⁸ Respectivamente, de 18 de octubre de 2016, 24 de enero de 2017 y 29 de mayo de 2018.

¹⁹ Especial interés reviste la STEDH en el caso A. contra Noruega, en el que, si bien se aprecia que la condena por responsabilidad civil del que previamente había sido absuelto de un delito de contacto sexual con una menor de catorce años, como entendió el Tribunal Supremo nacional, vulneró la presunción de inocencia, conforme a lo declarado por éste, se considera que ello queda reparado con la remoción de las expresiones que así lo indicaban pero manteniendo intacta la condena y la obligación de indemnizar.

honorífico, en línea con la doctrina tradicional de nuestro TC, en el sentido expuesto. En este caso, el efecto expansivo no sería tan significativo puesto que los procedimientos afectados serían, por definición, dada la previa vinculación con el proceso penal, limitados y las posibles infracciones estarían ligadas siempre a las expresiones o lenguaje utilizado en las distintas resoluciones judiciales o administrativas. En cuanto tales, dichas lesiones serían relativamente fáciles de evitar y sanar pues la reparación debería, en principio, consistir en la mera declaración de la lesión, con eliminación en su caso de las expresiones ofensivas o, a lo sumo, en una indemnización reducida a los daños morales reclamados y demostrados²⁰.

Sin embargo, junto a las ya citadas, se han de añadir otras Sentencias del TEDH a las que aún no se ha aludido. Por una parte, están las SSTEDH que aprecian lesiones de la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH, no del derecho al honor, en casos de declaraciones públicas de jueces o funcionarios que, sin previa condena, a veces sin proceso penal previo, identifican a determinadas personas como si fueran culpables de delitos²¹. Una de las más emblemáticas es la STEDH, de 5 de febrero de 1995, en el caso *Allenet de Ribemont c. Francia*, a la que cabe añadir aquí, por referirse a nuestro país y porque rectificó la mencionada STC 244/2007, la STEDH en el caso *Lizaso Azconobieta c. España*, de 28 de junio de 2011²². Según esta sentencia, la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH que «*figura entre los elementos del proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 (...) no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal*». Sin embargo, como ha apuntado la doctrina, aunque en principio puede parecer bastante relevante que el TEDH analice estos supuestos bajo el prisma de la presunción de inocencia en su dimensión extraprocésal mientras que el TC los ubica en el ámbito del derecho al honor, en realidad, el canon de enjuiciamiento en ambos tribunales para dilucidar la lesión, puede no ser tan diferente en la medida en que la lesión de uno u otro derecho se someta a los mismos requisitos de veracidad y relevancia de la información, tamizados por una exigencia de proporcionalidad, que estaría ligada en estos casos a la exigencia de que no se presente como culpable a quien no se sabía si lo era²³.

Un segundo grupo de sentencias del TEDH, también en relación con España, que interesa destacar son las relativas a reclamaciones por infracción del artículo 6.2 CEDH formuladas por recurrentes que, tras haber sido absueltos en sede penal, por aplicación de los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, pretendieron luego obtener una indemnización por el tiempo transcurrido en prisión provisional siéndoles de-

²⁰ Gascon Inchausti, F., p. 380. Añade también una posible condena penal por calumnia pero señala que, al reconducir estas lesiones al honor, se evitan «*las dificultades que, al menos en casos extremos, podría generar una valoración de estas situaciones también desde la perspectiva de la presunción de inocencia, entendida como ingrediente del derecho a un proceso justo, especialmente cuando se considera que este tipo de declaraciones puede atentar contra la imparcialidad del tribunal penal*».

²¹ Un sector doctrinal critica esta jurisprudencia del TEDH que se considera excesivamente expansiva y pendular. Así lo expone por ejemplo Allué Buiza, A., pp. 328-329 y 338-340, con cita de otros autores y de la opinión discrepante emitida frente a la Sentencia del caso *Allenet de Ribemont* contra Francia.

²² Ver comentarios sobre la STEDH de 28 de junio de 2011 y otras relacionadas en Gascón Inchausti, F. Según este autor, pp. 364-365: «*El TEDH, en cambio, ha atribuido a la noción de presunción de inocencia una gran fuerza expansiva, que le permite señalar como esta garantía despliega su eficacia en sectores y dimensiones más allá de lo probatorio y en los que, según nuestros parámetros, no debería operar*».

²³ Gascón Inchausti sostiene al comparar la STC 244/2007 con la STEDH en el caso *Lizaso Azconobieta* (pp. 377-382) que puede tratarse de dos vías distintas para llegar al mismo resultado.

negada ésta a partir de la legislación interna contenida en el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁴. Estas son las sentencias dictadas en los casos Puig Panella; Tendam y Boddy y Lanni²⁵. Las dos primeras, siendo de fecha anterior a la Sentencia del caso Allen, podrían considerarse compatibles, o al menos matizadas, por la doctrina general sentada en esta última, aunque algunas de sus expresiones puedan arrojar dudas sobre si la intención del Tribunal no era ir más allá del aspecto extrapocesal de la presunción de inocencia que, como se viene diciendo, se asocia con una perspectiva más bien formal vinculada con el derecho al honor. Así, la Sentencia del caso Puig Panella, si bien se refería, de modo análogo al ya mencionado, al lenguaje utilizado por los órganos judiciales o administrativos internos, también aludía [54] a «*su manera de actuar*» y a «*los motivos de sus decisiones*» y, aunque ciertamente declaró que, ni el artículo 6.2, ni ningún otro artículo CEDH, otorgan a los acusados no condenados un derecho a ser indemnizados y, si bien dijo que la interpretación de la legalidad interna no es competencia del TEDH, lo cierto es que condenó a España, por resoluciones que se limitaron a aplicar dicha legalidad. En sentido similar, la Sentencia del caso Tendam, igualmente condenatoria, si bien alude con frecuencia al lenguaje utilizado, también argumenta [37] que «*el hecho de exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva parece poco razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia*», declaración ésta que, con bastante claridad, parece sobrepasar el límite de un análisis de la presunción de inocencia desde una perspectiva estrictamente honorífica²⁶. Finalmente, esta misma declaración se trasladó a la Sentencia del caso Boddy y Lanny [40] ya posterior a la Sentencia del caso Allen. La Sentencia contiene también otras declaraciones difícilmente compatibles con una dimensión puramente formal de la presunción de inocencia cuando, por ejemplo dice [40] que «*en el ámbito del artículo 6§2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado*» o cuando vuelve a repetir [46] que no se puede exigir al demandante «*en el momento en el que reclama una indemnización por anormal funcionamiento de la justicia que demuestre su inocencia*» y cuando afirma [47], otra vez, la vinculación del juez contencioso al fallo de la justicia penal y [48] la competencia exclusiva del juez de lo penal a este respecto. Este tipo de declaraciones han dado lugar a que la doctrina haya calificado estas sentencias, como «*demasiado radicales y simplistas*»²⁷. También se ha interpretado que estas SSTEDH (y otras anteriores) resuelven sobre la lesión o no de la presunción de inocencia, no tanto a partir del lenguaje y expresiones utilizados por los órganos internos, como por «*el razonamiento empleado para rechazar la responsabilidad*»²⁸, ponderando no solo las causas de la absolución o retirada de la acusación contra el interesado sino el conjunto de circunstancias concurrentes, entre ellas, el comportamiento del demandante a lo largo del proceso. Esta distinción, calificada de sutil por su misma autora, nuevamente, parece trascender el análisis

²⁴ El art. 294 LOPJ dispone que «*[t]endrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*».

²⁵ Respectivamente, de fechas 25 de abril de 2006, 13 de julio de 2010 y 16 de febrero de 2016.

²⁶ No obstante, ambas sentencias, Puig Panella y Tendam, al declarar la infracción del artículo 6.2 del Convenio condenan al Estado español a abonar una indemnización solo por daño moral; no por el tiempo que el reclamante estuvo en prisión provisional. Ello, parece apuntar a la asimilación del artículo 6 con el artículo 8 del Convenio sobre el derecho al honor.

²⁷ Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M., p. 4, que también pone de relieve el distinto rasero de las sentencias sobre España y la del caso Allen.

²⁸ Del Saz, S., pp. 80-84.

desde el exclusivo punto de vista del derecho al honor²⁹. Otros autores han señalado que, en estas sentencias del TEDH se pone de manifiesto que la presunción de inocencia se extiende a actos en que el Estado no ejerce el *ius puniendi* y va más allá de la exigencia de prueba de cargo³⁰. También se ha dicho que se trata de una doctrina desorbitada que aplica en procesos no penales instituciones propias del proceso penal³¹ y se ha afirmado que, al ser una doctrina cuestionable, no debe ser generalizable³².

4. RESOLUCIONES RECIENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A partir de lo expuesto, al analizar la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional y la forma en que ha acogido las SSTEDH, es cuando se constata el potencial efecto expansivo de la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal. El TC puede, en efecto, estar evolucionando en su posición tradicional para empezar a admitir, de una parte, que la presunción de inocencia se aplica en procedimientos administrativos no sancionadores y, de otra, que este principio, en la citada vertiente, puede tener autonomía propia, con un contenido más amplio que el del derecho al honor. Esta tendencia, si bien no es clara, se observa, fundamentalmente en las resoluciones sobre procedimientos administrativos relativos a materias que a continuación se relacionan.

4.1. Indemnizaciones a presos provisionales luego absueltos

Las Sentencias del TC (SSTC) 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, reflejan la recepción por nuestra doctrina constitucional de las SSTEDH en los casos Puig Panella, Tendam y Boddy y Lanni. En ellas, resuelve el Tribunal los primeros recursos de amparo planteados, a la vista de las sentencias europeas, por reclamantes de indemnizaciones que estuvieron en prisión provisional y fueron finalmente absueltos. En estos recursos, entre otros derechos fundamentales presuntamente lesionados, se invocaba la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, en la medida en que la causa de la denegación de las indemnizaciones por la Administración y los tribunales, residía en la aplicación del art. 294 LOPJ ya citado, a partir del cual, si en una primera fase se interpretó que el legislador solo quería indemnizar a los probadamente inocentes (no a los absueltos por falta de pruebas o por presunción de inocencia), en una segunda fase, precisamente a la vista de las SSTEDH, el Tribunal Supremo consideró que la ley solo contemplaba la indemnización en los casos en que quedara acreditado que el hecho

²⁹ Del Saz, S., pp. 78-84, repasa el contenido de numerosas SSTEDH y afirma, p. 78 que «la virtualidad que el TEDH reconoce al derecho de la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH va mucho más allá de lo que la doctrina ha mantenido y de lo que ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional».

³⁰ Arroyo Jimenez, L., considera, p. 347, a la vista de las SSTEDH Puig Panella y Tendam que: «si el derecho a la presunción de inocencia tiene un contenido que va más allá de la exigencia de prueba de cargo y de otras garantías del inculpado frente al ejercicio del *ius puniendi*, entonces se hace evidente que estas nuevas exigencias deben ser de aplicación respecto de actos de los poderes públicos carentes de carácter sancionador» y augura un posible cambio de la doctrina del TC en este sentido. Sin embargo, también razona, p. 348, que esta doctrina del TEDH es discutible.

³¹ Díaz Fraile, F., p. 44, razona que la doctrina del TEDH es cuestionable y debe ser cuestionada pues «una cosa es que en el ulterior procedimiento no penal no pueda ponerse en cuestión la presunción de inocencia no desvirtuada y otra distinta es confundir la presunción de inocencia con la inocencia probada y además trasladar al procedimiento no penal la carga de la prueba propia del proceso penal». También, pp. 65-69.

³² Martín Rebollo, L., p. 1512.

delictivo imputado no existió³³. Las Sentencias citadas del TC que resuelven estos amparos, parten de las dictadas por el TEDH para explicar que, si bien la doctrina constitucional ha aplicado el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE solo a procedimientos penales o administrativos sancionadores, el Tribunal Europeo extiende sus efectos *«sobre procesos judiciales consecutivos de la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión»*. (STC 8/2017, FJ 6). Por tanto, las sentencias aceptan ya la aplicación de la presunción de inocencia en los procedimientos, como estos, de responsabilidad patrimonial de la Administración, por tanto, ajenos totalmente al ejercicio de la potestad sancionadora pero que están relacionados con un proceso penal previo. Esto es, pues, un primer paso. A partir de esta premisa, las Sentencias, de modo similar a lo que se ha explicado en relación con las SSTEDH, no acaban sin embargo de dejar claro, si la aplicación del principio de presunción de inocencia que hacen es puramente formal, identificada en la práctica con el derecho al honor (aunque no se mencione éste) o va más allá, hasta conllevar la aplicación material de la presunción de inocencia en estos supuestos. Y la consecuencia, como ya se ha apuntado no es baladí pues, si en estos supuestos, se apreciara la lesión de la presunción de inocencia en una vertiente puramente honorífica, la consecuencia no sería la reparación mediante una indemnización calculada a partir del tiempo trascurrido en prisión, como pretendían los recurrentes, sino una reparación puramente moral (mera declaración y remoción de las expresiones lesivas o, a lo sumo, indemnización por los daños morales). Sin embargo, las SSTC plantean serias dudas en este punto. Por una parte, ambas, siendo estimatorias de los recursos de amparo, más que referirse específicamente al lenguaje o expresiones utilizados, se refieren a los razonamientos, la argumentación o la motivación. En el caso de la STC 8/2017, la que se analiza es la motivación de la sentencia del Tribunal Supremo que confirmó la denegación de la indemnización, mientras que la STC 10/2017, precisa que el actor combate todas las resoluciones dictadas por el poder público para denegarle la indemnización y declara, con contundencia, que, no solo las resoluciones judiciales, sino también las administrativas pueden incurrir en la vulneración del art. 24.2 CE *«si utiliza[n] una argumentación que siembra dudas sobre la condición inocente del ciudadano penalmente absuelto»* [FJ 3(ii)]. Por otra parte, las sentencias no aluden en ningún momento a la vertiente honorífica de la presunción de inocencia, ni destacan (como sí hizo la STEDH en el caso Allen) la conexión entre ambos derechos y, en su fallo, no se limitan a declarar la lesión, ni conceden indemnización alguna por un daño meramente moral. Antes bien, optan por retrotraer actuaciones, en el caso de la STC 8/2017, al Tribunal Supremo y en el caso de la STC 10/2017, a la Administración, para que dicten nueva resolución respetuosa con la presunción de inocencia, sin especificar si ello conlleva que deba concederse o no la indemnización solicitada por los interesados³⁴. Las Sentencias cuen-

³³ Manolo Goded tuvo ocasión de dictar algunas sentencias sobre el art. 294 LOPJ, en la fase en que se hacía extensivo a supuestos de inexistencia subjetiva, además de objetiva, mostrándose claramente riguroso en la aplicación de la presunción de inocencia, más allá de la literalidad de la Sentencia penal absolutoria. En este sentido, STS de 12 de junio de 1996, (Rec. 654/1994).

³⁴ El Tribunal Supremo dio cumplimiento a la STC 8/2017, de hecho, reconduciendo el problema a un tema de lenguaje. En la Sentencia, de la Sección Cuarta de la Sala Tercera, de 12 de julio de 2017 (Casación 2360/2011), FJ 4, razonó que el Tribunal *«no puede dejar de reflejar»* lo resuelto por el juez penal, aunque *«cuestión distinta es que realice valoraciones»*. Y, en el FJ 6, declaró que, de: *«la relación de hechos probados que esta Sala debe respetar, resulta que no existe inexistencia del hecho en su sentido objetivo en atención al relato que efectúa la Audiencia Provincial (...). Tampoco, existiendo el hecho se aprecia una atipicidad del mismo (...). Por todo ello, sin expresar ninguna duda sobre la culpabilidad del recurrente, no solo de conformidad con lo declarado en la*

tan, además, con el Voto Particular de dos Magistrados (el Presidente del TC, González Rivas y el magistrado Narváez Rodríguez) que razonan, con cita de varias sentencias (entre ellas, la del caso Allen), como de la doctrina del TEDH no resulta que por el solo hecho de alcanzar en procedimientos administrativos consecuencias distintas a la de los procesos penales anteriores se vulnere la presunción de inocencia. Aun admitiendo como hipótesis, dice el voto, que «la presunción de inocencia pudiera tener alguna proyección sobre el procedimiento contencioso-administrativo», la misma doctrina europea llevaría a concluir que no se lesionó el art. 24.2 CE en estos casos pues no «se ha puesto en duda la inocencia del demandante mediante la emisión de una valoración de culpabilidad». Incluso si pudiera hallarse en estos supuestos «alguna mención puntual que, tomada por sí sola y separada del contexto, fuese calificable de uso desafortunado del lenguaje (...) la alusión al contexto y a la naturaleza del proceso de que se trata» eliminaría toda duda a la hora de excluir la lesión de la presunción de inocencia.

La posición del Tribunal Constitucional, de cualquier manera, parece haberse decantado posteriormente, en favor de la aplicación de la presunción de inocencia, en un sentido material, en estos procedimientos administrativos no sancionadores. Así se deduce de lo ocurrido en un tercer recurso de amparo abordado por el Tribunal dentro del grupo de recursos de reclamantes de compensaciones por el tiempo transcurrido en prisión provisional. Se hace referencia aquí al ATC 79/2018, de 17 de julio, en el que el Tribunal da el paso de autocuestionarse la propia Ley interna (el art. 294.1 LOPJ) por si la misma, en cuanto limita la indemnización a los supuestos de absolución por inexistencia del hecho imputado, pudiera ser contraria a diversos derechos fundamentales, entre ellos, el de presunción de inocencia del art. 24.2 CE. El ATC, FJ 2, argumenta que, ya en la STC 8/2017, el Tribunal excluyó «desde el artículo 24.2 CE que, para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional, puedan utilizarse argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia». Y dice que: «[a]sí parece hacerlo la delimitación del derecho a la indemnización por lo probado o no en el proceso penal, que atiende a la prueba de la inexistencia del hecho imputado con la exclusión implícita de la idoneidad a efectos resarcitorios de la absolución por la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable (STC 10/2017, FJ 4)», aludiendo también, ulteriormente, al derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE). Esta autocuestión se encuentra pendiente de resolución a la fecha de cierre de este trabajo, por lo que habrá que esperar a ver que decide finalmente el Tribunal³⁵.

4.2. Indemnizaciones a víctimas implicadas en actividades delictivas

Junto a los casos descritos, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión recientemente de analizar la posible aplicación de la presunción de inocencia en otros procedimientos administrativos no sancionadores³⁶. Así ha ocurrido en los recursos de amparo

STC 8/2017, sino también por los estrictos límites de la jurisdicción contencioso-administrativa (...) concluimos que la sentencia absolutoria de D (...) no se fundamenta en una inexistencia objetiva del hecho ni en una atipicidad del mismo». Por tanto, se desestima el recurso y se confirma la denegación de la indemnización.

³⁵ El art. 55.2 LOTC regula las autocuestiones de inconstitucionalidad cuando dice que: «En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

³⁶ Tanto el caso de indemnizaciones a víctimas implicadas en actividades delictivas, como el de las indem-

interpuestos por familiares de personas fallecidas como consecuencia de violencia a los que se denegó la indemnización como víctimas a partir de un artículo, incluido en la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo que, por vía de remisión al Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983, permitió denegar la indemnización a víctimas partícipes en la delincuencia organizada o pertenecientes a organizaciones dedicadas a perpetrar delitos violentos. La Administración había denegado a los demandantes las indemnizaciones por entender, con base en informes policiales que así lo afirmaban, que sus familiares habían pertenecido a la banda terrorista ETA, siendo confirmadas estas resoluciones en sede judicial rechazando los tribunales la alegada vulneración de la presunción de inocencia. El TC inadmitió los recursos de amparo por extemporaneidad pero, en los Autos que dictó al efecto (AATC 30/2017 a 34/2017, de 27 de febrero) argumentó también, como segunda causa de inadmisión, la manifiesta inexistencia de la lesión alegada de la presunción de inocencia. Así, estos Autos, tras referirse a la doctrina tradicional sobre el derecho, recuerdan los principios que ordenan el tratamiento extraprocésal de la presunción de inocencia tal y como se sistematizan, precisamente, en la STEDH del caso Allen. A partir de esta doctrina, los Autos dicen que, su aplicación al caso *«impide apreciar la conculcación del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes en amparo, por el hecho de haberse denegado la indemnización que solicitaron con arreglo a la Ley 29/2011»*. Primero, porque *«no concurre el vínculo entre procesos que exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para poder considerarse afectada la presunción de inocencia fuera del proceso penal de origen, pues, en este caso, no existe ni puede existir proceso penal una vez extinguida la responsabilidad criminal por el fallecimiento de don...»* ya que: *«Lo que se plantea aquí no es, por tanto, si el procedimiento administrativo subsiguiente ha respetado o no un pronunciamiento previo de inocencia emanado de los Tribunales penales, sino si en defecto de procedimiento penal es posible afirmar, a los solos efectos de resolver sobre la indemnización pretendida, un determinado comportamiento del sujeto causante de la indemnización que, eventualmente, pudiera tener transcendencia penal; en este caso, su pertenencia a la organización terrorista ETA. Por tanto, el procedimiento administrativo no se puede en ningún caso calificar de “secuela directa”, o “consecuencia necesaria” del proceso penal previo»*. Puesto que, en este caso, una eventual sentencia penal condenatoria era imposible, al haber fallecido el presunto terrorista, la denegación de la indemnización se basó por la Administración en informes policiales, que no contradicen sentencia penal alguna, ni fueron desvirtuados por los recurrentes en amparo. En cuanto al lenguaje empleado por las resoluciones administrativas y judiciales, los Autos dicen que era el que *«estrictamente debe emplearse para dar respuesta en términos legales»* a las solicitudes formuladas, por lo que *«cuestionar que las autoridades puedan emplear estas expresiones, llevaría al absurdo de prohibir la propia aplicación de la norma citada»*. Añaden que: *«[s]i, como ilustra la STEDH en el asunto Allen contra el Reino Unido, el uso desafortunado del lenguaje no tiene por qué ser un elemento determinante de la lesión del derecho, según sea el contexto en el que éste se emplea, en el presente caso no se puede hablar de “uso desafortunado”, sino antes bien, de un “uso necesario”, para poder permitir la aplicación del art. 8.2 del Convenio europeo de indemnización a las víctimas»* y que el procedimiento administrativo *«se rige por sus propias reglas de distribución de la carga de la prueba, lo que significa que la parte actora debe probar que cumple con los requisitos iniciales para la percepción de la ayuda re-*

nizaciones a presos provisionales absueltos, se citan por Sánchez Tomas, J.M., en el último apartado de su trabajo cit., al referirse a la dimensión extraprocésal de la presunción de inocencia.

gutada por la Ley 29/2011». Concluyen diciendo que: «Por regir la libre valoración de la prueba, el órgano administrativo primero y el judicial después, en ejercicio de su función revisora, pueden considerar demostración suficiente de la concurrencia de la cláusula de exclusión del art. 8.2 del Convenio europeo de indemnización, como así lo han hecho, al resultado de los informes policiales recabados, los cuales han sido sometidos a debate en un proceso que ha cumplido escrupulosamente con los con las garantías procesales constitucionalizadas en el apartado segundo del art. 24 de la Constitución». Por tanto, en estos autos el Tribunal parece querer limitar la aplicación expansiva de la presunción de inocencia que resulta de sus SSTC 8/2017 y 10/2017 en el sentido de dar un paso atrás, con distintas implicaciones: parece entender que la aplicación del principio a procedimientos no sancionadores será procedente solo si son corolario de un proceso penal previo; parece negar, en los casos en que no hay conexión, la aplicación de la presunción de inocencia en su aspecto procesal puesto que dice claramente que los estándares de prueba son distintos e, incluso situándose en el plano extraprocesal y puramente relacionado con el lenguaje utilizado, dice que éste puede estar justificado en función de la naturaleza del procedimiento³⁷. No obstante, los Autos cuentan con un voto particular, suscrito por los magistrados Asua Batarrita y Valdés Dal-Ré que, en lo que ahora importa, discrepan de todo lo anterior. Vienen a señalar que aunque el TEDH haya exigido la vinculación del procedimiento con el proceso penal previo para aplicar la presunción de inocencia en los supuestos de indemnización por prisión provisional, ello no supone que haya de existir esa vinculación en todos los casos para aplicar la presunción de inocencia en procedimientos no sancionadores. Añaden que los informes policiales no son suficientes para destruir la presunción de inocencia que debe ser aplicada en estos casos, puesto que: «la denegación de la ayuda solicitada no podrá sustentarse en hipótesis de sospechas de conductas delictivas previas».

4.3. Comisiones de verdad

Bajo esta rúbrica, cabe hacer referencia, a la STC 85/2018, de 19 de julio, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Foral de Navarra 10/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos. Aunque el recurso se estima por otras razones, es interesante señalar que, entre los motivos de inconstitucionalidad que se imputaban a la ley, estaba la posible lesión, tanto de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, como del derecho al honor del art. 18 CE que, en este caso, a juicio del Estado recurrente, podrían sufrir los funcionarios públicos identificados como autores de las violaciones de los derechos humanos que, a su vez, servían en la Ley de base para declarar la condición de víctima y reconocer las correspondientes ayudas. Aunque la Sentencia no resuelve la cuestión de la lesión de los derechos fundamentales invocados, contiene algunas consideraciones que hacen pensar que, en el ánimo del Tribunal, esa posible lesión no hubiera sido descabellada. Así, en el FJ 6, la Sentencia afirma que «[no] son constitucionalmente admisibles excepciones legislativas a la dirección o al control por el Poder Judicial de estas investigaciones de delitos» pues ello:

³⁷ La doctrina critica el distinto tratamiento de la presunción de inocencia que hace el TC en estos casos en comparación con el que resulta de las SSTC 8/2017 y 10/2017 sobre indemnizaciones por prisión provisional. Así, por ejemplo, Tapia Fernández, I., dice que se está «haciendo un uso alternativo, [de la presunción de inocencia] según convenga o no para otorgar o denegar una indemnización por el Estado».

«pondría en notorio riesgo derechos fundamentales vinculados al proceso penal» y luego vuelve a referirse al «riesgo añadido de conculcar derechos fundamentales de todos cuanto pudieran verse sometidos o expuestos al escrutinio» del órgano administrativo al que la Ley navarra encomendaba el esclarecimiento de los hechos.

Los votos particulares de la Sentencia 85/2018 reflejan, por su parte, el debate subyacente en el caso, en relación con el ámbito de actuación de las llamadas Comisiones de la verdad. El voto del magistrado Xiol Ríos, al referirse al derecho de las víctimas a la verdad, en relación con comisiones que se puedan constituir a estos efectos, dice que «[p]odría compartir que en el marco del reconocimiento del derecho a la verdad de las víctimas no pueden desatenderse derechos fundamentales, como el derecho al honor y a la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, de las personas respecto de las que se hagan imputaciones atributivas de responsabilidad» y explica que: «[l]a actual construcción del derecho de las víctimas a la verdad en contextos en que, por razones de tiempo, de amnistía u otros, el orden jurisdiccional penal se ve imposibilitado de poder cumplir la función que le es propia de conocer de los hechos delictivos genera, ciertamente, una necesidad de reflexión. En el informe de la oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 9 de enero de 2006, titulado «estudio sobre el derecho a la verdad» (E/CN.4/2006/91), se advierte que “pueden surgir problemas si los autores se identifican en el marco de un mecanismo extrajudicial, como puede ser una comisión de la verdad, ya que no todos los procesos de búsqueda de la verdad aplican las debidas garantías procesales” (§ 39)» por lo que concluye que el TC ha perdido en esta sentencia una oportunidad de «contribuir al esfuerzo regional e internacional en la construcción del derecho a la verdad». Asimismo, reflexiona sobre esta cuestión el magistrado Narváez Rodríguez cuando se pregunta en su voto: «¿es posible disponer legalmente la realización de determinadas investigaciones que, con un discurrir en muchos casos paralelo a las penales, pretendan esclarecer hechos previstos en la ley como delitos, con el objetivo de alcanzar fines no sancionadores, sin que estén provistas aquellas actuaciones de garantías suficientes?». El mismo e interesante debate aparece reflejado en los votos particulares de los magistrados Conde-Pumpido, Balaguer Callejón y Valdés Dal-Ré.

En última instancia, en esta STC se enuncia y sugiere, aunque no se resuelve, un problema de gran relevancia como es la aplicación de la presunción de inocencia en procedimientos administrativos que, sin ser sancionadores (con fines distintos al ejercicio del «*ius puniendi*») conllevan la identificación de las personas responsables de hechos potencialmente delictivos y, en su caso, la extensión con la que esa presunción sería aplicable. La cuestión, ahora simplemente anunciada, se aborda finalmente por el TC en la Sentencia que se comenta en el apartado siguiente.

4.4. Comisiones parlamentarias de investigación

La actividad de las Comisiones parlamentarias de investigación, también puede, como es evidente, dar lugar a supuestos en que los investigados puedan entender vulnerada su presunción de inocencia³⁸. De hecho, alguno de los votos particulares de la STC 85/2018 previamente citados, se referían ya a estas comisiones. En la doctrina del Tri-

³⁸ Las Comisiones Parlamentarias de investigación se reconocen en el art. 76 CE y son objeto de regulación, tanto en los distintos reglamentos parlamentarios (del Congreso y el Senado y de las Asambleas parlamentarias autonómicas) como en la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras.

bunal no se aborda, sin embargo la cuestión, hasta la reciente STC 133/2018, de 13 de diciembre³⁹. Esta resuelve el recurso de amparo de un trabajador, director de recursos humanos, de la empresa pública Ferrocarriles de la Generalidad Valenciana (FGV) al que, las conclusiones del dictamen de la Comisión, creada en las Cortes de esa Comunidad, para investigar un accidente acaecido en la línea 1 de Metrovalencia en el año 2006, declararon responsable de dicho accidente, junto a otras personas, por «falta de cumplimiento de la Ley de prevención de riesgos laborales». La STC recuerda, con cita de la doctrina tradicional del Tribunal, el doble plano en el que opera la presunción de inocencia y que «en las situaciones extraprocesales... constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogo a éstos, sin previa resolución dictada por el poder público u órgano competente que así lo declare». Cita también la doctrina, ya expuesta, del TEDH, para reiterar, con mención de la STC 244/2007, que el TC «ha considerado que la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia... encuentra específica protección en nuestro sistema de derechos fundamentales a través o por medio de la tutela del derecho al honor, operando dicha presunción como elemento instrumental del enjuiciamiento de una posible lesión del derecho al honor». A partir de aquí, la STC reconduce las quejas del recurrente al derecho al honor del art. 18.1 CE y, tras recordar la doctrina sobre el significado de este derecho y los antecedentes del caso, hace interesantes consideraciones sobre la naturaleza y el alcance de la actividad investigadora de las Asambleas legislativas en nuestro ordenamiento jurídico. Destaca a este respecto que la actividad parlamentaria de investigación es de «naturaleza estrictamente política». No puede ser calificada como actividad jurisdiccional, ni tampoco supone ejercicio de «la otra manifestación del ius puniendi del Estado cual es la potestad administrativa sancionadora». Por tanto, se afirma que: «[e]l ámbito de la actividad investigadora de las Cámaras parlamentarias ha de contraerse con arreglo a parámetros, no de legalidad, sino políticos o de oportunidad, propios de un órgano de su naturaleza al esclarecimiento o conocimiento más exacto posible de los hechos objeto de la investigación, a la determinación de la responsabilidad política o, en todo caso, no en virtud de actuaciones constitutivas de ilícitos penales o administrativos de los sujetos intervinientes en los mismos y, en su caso, a la formulación de propuestas o recomendaciones», por lo que «excede del marco propio de la actividad investigadora parlamentaria no sólo, como es obvio, cualquier posible calificación jurídica de eventuales actos o conductas punibles, sino también su imputación o atribución individualizada a los sujetos a los que pudiera alcanzar la investigación». Aun reconduciendo el debate al art. 18 CE, la STC trae a colación la doctrina del TEDH sobre la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal, en particular en cuanto ese Tribunal «ha resaltado la importancia de la elección de los términos empleados por los agentes del Estado en las declaraciones que formulen antes de que una persona haya sido juzgada y reconocida culpable de una infracción». Sigue explicando como el TEDH, ha distinguido las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona afectada es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha, de modo que son las primeras las que vulneran el art. 6 CEDH. A partir de aquí, la STC examina ya el dictamen parlamentario y afirma que reprocha el recurrente el incumplimiento de una norma legal «que es lo mismo que la atribución, aunque sin concretar su calificación jurídica, de conductas punibles en el ámbito de la actividad profesional del demandante, que bien

³⁹ La STC 46/2001, de 15 de febrero, se refirió a las Comisiones parlamentarias brevemente, aunque sin analizar su actividad desde el punto de vista de la presunción de inocencia. En el FJ 12, se limitó a afirmar que las «Comisiones parlamentarias cuando actúan en el ejercicio de sus facultades de investigación y estudio, emiten, como les es propio, juicios de oportunidad política que, por muy sólidos y fundados que resulten, carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que sólo el proceso judicial garantiza».

podrían ser constitutivas de ilícitos administrativos en el orden social». Por tanto, entiende que *«una imputación en los términos aseverativos que se formula como la que se recoge en la conclusión de la actividad investigadora parlamentaria recurrida en amparo excede, por las razones ya expuestas..., del ámbito propio de una actividad de ese tipo, pues a las Cámaras no les corresponde declarar la existencia de conductas punibles y la determinación de su autoría».* Dice, no obstante, que lo relevante desde la perspectiva constitucional, no es la extralimitación de la Cámara sino si la misma ha lesionado el derecho al honor del recurrente, a lo que se contesta afirmativamente diciendo que, este derecho: *«se ve afrentado a no dudarlo cuando, sin intervención de los órganos constitucionalmente competentes y a través de los procedimientos legalmente previstos, un poder público atribuye a una persona conductas merecedoras del máximo reproche social».* Se añade que la afrenta padecida es aún más intensa dada la conexión directa de la imputación que se hace al demandante con su actividad profesional pues el derecho al honor también protege la probidad en la actuación profesional o laboral. Se afirma pues la lesión del art. 18 CE descartando que ésta deba ceder ante el derecho de los diputados a ejercer su cargo público del art. 23.2 CE. Este último ampara la investigación que el parlamento autonómico ha realizado pero: *«[l]a actividad de las Cámaras parlamentarias, también, la que llevan a cabo en el ejercicio de sus facultades de investigación, debe desarrollarse en todo momento sin lesionar los derechos fundamentales y libertades públicas».* En definitiva, se estima el recurso, exclusivamente por apreciar una lesión del art. 18 CE y, con el fin de restablecerle en su derecho, se anula la Resolución de las Cortes valencianas que aprobó el dictamen de la Comisión especial de investigación del accidente mencionado, en la parte en que declaró al recurrente responsable del accidente *«por falta de cumplimiento de la Ley de prevención de riesgos laborales».*

De la STC 133/2018, resulta por tanto, que el TC, aunque reconduce explícitamente la lesión al art. 18 CE, puede estar aplicando, sin decirlo, la presunción de inocencia en su vertiente extraprocesal, a la actividad de las Comisiones parlamentarias de investigación, intentando reconducirla a la vertiente puramente formal u honorífica del lenguaje utilizado. Nuevamente, sin embargo, la cuestión dista de estar clara puesto que no se solventa el tema atendiendo a concretas expresiones utilizadas sino excluyendo, en general, que estas Comisiones puedan atribuir conductas punibles a personas concretas lo que, como ponen de relieve algunos autores que ya antes de esta sentencia han tratado el tema de la aplicación de las garantías del art. 24.2 CE a las Comisiones parlamentarias de investigación, suscita la duda de cual es entonces el objeto de estas comisiones⁴⁰. En última instancia, aunque las comisiones parlamentarias tengan por fin la depuración de responsabilidades exclusivamente políticas, no será fácil deslindar éstas de las penales⁴¹ y, en todo caso, incluso las primeras pueden reclamar la aplicación de la presunción de inocencia en una dimensión extraprocesal con vocación expansiva.

La STC 133/2018 cuenta con el voto particular de la vicepresidenta del TC, Sra. Roca Trías, que expone como, a su juicio, además del derecho al honor, debió apreciarse la vulneración de la presunción de inocencia. Afirma que *«hubiera sido conveniente replantearse nuestra doctrina sobre el contenido de la presunción de inocencia del at. 24.2 CE*

⁴⁰ Azaustre Ruiz, P., se plantea: *«si las Comisiones no pueden, para no vulnerar el principio de inocencia, hacer imputaciones de culpabilidad de cualquiera de los declarantes, ¿qué responsabilidades se pueden determinar en sus conclusiones?»*

⁴¹ Caamaño Domínguez, F., en *«Comisiones parlamentarias...»*, p. 176, razona que la convergencia de los conceptos de responsabilidad penal y política, además de generar conflictos institucionales, puede dar lugar *«al indeseado efecto de que lo actuado en sede parlamentaria pueda comportar consecuencias irreparables en el ámbito penal, básicamente desde la óptica de la presunción de inocencia de los investigados».*

y su aplicación exclusiva al ámbito de los procedimientos jurisdiccionales y de los administrativos de carácter sancionador para asumir, en el supuesto concreto de las citadas Comisiones, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Admite la dificultad de trazar la línea divisoria entre la responsabilidad política y la jurídica pero afirma que las Comisiones parlamentarias se extralimitan en sus funciones cuando declaran la autoría de hechos punibles y razona que ello vulnera, «per sé», la presunción de inocencia en su dimensión extraprocesal, sin necesidad de realizar ponderación alguna como exige todo análisis desde la perspectiva del derecho al honor. Ello, según la jurisprudencia del TEDH (caso Lizaso Azconobieta c. España) y teniendo especialmente en cuenta que las Comisiones parlamentarias son órganos del Estado que actúan en ejercicio de su función de investigación. También formula voto particular frente a la STC el magistrado Xiol Ríos que, tras precisar que, en su opinión, el dictamen de la Comisión valenciana no atribuía al recurrente responsabilidad jurídica alguna, afirma sin ambages que, en la doctrina del TEDH, la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia no se reconduce, como hace la STC 133/2018, al derecho al honor. En todo caso, afirma que debiera haberse rechazado la lesión de ambos derechos y desestimarse el amparo o, al menos, estimarse solo en parte, matizando el alcance, político, del pronunciamiento de la Comisión. Concluye que el pronunciamiento de la STC, en definitiva, «amenaza con hacer inoperante el papel de las comisiones de investigación»⁴².

5. CONCLUSIONES

La llamada vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia y su posible aplicación en el seno de los procedimientos administrativos no sancionadores genera, en la más reciente doctrina del Tribunal Constitucional, en buena parte derivada de la doctrina del TEDH, una problemática que, siendo aún incipiente, es rica en posibilidades. Por una parte, parece bastante claro que el principio se ha empezado a aplicar en procedimientos administrativos a los que hasta ahora era ajeno. Lo que no está tan claro es qué significa exactamente esa aplicación. Si se trata solo de cuidar las expresiones y el lenguaje utilizado en las distintas resoluciones para que en ningún momento quepa deducir que su autor considera culpables a los afectados, las lesiones debieran analizarse desde el prisma del derecho al honor, de acuerdo con la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional. En este caso, la cuestión sería más nominalista que sustantiva y el efecto expansivo no lo sería tanto. En cambio, si la aplicación de la presunción de inocencia en estos procedimientos pudiera llegar a afectar al contenido material de las resoluciones, en el sentido de alterar, por ejemplo, las reglas de la prueba en los procedimientos administrativos no sancionadores o de condicionar, en línea con lo apuntado, al propio legis-

⁴² No cabe exponer en detalle el contenido de los votos particulares de la STC 133/2018, por razones de espacio. Es especialmente interesante, desde el punto de vista de esta contribución, el del magistrado Xiol que, por ejemplo, sostiene que las lesiones de la presunción de inocencia, en su dimensión extraprocesal, se han reconducido al derecho al honor, por razones prácticas, ante la insuficiencia legislativa al respecto pero ello «no puede hacer mutar la naturaleza del derecho afectado» y señala que la discrepancia «no es meramente nominal» pues «afecta al parámetro de control». Destaca que la proyección de la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia a los ilícitos administrativos es inédita en la jurisprudencia constitucional y en la del TEDH y debiera haberse analizado en profundidad y concluye que debiera matizarse su aplicación a la actividad de las Comisiones parlamentarias dadas sus funciones constitucionales y el «*ius in officium*» de los parlamentarios ex art. 23.2 CE. Incluso considera que la aplicación del derecho al honor, en la STC 133/2018, se ha sobredimensionado de forma desproporcionada.

lador a la hora de configurar la responsabilidad patrimonial de la Administración, entonces, el efecto expansivo podría ser enorme. A todo ello, se añade la incertidumbre sobre la incidencia que dicho principio, con estas nuevas implicaciones, pueda tener en debates tan actuales como el papel y los límites en la actuación de las llamadas comisiones de la verdad e incluso, trascendiendo el estricto ámbito de los procedimientos administrativos, en lo que respecta a una posible incidencia del principio sobre la actuación de las comisiones parlamentarias de investigación.

En este contexto, el examen de la más reciente doctrina del TC no arroja conclusiones especialmente clarificadoras. En algunos asuntos, como las indemnizaciones por prisión provisional seguida de absolución, el Tribunal parece haberse decantado por la aplicación de la presunción de inocencia con un contenido que excede con creces del exclusivamente honorífico hasta el punto de haber dado lugar, incluso, a una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el precepto de la LOPJ que limita las indemnizaciones en estos supuestos a los casos de inexistencia del hecho imputado. En otros escenarios, sin embargo, como los de las indemnizaciones a víctimas implicadas en actividades delictivas, el Tribunal ha decidido no aplicar la presunción de inocencia puesto que ha descartado «*a limine*» la existencia de lesión. Finalmente, en relación con la actividad de las comisiones parlamentarias de investigación, el TC parece haber vuelto a su doctrina tradicional en el sentido de reconducir las posibles lesiones de la presunción de inocencia en procedimientos ajenos a los penales y administrativos sancionadores, al ámbito del derecho al honor si bien, nuevamente, no se puede dejar de poner de manifiesto que, cuando la presunción de inocencia se reconduce a una vertiente extraprocesal formal, la coincidencia o superposición con el derecho al honor puede llegar a ser tal que, en realidad, casi se esté hablando de la misma cosa. En todo caso, los mismos votos particulares de las distintas sentencias ponen de relieve que el debate en el Tribunal sigue abierto y que sus términos y contornos distan de estar claros.

En definitiva, cabe aventurar que la doctrina del TEDH, origen de toda esta problemática, puede haber generado una confusión innecesaria. Quizá habría que volver a los orígenes y concluir que, en nuestro ordenamiento, el ámbito natural de la presunción de inocencia son los procedimientos penales y administrativos sancionadores mientras que, en el resto de procedimientos, dicha presunción, pura y simplemente, no es aplicable, sin perjuicio de que lo sean, obviamente, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Allué Buiza, A.: «Una presunción de inocencia extensa y poco intensa», en *La Europa de los Derechos Humanos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3.^a Edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- Arroyo Jiménez, L.: «Puis Panella c. España (STEDH de 25 de abril de 2006): La presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional», en *Conflicto y Diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Thomsom Reuters.
- Azaustre Ruiz, P.: «El control por parte de las comisiones parlamentarias», en *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades: los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*, Cizur Menor, Navarra : Aranzadi, 2013 ; p. 203-232.

- Caamaño Domínguez, F.: «Comisiones parlamentarias de investigación vs. Poder Judicial: paralelismo o convergencia». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n.º 6 (1994); pp. 149-152.
- Caamaño Domínguez, F.: *La garantía constitucional de la Inocencia*. Tirant Lo Blanch, 2003.
- Cordero García, J.A.: *El procedimiento sancionador en materia tributaria*. Marcial Pons, 2013.
- Del Saz, S.: «La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado». *Revista de Administración Pública*, núm. 195, sept.-dic. 2014.
- Díaz Fraile, F.: *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*. Tirant Lo Blanch, 2017.
- García Molina, P.: «La transposición de la Directiva (UE) 2016/343 en lo que respecta al reforzamiento en el proceso penal de determinados aspectos extraprocesales de la presunción de inocencia». *Diario La Ley* n.º 9300, 16 de noviembre de 2018. Wolters Kluwer.
- Gascón Inchausti, F.: «Lizaso Azconobieta c. España (STED de 28 de junio de 2011): dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia y derecho al honor», en *Conflicto y Diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Thomson Reuters.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I.: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte general*. Thomson Reuters. Aranzadi. Cuarta Edición. 2017.
- Martín Rebollo, L.: «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua (a propósito de la sentencia TEDH de 25 de abril de 2006)». En: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*; Zaragoza: Gobierno de Aragón, (2008); pp. 1509-1527.
- Morón Palomino, M.: «Presunción constitucional de inocencia significado, ámbito de aplicación y tratamiento jurídico». En: *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*; Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Dykinson, (2010); pp. 311-323.
- Oromí i Vall-llovera, S.: «El respeto al derecho a la presunción de inocencia por parte de los poderes públicos y de los medios de comunicación. De la sanción a la prevención». *Justicia*, año 2017.
- Ovejero Puente, A.M.: «Protección del derecho a la presunción de inocencia». UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, 2017.
- Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, M.: «Sobre la indemnización por prisión preventiva injustificada». *Diario La Ley* n.º 8990, 30 de Mayo de 2017.
- Sánchez Tomas, J. M.: «La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional». *Diario La Ley* n.º 9310, Sección Documento on-line, 3 de diciembre de 2018, Wolters Kluwer.
- Tapia Fernández, I.: «La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *La Ley Penal* n.º 134, Septiembre-Octubre 2018, Wolters Kluwer.

III. DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

ESTATUTO DE LOS ALTOS CARGOS DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO. EN PARTICULAR, LAS INCOMPATIBILIDADES Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES

Miguel Vizcaíno Calderón

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.—2. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.—3. NOMBRAMIENTO.—4. EJERCICIO DEL ALTO CARGO.—5. RÉGIMEN RETRIBUTIVO, PROTECCIÓN SOCIAL E INCOMPATIBILIDAD DE RETRIBUCIONES.—6. OTRAS OBLIGACIONES.—7. CONFLICTOS DE INTERESES.—8. ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL.—9. RÉGIMEN SANCIONADOR.—10. RÉGIMEN JURÍDICO DE OTROS ALTOS CARGOS DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Después de la Constitución de 1978, el régimen de las incompatibilidades de los altos cargos se reguló por la Ley 25/1983, que estableció normas más severas que las contenidas en la Ley 20/1982 sobre incompatibilidades en el sector público.

La Ley 25/1983 fue derogada por la Ley 12/1995 sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno. Esta ley fue, a su vez, derogada por la Ley 5/2006 sobre regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. La ley de 2006 estableció una regulación más completa en materia de cautelas y exigencias en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia de los altos cargos, control parlamentario de su nombramiento, control de sus intereses patrimoniales, incompatibilidades y otros extremos.

La Ley 19/2013, sobre transparencia, acceso de la información y buen gobierno contiene normas y principios sobre la materia.

Finalmente, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, vigente, regula el ejercicio del alto cargo en la Administración del Estado. Sus títulos preliminares, II y III han sido desarrollados por el Real Decreto 1208/2018.

La Ley 3/2015 deroga las anteriores de igual o inferior rango que se le opongan, contradigan o resulten incompatibles con ella y, expresamente, la Ley 5/2006, su Reglamento aprobado por Real Decreto 432/2009 y el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado que había sido aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005.

La Ley 3/2015 se propone avanzar aún más en la regulación del marco jurídico del nombramiento, situación y actividad de los altos cargos. Dice el preámbulo que la ley «...aclara, refuerza y amplía dicho marco jurídico con vistas a garantizar que el ejercicio del cargo se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los inherentes a sus funciones públicas...».

2. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 1 de la Ley 5/2006 tenía por objeto regular los requisitos previos para el nombramiento de los titulares de los órganos y cargos que se relacionaban en ella así

como las medidas básicas para evitar situaciones de conflicto de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración del Estado y de las entidades del sector público estatal.

El mismo artículo de la ley vigente (apartado 1) tiene un objeto más ambicioso y globalizador: el «régimen jurídico aplicable» a quienes ejercen un alto cargo en la Administración del Estado y en las entidades del sector público estatal.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación (apartado 2), la relación de quienes se consideran altos cargos a efectos de la ley figura a continuación en siete apartados. Algunos son sumamente prolijos en el propósito agotador que inspira la norma. Junto a criterios delimitadores de tipo general (v. gr., los del primer inciso del apartado 2 b) aparecen relaciones nominativas de cargos y puede dar la impresión de que algunos de los específicamente nombrados se encontraban ya concernidos por la fórmula general.

La nueva ley amplía notablemente los sujetos considerados como altos cargos en relación a los que figuraban como tales en la ley de 2006. En su dictamen al anteproyecto, el Consejo de Estado consideró la delimitación del ámbito subjetivo como «un tanto excesiva».

En particular, la cláusula de cierre que aparece al final de la relación es más amplia que la que figuraba en la ley de 2006. En esta se mencionaban los titulares de cualquier otro puesto de trabajo «de la Administración General del Estado», cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros. En la nueva ley se incluyen los titulares de cualquier otro puesto de trabajo «en el sector público estatal» cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros, si bien se exceptúan de la condición de alto cargo, pese a ser nombrados en la forma expuesta, quienes tengan la consideración de Subdirectores y asimilados.

No se considera alto cargo a quien sea nombrado por el Consejo de Ministros «para el ejercicio temporal de alguna función o representación pública y no tenga en el momento de nombramiento la condición de alto cargo». Esta precisión no aparecía en la ley de 2006.

3. NOMBRAMIENTO

Se dice en el preámbulo de la ley que un alto cargo, por la responsabilidad que conlleva y la relevancia de las funciones que desempeña, solo puede ser ejercido por personas que, constatada su competencia personal y profesional, respeten el marco jurídico que regule el desarrollo su actividad.

De ahí la minuciosa regulación del nombramiento de los altos que aparece en el artículo 2, mucho más detallada y prolija que la de la Ley anterior.

El primer requisito para el nombramiento es la idoneidad. No se define la idoneidad sino que se describe por referencia a dos condiciones: son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en función del cargo que se vea a desempeñar. Recogiendo la sugerencia del Consejo de Estado se ha suprimido el calificativo de «profesional», referido a la honorabilidad, y se ha adicionado la referencia a quienes deben apreciar la idoneidad (quien propone y quien nombra al alto cargo).

Sobre la honorabilidad, primera exigencia de la idoneidad, como se ha indicado, no se define ni se describe sino que se delimita negativamente relacionando cinco supuestos en los que se considera que no concurre la honorabilidad (condenados por sentencia

firme a penas privativa de libertad; condenados por sentencia firme por la comisión de los delitos que expresamente se mencionan; inhabilitados conforme a la Ley Concursal; inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público y los sancionados por infracción muy grave de la ley sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno).

En consecuencia, la ley no dice en quien concurre la honorabilidad sino en quien no concurre con lo que plantea el problema de si basta no estar incluido en los supuestos mencionados para considerar que el alto cargo reúne el requisito.

En el preámbulo de la norma parece que se establece esta equiparación por vía negativa. Se dice: «... se regulan las causas por las que se considera que no concurre la honorabilidad y, por lo tanto, no pueden considerarse idóneos para el desempeño de una alto cargo...».

El concepto de honorabilidad no es sencillo y el grado de su exigencia en cada supuesto depende del ámbito profesional de que se trate. De cualquier forma, no hubiera habido inconveniente en hacer referencia a ciertas exigencias que en la conciencia social son necesarias, positivamente, para que pueda predicarse de una persona. Así, la conducta personal anterior, la trayectoria profesional, la solvencia y el cumplimiento de las obligaciones...

Parecería, en principio, que una persona puede no estar incluida en la relación del artículo 2.2 y, sin embargo, no ser «honorable» para el ejercicio el alto cargo y ello por infinidad de razones. En los tiempos que corren, la honorabilidad es una exigencia positiva relacionada con la ética y la probidad que parece debe tener un contenido más profundo que el simple hecho de no haber sido condenado, sancionado o inhabilitado. V. gr., en materia de actividad bancaria, el Real Decreto 256/2013 regula la honorabilidad en términos más precisos y, además, no solamente desde una perspectiva negativa.

Como es natural, la honorabilidad debe concurrir no solo al tiempo del nombramiento, sino durante todo el ejercicio del cargo por lo que la falta de honorabilidad sobrevinida será causa de cese. Para aquellos altos cargos que solo pueden ser cesados por causas tasadas, se dispone que la falta de honorabilidad será considerada como un incumplimiento grave de las obligaciones del cargo, declarado a través del correspondiente procedimiento.

Se indicaba más arriba que el requisito de idoneidad requiere, no solo la honorabilidad, sino también la formación y la experiencia. El requisito de formación se refiere a los conocimientos académicos adquiridos y la experiencia a la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados que guarden relación con el nuevo cargo.

El cumplimiento del requisito idoneidad se hará constar en una declaración responsable suscrita por el interesado.

Recogiendo lo que ya establecía la LOFAGE, se dispone que el nombramiento de los subsecretarios, secretarios generales técnicos y directores generales deberá realizarse entre funcionarios de carrera con la posible excepción de los directores generales cuando el Real Decreto de estructura del departamento lo permita y siempre que se motive suficientemente la excepción.

A efectos de asegurar el debido control, el artículo establece el deber de los órganos y entidades del sector público estatal de comunicar a la Oficina de Conflictos de Intereses la designación de los altos cargos. Igual deber pesa sobre las entidades públicas o privadas con representación del sector público en sus órganos de representación o de gobierno.

Sobre la puesta en conocimiento de las Cortes de determinados nombramientos que aparecía en el artículo 2 de la ley de 2006 figura ahora en la adicional primera de la nueva ley.

4. EJERCICIO DEL ALTO CARGO

El artículo 3 de la ley se limita a recordar la observancia de las disposiciones de buen gobierno recogidas en la Ley 19/2013 y, además, los principios que enumera: interés general, integridad, objetividad, transparencia y responsabilidad y austeridad.

En realidad, el artículo 26 de la Ley 19/2013 ya establecía la obligatoriedad de observar estos y otros principios, por lo que da la impresión de que el propósito de la norma no ha sido otro que el de enfatizar la importancia de los que cita («especialmente»).

Se dispone, en particular, que los principios enunciados servirán, sin perjuicio de otras funciones que se mencionan, de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras.

5. RÉGIMEN RETRIBUTIVO, PROTECCIÓN SOCIAL E INCOMPATIBILIDAD DE RETRIBUCIONES

En materia de retribuciones en general, el artículo 4 se remite a la Ley 19/2013, normas presupuestarias y, en el caso de los funcionarios declarados en situación de servicios especiales, a la normativa que les sea aplicable en materia función pública.

El artículo 5 regula la protección social del alto cargo. Los funcionarios de carrera en servicio activo que sean nombrados para altos cargos que no requieran ser desempeñados necesariamente por funcionarios públicos, pasando a la situación de servicios especiales, mantendrán durante dicha situación el mismo régimen de protección social que hubieran tenido como funcionarios de carrera en servicio activo. Quienes antes del nombramiento no tuvieran la condición de funcionarios de carrera en servicio activo quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

El ejercicio del alto cargo no generará derecho a percibir pensión alguna o complementaria de pensión distintas de las previstas en el sistema de la Seguridad Social o de Clases Pasivas. Se aplicarán los límites máximos de pensiones fijados para las pensiones públicas.

El artículo 6 contempla la compensación económica mensual tras el cese durante el período máximo de dos años en favor de quienes tengan reconocido este derecho de acuerdo con la normativa que sea de aplicación

La incompatibilidad de retribuciones aparece en el artículo 7 que reproduce lo que ya había establecido el artículo 1 del Real Decreto-Ley 20/2012 sobre medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad. Por lo mismo, no se refiere solo a los altos cargos sino que afecta al cese en cualesquiera cargos, puestos o actividad en el sector público considerándose también como tal la actividad desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, asambleas legislativas, entidades locales, altos cargos y personal los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la de Justicia.

Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquiera de los cargos o puestos indicados son incompatibles con:

a) Cualquier retribución con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes organismos y empresas de ellas dependientes o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación del arancel así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada con excepción de las previstas en el artículo 13.2. c) (administración del patrimonio personal, creaciones literarias, artísticas, científicas...).

b) La percepción de la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.

La norma contempla la facultad de opción que, durante quince días, corresponde a quienes cesen en los puestos que tengan previstas aquellas pensiones, prestaciones o percepciones. Podrán optar entre la percepción de las mismas o el desempeño de una actividad pública o privada retribuida o, en su caso, la percepción de la pensión de jubilación o retiro.

Si se opta por aquellas pensiones, prestaciones o percepciones, no se podrá ejercer una actividad económica pública o privada aunque se renuncie a su retribución. La opción por el desempeño de estas actividades o por la pensión de jubilación o retiro implica la renuncia a aquellas pensiones indemnizatorias, prestaciones y percepciones previstas con ocasión del cese.

Se decía más arriba que el artículo 7 del proyecto reproduce el contenido del artículo 1 del Real Decreto Ley 20/2012. Sin embargo, en un concreto aspecto ha ido más allá y es el relativo al supuesto de que el perceptor opte por las pensiones indemnizatorias, prestaciones o percepciones al cese en cuyo caso -dice el precepto— no se podrá ejercer una actividad pública o privada retribuida aunque se renuncie a la retribución.

Esta concreta previsión no aparecía en el Real Decreto-Ley y, en relación a la misma, el Consejo de Estado formuló dos observaciones:

a) En primer lugar, se desconoce la razón que justifica la previsión de una prohibición del desempeño de cualesquiera actividades públicas cuando no suponen la percepción de retribución alguna o se renuncia a esta.

b) En segundo lugar, plantea dudas acerca del efecto que tiene la referida prohibición en la situación administrativa de quienes sean funcionarios públicos, pues de lo expuesto parece deducirse que la opción por la pensión indemnizatoria o la prestación compensatoria, les conduciría a la situación de excedencia por interés particular con los efectos estatutarios correspondientes de no devengo de antigüedad, extinción de la reserva de plaza inherente a la de servicios especiales y demás establecidos en la legislación de funcionarios, lo cual puede entenderse que constituye una penalización de justificación no evidente.

El artículo 1 del Real Decreto-Ley, junto con otros de la misma norma, había sido objeto de recurso de inconstitucionalidad (n.º 1983/2013) interpuesto por la Generalidad de Cataluña. A la entrada en vigor de la Ley 3/2015, no había recaído sentencia del Tribunal Constitucional por lo que el artículo 7 de la Ley 3/2015, que reproducía el referido artículo 1, se encontraba en una cierta situación de pendencia.

La sentencia 16/2016, de 4 de febrero del Tribunal Constitucional desestimó el recurso en relación, entre otros, a dicho artículo 1.

6. OTRAS OBLIGACIONES

Se refieren a la gestión de recursos humanos y materiales (artículo 8), diligencia debida en el ejercicio del cargo (artículo 9) y deber de formación relativo al conocimiento de sus obligaciones, en particular lo que se refiere conflictos de intereses y buen gobierno (artículo 10).

A juicio del Consejo de Estado, el contenido de estos preceptos carece de entidad para ser regulado por una norma con rango de ley.

En efecto y en particular, parece excesivo que una ley regule los pormenores del uso de los vehículos oficiales o de las tarjetas de crédito, aparte de que alguna de estas cuestiones están ya reguladas por normas reglamentarias.

7. CONFLICTOS DE INTERESES

A. Definición

Los altos cargos servirán con objetividad los intereses generales, debiendo evitar que sus intereses personales puedan influir indebidamente en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades (artículo 11.1).

Aparecen contrapuestos aquí los intereses generales y los privados del alto cargo que pudieran influir indebidamente en su comportamiento. No es necesario que los intereses privados sean necesariamente reales. Basta que sean potenciales generando una duda razonable sobre la integridad del alto cargo. El conflicto surge en aquellas ocasiones en las que unos y otros intereses aparecen enfrentados, aunque, de hecho, no se haya producido un comportamiento ilícito.

Basta un potencial de duda sobre la imparcialidad y objetividad de la decisión para que aparezca el conflicto. La ley describe las situaciones en que tal potencial acontece. Producido el supuesto, opera preventivamente el deber de abstención.

Se entiende que un alto cargo está incurso en un conflicto de esta naturaleza cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales de naturaleza económica o profesional por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

El apartado 2 del artículo 11 completa la definición relacionando los supuestos que se consideran intereses personales:

- Los propios del alto cargo.
- Los de los familiares que incluyen los del cónyuge o persona que conviva en análoga relación de afectividad y los de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- Los de personas con las que el alto cargo tenga una cuestión litigiosa pendiente o con quienes tenga amistad íntima o enemistad manifiesta.
- Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado, por una relación personal o profesional de cualquier tipo, durante los dos años anteriores al nombramiento.
- Finalmente, los de las personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares, antes referidos, estén vinculados por una relación laboral o profesional de

cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

La relación de los supuestos en que se considera que existe conflicto de intereses es prolija y detallada. El Consejo de Estado dice de la enumeración que está redactada «en términos un tanto extensos, objetiva y subjetivamente».

Respecto de los intereses de las personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo o sus familiares estuviesen vinculados, aparte la mejorable redacción de la expresión «personas jurídicas o entidades privadas», debe anotarse lo siguiente:

La delimitación del posible conflicto por interés personal es diferente según se trate del propio alto cargo o de sus familiares.

En el primer caso, los intereses de aquellas entidades se consideran intereses personales del alto cargo en el caso de que este haya estado vinculado a aquellas por una relación laboral o profesional «de cualquier tipo» en los dos años anteriores a su nombramiento. No se especifica el contenido de dicha relación. Basta que haya sido laboral o profesional.

En el caso de los familiares, la norma está redactada en tiempo presente («estén vinculados») y, si bien se habla de una relación laboral o profesional «de cualquier tipo», esto es, como en el caso el alto cargo, se matiza a continuación diciendo que esta relación debe implicar, para que exista el conflicto, «funciones de dirección, asesoramiento o administración».

En consecuencia, en el caso de los familiares, para que los intereses de dichas entidades a las que están vinculados laboral o profesionalmente dichos familiares determinen el conflicto, dicha vinculación laboral o profesional no puede ser «de cualquier tipo», sino especialmente cualificada por entrañar funciones de dirección, asesoramiento o administración.

En consecuencia, el alto cargo debe inhibirse (artículo 12.1) en el conocimiento de asuntos en que estén interesadas las personas jurídicas o entidades a las que los familiares relacionados en la norma estén vinculados, laboral o profesionalmente, por funciones de dirección, asesoramiento o administración.

Los términos de «dirección» y «administración» parecen, en principio, suficientemente precisos. Aquellas entidades en las que el alto cargo hubiera desempeñado funciones directivas (director general, gerente, consejero-delegado y asimilados) o de administración (consejero o miembro del órgano colegiado de gobierno...) están incluidas en la norma. La locución «asesoramiento» posiblemente sea más imprecisa.

El término «asesoramiento» en relación con empresas y sociedades es sumamente amplio y genérico. Existen muy diversos tipos de asesoramiento (permanente, puntual, externo, interno, de directivos o consejeros, de menor importancia...). No es la misma obviamente, la labor de asesoramiento que presta el jefe de la asesoría jurídica de una gran empresa que el informe puntual que puede recabarse de un despacho externo sobre un asunto o un pleito concreto. Tampoco es igual la situación del asesor en relación a la empresa. El jefe de la asesoría tendrá dedicación especial o exclusiva y, obviamente, le estará vedado asesorar a competidores. El abogado del despacho externo no estará sujeto a estas limitaciones. Sin embargo, unas y otras actividades están comprendidas en el concepto de asesoramiento.

En el designio y propósito de la norma que se comenta, el «asesoramiento» de que se trata se sitúa al nivel de la «dirección» y la «administración» a los efectos de provocar el deber de inhibición. Esto es, parece razonablemente que se requiere de él un notable grado de intensidad. También de permanencia y cercanía.

B. Abstención y recusación

Se contemplan en los dos primeros apartados del artículo 12.

Si el alto cargo considera que está en una situación de conflicto de intereses, debe abstenerse de tomar la decisión afectada por ellos. Los que tengan la consideración de autoridad, se abstendrán de intervenir en el procedimiento correspondiente cuando, por afectar a sus intereses personales, definidos en los términos analizados, concurran en las causas previstas en la normativa administrativa común. Podrán ser también recusados en aplicación de la propia normativa.

C. Alerta temprana

El propio artículo 12 introduce una medida de control preventivo que no aparecía en la Ley 5/2006.

La Oficina de Conflictos de Intereses, a la vista de la información facilitada por el alto cargo en la declaración de actividades que se refiere el artículo 16 y, en su caso, en la que pueda serle requerida, le informará sobre los asuntos y materias sobre los que, con carácter general, deberá abstenerse durante el ejercicio de su cargo.

Los órganos, organismos y entidades en los que presten servicios altos cargos que no tengan la condición de autoridad, deberán aplicar los procedimientos adecuados para detectar posibles conflictos y para asegurar la abstención o recusación cuando proceda.

La abstención se producirá por escrito y se comunicará al superior inmediato o al órgano que designó al alto cargo, así como al Registro de Actividades. Si aconteciera en el curso de la reunión de un órgano colegiado, su constancia en el acta equivaldrá a la comunicación mencionada.

D. Dedicación exclusiva

Se contempla en el artículo 13, que establece una regulación mucho más extensa y detallada de la que aparecía en el artículo 5 de la Ley 5/2006, dedicado también a este asunto.

Con carácter general, el apartado 1 dispone que los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán recibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada simultánea.

La norma es reproducción casi literal del apartado 1 del artículo 5 de la Ley 5/2006. La única modificación es la adición del término «simultánea» referida, al final del texto, a la actividad privada.

Una fórmula tan pretendidamente totalizadora explica la larga enumeración de excepciones que aparece a continuación.

Se establece en primer lugar un conjunto de excepciones referidas a actividades públicas compatibles con el ejercicio del alto cargo: actividades comisionadas por el Gobierno o derivadas de la propia condición; representación ante otros Estados o con-

ferencias internacionales; presidencia de sociedades del artículo 166 de la Ley 33/2003; representación de la Administración del Estado en consejos u órganos directivos de empresas de capital público o entidades públicas con limitación de número y retribución; tareas de investigación propias de la entidad en que ejerzan sus funciones; creaciones literarias o artísticas...

En segundo término, se dispone que los miembros del Gobierno y los Secretarios de Estado podrán compatibilizar su actividad con la de diputado o senador con la limitación de remuneración a uno solo de los dos cargos sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan

Finalmente, se relacionan las actividades privadas compatibles (administración del patrimonio personal o familiar, creaciones intelectuales, participación en entidades culturales o benéficas...) siempre que su ejercicio no comprometa la imparcialidad e independencia del cargo.

E. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias

Dispone el artículo 14.1 que los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública.

Se considera persona interpuesta la persona física o jurídica que actúe por cuenta del alto cargo.

En cuanto a las empresas que reciban subvenciones, la nueva ley ha endurecido lo que establecía sobre el particular el artículo 6 de la Ley 5/2006 que se refería solamente a las subvenciones procedentes de la Administración del Estado. Ahora se mencionan las provenientes «de cualquier Administración Pública».

Añade el artículo 14.1 que lo previsto anteriormente será también de aplicación al caso en que la empresa en la que participe el alto cargo sea subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato con la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de este contrato.

Se trata, de nuevo, de una novedad respecto de lo que establecía la Ley 5/2006.

Reiterando, en este caso, lo que ya establecía el artículo 6.2 de la Ley 5/2006, el 14.2 de la vigente establece que en el supuesto de sociedades anónimas cuyo capital suscrito supere los 600.000 euros, la prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar al diez por ciento, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

El apartado 3 establece que cuando el alto cargo tenga una participación de las contempladas en el propio artículo, tendrá que enajenar o ceder a un tercero independiente en el plazo de tres meses desde el día siguiente a su nombramiento, las participaciones y los derechos inherentes a las mismas durante el tiempo en que ejerza su cargo. El tercero independiente será un sujeto en quien no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1.

En este concreto extremo, la solución adoptada por la nueva ley es más razonable que la prevista para el mismo supuesto en el artículo 6.3 de la ley anterior.

En efecto, dicho artículo contemplaba solamente la obligación de «desprenderse» de la participación. Ahora, la alternativa entre la enajenación y la cesión parece que comporta la posibilidad de conservar la titularidad de las participaciones y el ejercicio de los derechos asociados que podrá cederse a un tercero.

El precepto menciona la cesión de los «derechos inherentes» a las participaciones. Se preguntaba el Consejo de Estado si por tales habían de entenderse los derechos políticos pero no los derechos económicos sugiriendo la conveniencia de aclararlo. Esta sugerencia no ha sido atendida.

Si la participación se adquiere por sucesión hereditaria u otro título gratuito, la enajenación o cesión tendrá que producirse en el plazo de tres meses desde su adquisición. En este punto, se reitera lo que establecía la ley derogada si bien, tal y como se ha indicado, esta solo contemplaba la enajenación y no la cesión de los derechos.

Finalmente, la enajenación o cesión, así como la identificación del tercero independiente, deberán contar con el informe favorable de la Oficina de Conflictos de Intereses y será declarada ante el correspondiente Registro.

F. Limitaciones al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese

Como dice la exposición de motivos, en la regulación del precepto aparecen dos niveles: el general y el más intenso aplicable a los altos cargos de organismos y órganos supervisores o reguladores.

En relación al nivel general, se dispone que durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, los altos cargos no podrán prestar servicios en entidades privadas, incluidas las que pertenezcan al mismo grupo societario, que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado (artículo 15.1)

Respecto del nivel más intenso, se establece que quienes sean alto cargo por razón de ser miembros o titulares de un órgano u organismo regulador o de supervisión, durante los referidos dos años siguientes a su cese no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan estado sujetas a su supervisión o regulación. Se entienden incluidos, en todo caso, los altos cargos de la CNMV, de la CNMC y del CSN (artículo 15.2). La mayor intensidad se produce por la referencia a las entidades que hubieran sido objeto de supervisión, hubieran sido o no afectadas por la decisión.

En el supuesto del nivel más intenso, no se hace alusión al grupo societario.

En relación al nivel general, la limitación que se establece es más benigna que la que aparecía en el artículo 8 de la Ley 5/2006. En efecto, en dicho artículo la limitación operaba en relación a «empresas o entidades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo». Ahora se mencionan las entidades privadas «afectadas por decisiones en las que (los altos cargos) hayan participado». La norma es más razonable y precisa que la de la ley derogada.

El apartado 3 del precepto establece de forma detallada los supuestos en que se entiende que el alto cargo participa en una decisión que afecta a la entidad privada mencionando informes preceptivos, resoluciones administrativas, actos equivalentes de derecho privado, participación en órganos colegiados...

Regula la norma (apartado 4) el supuesto, que será habitual, de que el alto cargo quiera reincorporarse, tras su cese, a la empresa privada en la que hubiera ejercido su actividad profesional antes de ser nombrados alto cargo. No incurrirán en la incompatibilidad a que se refiere el precepto «cuando la actividad que vayan a desempeñar

en ellas lo sea en puestos de trabajo que no estén directamente relacionados con las competencias del cargo público ocupado ni puedan adoptar decisiones que afecten a este».

En la versión del proyecto que se sometió al Consejo de Estado y en armonía con lo dispuesto con anterioridad, la norma excluía de la incompatibilidad las actividades en el puesto de procedencia en las que las funciones no estuviesen directamente relacionadas con decisiones en las que hubiera participado el alto cargo en tanto lo era. El punto de referencia no era, como en la ley anterior, las «competencias» del cargo, sino las «decisiones» que hubiera adoptado el alto cargo.

La versión definitiva ha vuelto, sin embargo, a la redacción primitiva del artículo con lo que se advierte una cierta desarmonía con lo previsto en el primer párrafo. Por otra parte, no se advierte la razón del cambio de criterio siendo así que el referido a las decisiones, y no a las competencias en general, había sido refrendado por el criterio del Consejo de Estado.

El apartado 5 establece la prohibición de que los altos cargos, durante el plazo de dos años desde su cese, celebren los contratos que se mencionan con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía.

En este caso, se detecta de nuevo una solución más benigna que la prevista en la Ley 5/2003 que se refería a los contratos con las Administraciones Públicas en general y no mencionaba la exigencia, para la prohibición, de la relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía.

El precepto establece (apartado 6) la obligación del alto cargo de declarar, durante el período de dos años, ante la Oficina de Conflictos de Intereses las actividades que vaya a realizar y la manera de operar en función de la decisión de la Oficina (epígrafe 7).

Finalmente (epígrafe 8) dispone que, durante los dos años posteriores a la fecha de cese, a quienes hubieran ocupado un puesto de alto cargo y reingresen a la función pública y tengan concedida la compatibilidad para prestar servicios retribuidos de carácter privado les será de aplicación lo previsto en el propio artículo 15.

G. Declaración de actividades y de bienes y derechos

El artículo 16 establece la obligación de los altos cargos de formular al Registro de Actividades de Altos Cargos, dentro de los tres meses siguientes a su toma de posesión o su cese, según proceda, una declaración de las actividades que, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, hubieran desempeñado durante los dos años anteriores a su toma de posesión como alto cargo o las que vayan a iniciar tras su cese. Deberá remitir asimismo un certificado de las dos últimas declaraciones anuales presentadas por el IRPF.

A tenor del artículo 17, en el mismo plazo presentarán el certificado de su última declaración anual por el Impuesto sobre el Patrimonio y, si no tienen la obligación de presentarla, aportarán un formulario equivalente. Asimismo, aportarán una copia de su declaración por el IRPF correspondiente al ejercicio de inicio y al de cese. Anualmente, mientras dure su nombramiento, aportarán copia de la declaración correspondiente. Respecto del ejercicio de inicio, deberán aportar también una certificación de la AEAT expresiva de estar al corriente de las obligaciones tributarias o, en su caso, de las obligaciones tributarias pendientes.

Con referencia a la aportación de las declaraciones por IRPF y por el Impuesto sobre el Patrimonio, la norma menciona en unas ocasiones la formalidad de «certificado» de las mismas y en otras la simple copia de la declaración. Parecería que debiera bastar esta última. En todo caso, en relación con los datos fiscales, se dispone que el alto cargo podrá autorizar a la Oficina de Conflictos de Intereses para que obtenga la información directamente de la AEAT.

H. Control y gestión de valores y activos financieros

Establece el artículo 18.1 que para la gestión y administración de los valores y activos que se relacionan en el precepto, los altos cargos deberán contratar a una empresa autorizada para prestar servicios de inversión, obligación que no es exigible cuando el valor de los títulos y activos de que se trate no supere la cantidad de 100.000 euros.

La ratio del precepto es diferente de la del artículo 14 referido a las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias.

Con arreglo a este último precepto, cuando el alto cargo tuviera una participación de más de un diez por ciento en las empresas contratistas u subvencionadas que se mencionan en el texto, deberá desprenderse de ellas o ceder los derechos inherentes. Se trata, típicamente, de evitar el riesgo de un conflicto de intereses.

En cambio, lo que el artículo 18.1 quiere asegurar es que el alto cargo no pueda incidir en las decisiones de inversión referidas a su cartera de activos durante el tiempo en que ostenta el cargo. Como se establece en el segundo inciso del precepto, la empresa gestora no puede recabar ni recibir instrucciones de inversión por parte del alto cargo.

En la versión remitida al Consejo de Estado se establecía la limitación adicional de que no podría revelarse al alto cargo la composición de sus inversiones. Esta prohibición, que procedía del artículo 13 de la Ley 5/2003, desapareció en el texto final.

En efecto, como dictaminó el Consejo de Estado, la previsión carecía de conexión con la realidad. La prohibición de incidir sobre las decisiones que el gestor adopte no es incompatible con la facultad del alto cargo de conocer y valorar la gestión de su cartera con posibilidad de optar por un gestor distinto. Aparte ello, el alto cargo deberá conocer la situación de sus inversiones a efectos de sus declaraciones fiscales.

Finalmente, el apartado 2 establece que lo dispuesto con anterioridad no será aplicable cuando los valores o activos de que sea titular el alto cargo sean participaciones en instituciones de inversión colectiva en las que no tenga una participación mayoritaria o cuando, tratándose de valores de entidades distintas, el alto cargo se limite a las operaciones que el precepto menciona y que resulta inocuas en relación a lo querido por la norma (percibir dividendos o intereses, acudir a ofertas de canje...).

8. ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

Se regulan en los artículos 19 a 24. Son la Oficina de Conflictos de Intereses y los Registros electrónicos previstos en el artículo 21.

Respecto de la Oficina, la ley establece su plena autonomía funcional para el ejercicio de sus competencias; cuales son estas; sus facultades para recabar información de ficheros, archivos y registros de carácter público y, finalmente, el deber de colaboración con la Oficina que pesa sobre órganos y entidades públicas y privadas.

Cada seis meses, la Oficina elevará al Gobierno, para su remisión al Congreso de los Diputados, un informe sobre el cumplimiento por los altos cargos de sus obligaciones así como de las infracciones que hubiera cometido y de las sanciones impuestas en su caso.

Una vez finalizado el mandato del alto cargo, la Oficina deberá examinar la situación patrimonial del mismo y elaborará un informe sobre ella en cuyo expediente se dará audiencia al alto cargo.

Si de los datos constatados pudieran derivarse indicios de enriquecimiento indebido, la Oficina podrá solicitar la colaboración de la AEAT para aclarar la información. Si, concluido el expediente, pudiera derivarse la existencia de responsabilidades administrativas o penales, la Oficina dará traslado a los órganos competentes para depurarlas.

Los Registros electrónicos son dos: el de Actividades y el de Bienes y Derechos Patrimoniales. Respecto de este último, tiene carácter reservado y solo tienen acceso al mismo los órganos y autoridades que se citan, además del interesado.

El Real Decreto 1208/2018 establece normas comunes para uno y otro Registro y normas específicas en relación a cada uno.

9. RÉGIMEN SANCIONADOR

Los artículos 25 a 28 regulan:

- Las infracciones que pueden ser muy graves, graves y leves y sin perjuicio del régimen sancionador previsto en la Ley 19/2013.
- Las sanciones correspondientes.
- Los órganos competentes para ordenar la incoación, para instruir, cuya función se atribuye a la Oficina, y para la imposición de las sanciones.
- Finalmente, los plazos de prescripción de las infracciones (cinco, tres y un año según se trate de infracciones muy graves, graves o leves) y de las sanciones (iguales plazos según se trate de sanciones impuestas por infracciones muy graves, graves o leves).

10. RÉGIMEN JURÍDICO DE OTROS ALTOS CARGOS DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

La disposición adicional primera establece que se registrarán por su normativa específica y, supletoriamente, por la propia Ley 3/2015. Parece que la norma se refiere a los titulares de los órganos constitucionales que no están específicamente nominados en la relación de altos cargos que figura en el artículo 1.

LOS CONVENIOS EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Jorge Guillermo Pipaón Pulido

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. UNA VISIÓN GENERAL DE LA MOCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS A LAS CORTES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN ADECUADO MARCO LEGAL PARA EL EMPLEO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—2. ANTECEDENTES.—3. LA AUTORIZACIÓN.—4. REGISTRO/PUBLICACIÓN.—5. ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017, POR EL QUE SE APRUEBAN LAS INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE CONVENIOS

1. INTRODUCCIÓN. UNA VISIÓN GENERAL DE LA MOCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS A LAS CORTES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN ADECUADO MARCO LEGAL PARA EL EMPLEO DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, regula en el título preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre de 2010, y cumple con el objetivo de sistematizar el marco legal y tipología de los mismos, establecer los requisitos para su validez e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal.

Es intención del legislador establecer un régimen jurídico completo de los convenios, fijando su contenido mínimo, clases, duración y extinción, asegurando su control por el Tribunal de Cuentas y no establecer una suerte de bases generales subsidiarias en defecto de norma específica. El contenido normativo establecido en la norma con rango de ley es lo suficientemente completo y caracterizado que el espacio al desarrollo normativo ha quedado ciertamente limitado.

No cabría entender lo pretendido por la Ley 40/2015 sin partir del Dictamen 878 de 30 de noviembre de 2010 por la que se aprueba la moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas. Esta moción es el punto de partida sobre el que cabe reflexionar. La descripción de la situación por parte del Tribunal de Cuentas es lo suficientemente detallada para que las tesis doctrinales/profesionales tendentes a la aplicación en el ámbito convencional del principio de libertad de pactos y del libre ejercicio de las competencias administrativas no sometidas a mayores controles que los habituales e imprescindibles de la Abogacía del Estado y de la Intervención correspondiente pueden sin embargo contrarrestarse, a mi juicio, con una reflexión más profunda que permitan centrar el debate en atención a los problemas advertidos en la práctica y no en concepciones teóricas ajenas a la realidad.

¿Qué nos dictamina el Tribunal de Cuentas? Diferentes deficiencias agrupadas y que en esencia serían:

La inexistencia de una norma habilitante específica, es decir, sin la previa aprobación de «las normas específicas que los regulan», a que se refería el art. 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Es clásica la polémica doctrinal sobre si se precisa o no de un expediente administrativo formal para tramitar un convenio como si la totalidad de los mismos fueran los convenios entendidos como finalizadores del procedimiento administrativo. Sin duda al igual que es clásica esta discusión doctrinal también lo es que no en encontremos una tramitación regulada para su celebración hasta la llegada de la Ley 40/2015 dando una posible respuesta la deficiencia advertida que no excluía que se pudieran dar otras, pero el acierto o no en la tramitación regulada debe también analizarse desde el punto de vista de su funcionamiento práctico en sus elementos esenciales, algo que después también intentaremos analizar.

Por regla general, no se realizan actuaciones tendentes a dar publicidad o a promover la concurrencia de sujetos distintos de aquellos con los que los convenios se suscriben, por lo que no puede decirse que se hayan aplicado, como es obligado, estos principios que rigen en la contratación pública, y que son de obligada aplicación en la actividad convencional.

El artículo 4.2 del derogado TR de la ley de Contratos del sector Público ya señalaba tras excluir a los convenios de su ámbito de aplicación que los mismos se regulaban por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley de contratos para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Al no haber ninguna norma especial que regulara esta materia, podría discutirse si eran de aplicación al menos los principios de publicidad y concurrencia como elementos absolutamente indisponibles de nuestro sistema contractual público. El Tribunal de Cuentas no tiene duda alguna y echa en falta su falta de aplicación, aunque sin analizar las consecuencias de esa afirmación. Por mi parte no estando de acuerdo con esta observación realizada por el Tribunal de Cuentas en lo referente a la concurrencia por cuanto no cabe hablar de concurrencia cuando lo que se pretende es articular un instrumento de colaboración entre Administraciones o entre Administraciones y particulares que tienen competencias o intereses concurrentes en beneficio del interés general algo absolutamente ajeno a la naturaleza de los contratos, no cabe duda que, sin embargo, en materia de publicidad sí existía hasta la llegada de la Ley 40/2015 un gran margen de mejora. El que ahora el registro se configure como elemento constitutivo del convenio y su publicación como condición de eficacia, como posteriormente veremos, ha dado incluso un paso más allá a lo requerido por el Tribunal de Cuentas a los efectos, no solo de la necesaria publicidad y conocimiento general, sino también a los efectos de que las propias Administraciones puedan tener un registro en el que ellas mismas pueden extraer los datos de toda índole que les permita conocer su actividad general en este ámbito y permitir un mejor ejercicio de sus competencias.

Bajo la apariencia formal de convenios de colaboración se han tramitado auténticos contratos administrativos, eludiéndose así la aplicación de la legislación contractual.

Sin duda uno de los grandes problemas tradicionales en nuestro derecho es la diferenciación de la figura del contrato y del convenio. En puridad y en términos civilistas, un convenio es un contrato ahora bien, lo que no debe ser nunca es un contrato administrativo y ahí estamos ante el siempre difícil análisis jurídico negativo. Se trata de apreciar si no es un contrato administrativo para llegar a la conclusión de que nos moveremos en la categoría del convenio y hemos llegado a la creación de una institución jurídica tácita residual en la que cabe encajar todo aquello que no quepa calificar de otra forma contractual expresa.

La Ley 40/2015 en esto no puede ser más impecable. El artículo 47 define positiva y negativamente el Convenio. Se trata de una institución jurídica que se califica como «acuerdo», identificando la necesaria participación de un sujeto público, definiendo el fin común como objeto y excluyendo de su carácter a los protocolos o meras intenciones

y a los contratos administrativos. Además el artículo 48.3 establece su motivación al señalar que el convenio «deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.» Estos elementos permiten cuestionar no solo a los convenios que en realidad sean contratos o que no persigan fines comunes a las partes del acuerdo o incluso que no persigan un fin común. La Ley 40/2015 permite cuestionar los convenios carentes de una motivación tendente a mejorar la gestión o el ejercicio de las competencias públicas, los servicios públicos o que sencillamente impliquen un coste injustificable desde el punto de vista no de legalidad sino de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera.

En líneas generales, es escasa la especificación del objeto de los convenios y, a veces, también resulta excesivamente genérica la descripción de las actividades a realizar, careciendo del nivel de concreción suficiente para determinar con precisión su verdadero alcance o la adecuación a su valor de la financiación que aporta la Administración.

Uno de los elementos esenciales requeridos por la ley 40/2015 es la memoria. La Ley 40/2015 no solo fija el contenido mínimo de los convenios entre los cuales evidentemente está su objeto sino que también en su artículo 50 y como trámite esencial reclama que los mismo vengán acompañados de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en la ley. Lo anterior ha dado lugar a que el contenido de las memorias analizado por el Ministerio de Hacienda en el trámite de autorización se haya ido perfilando en cuanto a su contenido y que aspectos como la motivación del mismo en orden a la mejor gestión de los servicios públicos y en el ejercicio de las competencias y su impacto presupuestario forme parte de su contenido además de una adecuada justificación de su naturaleza no contractual uno de los grandes problemas detectados por el Tribunal de Cuentas.

En otros casos, no constan en los expedientes los criterios para determinar la cifra de la cantidad a aportar por la Administración. No es infrecuente, a partir de los datos contenidos en los expedientes, desconocer por qué se fija una determinada aportación y no otra superior o inferior, lo que reviste especial importancia, al no existir una pluralidad de ofertas que permitan la depuración del precio o, en su caso, del coste de la actividad.

De nuevo aquí destacar la especial relevancia no solo del contenido de los convenios sino de su memoria jurídica/económica justificativa. No estamos ya en una justificación desde el punto de vista de la sostenibilidad financiera o desde el punto de vista de la estabilidad presupuestaria. Se trata de la adecuación del gasto a los medios y los fines que configuran el objeto del convenio. Ya no deben admitirse convenios basados en una mera declaración general en materia de oportunidad o de mero ejercicio de las competencias formalmente legal, esto sería una premisa necesaria pero ya no debe entenderse suficiente justificación o motivación para la celebración de un convenio. La Ley 40/2015 es clara al señalar como parte de su objeto el que consten las obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria sino que también la memoria debe entrar a analizar el impacto económico y este impacto debe suponer una justificación del coste y en consecuencia que se pueda analizar cómo se ha llegado a concretar el gasto necesario y oportuno.

En relación con la ejecución de lo convenido se aprecia, entre otros extremos: a) La falta de constancia expresa del cumplimiento de los compromisos que asume la Administración, excepto en lo que atañe a la aportación financiera; b) la frecuente justificación del gasto, excepto en los convenios destinados a canalizar subvenciones, mediante la presentación, por el sujeto privado, de la factura por el importe de la aportación financiera a cargo de la Administración, pero no de los gastos en que se ha incurrido. Esta forma de justificar, cuando no se parte de una estimación rigurosa del costo de la actividad, no ofrece garantías de un correcto empleo de los fondos.

Estas últimas observaciones o deficiencias frecuentes responden más a cuestiones de gestión de difícil resolución por parte de una ley. Ahora bien, no debemos obviar el ámbito y la extensión del artículo 52 en materia de «resolución» —quizá hubiera sido más adecuado hablar de «extinción»—, de los convenios. Uno de los efectos más relevantes de la aplicación de este precepto implica abrir un periodo de liquidación con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes. La ley establece el régimen tanto de la existencia de exceso de financiación, que dará lugar a la restitución, como también la existencia de infra financiación dentro del límite presupuestario y establece las consecuencias de ambas situaciones. Esto implica que necesariamente las partes intervinientes deben realizar una actuación expresa de liquidación por la cual se justifiquen las actuaciones y los costes derivados de las mismas conforme a la financiación acordada y que en gran medida pueden servir para paliar las deficiencias apreciadas por el Tribunal de Cuentas.

2. ANTECEDENTES

Descrita la intención y los objetivos a alcanzar sea quizá conveniente definir el punto de partida. Lo primero que cabe señalar es que con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 40/2015, no existía una norma específica que con carácter general pretendiera establecer un contenido mínimo o una cierta homogeneización, siquiera formal, de los convenios que durante años han estado inspirados en el «principio de libertad de pactos» típicamente contractual. Es más, el criterio doctrinal y jurisprudencialmente consolidado, siempre ha sido el de su diferenciación de la institución contractual en atención al objeto de la prestación. Todo aquello que no fuera un servicio, suministro u obra y cuya contraprestación no fuera un precio determinado conforme a las previsiones de nuestra Ley General Presupuestaria pasaba inmediatamente al ámbito de su consideración como convenio de colaboración. A partir de ahí aspectos como la indeterminación del precio, la atribución de la propiedad compartida, su financiación calificable en ocasiones como «subvenciones», etcétera, han sido siempre fuente constante de conflictos en orden a la caracterización del «acuerdo» como contrato o como convenio, de los llamados hasta la Ley 40/2015, «de colaboración».

La aparición de un régimen jurídico aplicable a los convenios de colaboración desde el punto de vista de su tramitación debemos encontrarlo en su vertiente territorial. La Resolución de 9 de marzo de 1990, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Territoriales, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990 sobre convenios de colaboración entre la Administración del Estado y las comunidades autónomas, partió de la premisa de que el desarrollo del principio de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas había venido teniendo su expresión, entre otras facetas, en la suscripción de convenios.

Esto, no obstante esta manifestación del principio de colaboración, no estaba exento de problemas ya en el año 1990 por lo que con el fin de asegurar que por parte de la Administración del Estado se utilizara este tipo de instrumento de colaboración, tanto de forma ajustada a pautas de actuación sistemática y homogénea como coherente con los demás instrumentos de la política autonómica del Gobierno, se establecieron por el mismo reglas sobre la suscripción de convenios. En un primer momento a través del acuerdo sobre la materia adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Política Autonómica en su reunión de 13 de septiembre de 1984, y posteriormente mediante un nuevo Acuerdo de dicha Comisión, adoptado en su reunión de 18 de junio de 1985, que sustituyó al anterior. La cuestión es saber qué reglas fueron las establecidas y que conocamos que se partía de la premisa de que en el ámbito convencional, regido por una suerte de principio de libertad de pactos que no es propio estrictamente de un sistema administrativista en el ejercicio de competencias reconocidas por la ley se tiene, sin embargo en cuanta la experiencia adquirida desde la eficacia del acuerdo de 1985 que sustituyó el de 1980 llegándose a la conclusión de proceder a un nuevo tratamiento de esta cuestión que partía del régimen entonces ya vigente de autorización previa de la suscripción de convenios por la Comisión Delegada del Gobierno, delimitando subjetiva y objetivamente tal autorización, con el objetivo de flexibilizarla, y regulando los aspectos formales y procedimentales relacionados con la suscripción de convenios y el seguimiento de los mismos.

Esto es, desde 1984 y aunque fuera en el ámbito territorial, la institución de la autorización de los Convenios no es algo ajeno en nuestro ordenamiento jurídico. Es más, ha sido en diferentes ocasiones un acuerdo del Gobierno en forma de Comisión Delegada quien ha venido a establecer las instrucciones para la suscripción de los convenios. Esto, que ahora se ha establecido de manera normativa en la Ley 40/2015, no es algo extraño ni a nuestro ordenamiento jurídico, ni a la intención sometida al principio de oportunidad del Gobierno correspondiente ni ajeno a considerarse un trámite dentro de la ordenación de los actos de preparación de la suscripción de los convenios. Es más, la desaparición de la Comisión delegada del Gobierno de política autonómica por el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, no tuvo como consecuencia la desaparición o la pérdida de efectos del Acuerdo de 1990 sino que la configuración de la naturaleza jurídica de las comisiones delegadas como expresión administrativa del Consejo de Ministros en áreas específicas de competencia, dio lugar a que la competencia que esta Comisión delegada tenía para autorizar los convenios de carácter territorial pasara al Consejo de Ministros en la medida en que seguía tratándose de la misma expresión administrativa del Gobierno desde el punto de vista institucional y competencial.

La figura de la autorización de los convenios, como decíamos, ni es algo que deba resultarnos ajeno como tampoco la problemática diversa que la suscripción de los mismos genera. La definición de los sujetos intervinientes, el que no haya un sistema que vele por la transparencia en su tramitación, su alcance económico, su carácter aglutinador en beneficio del interés general de competencias de diferentes personificaciones de las Administraciones Públicas en un sistema descentralizado, entre otras cuestiones, no solo hace necesario sino imprescindible que hay un régimen de intervención administrativa en los mismos que permita tener conocimiento general sobre su contenido, alcance y efectos.

A partir de estas consideraciones la ley trata, a mi juicio con éxito al menos en este aspecto, de ordenar la actuación de las Administraciones Públicas en esta materia con dos instrumentos fundamentales, no exentos de polémica, tanto por su eficacia como por su oportunidad: la autorización y la publicación/registro.

3. LA AUTORIZACIÓN

Uno de los aspectos más polémicos de la norma se identifica con el artículo 50.2 c) de la Ley 40/2015. En este precepto se establece, como trámite preceptivo, un aspecto sustantivo de la validez del convenio: la autorización previa del Ministerio de Hacienda. Esta autorización no solo es originaria, al tiempo de la suscripción, sino que es también necesaria para la modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes —entendiendo que la resolución unilateral por causas legales o convencionales no precisa de esta autorización—.

Poco podemos encontrar dentro de la Ley 40/2015, que justifique expresamente este requisito pero lo que debemos entender como *ratio legis* son las críticas al ejercicio abusivo de la figura del convenio realizadas desde el Tribunal de Cuentas en su informe 878 de 2010. El Tribunal de Cuentas, como hemos visto como necesaria introducción, enumera diferentes formas de abuso de esta figura convencional: se hace referencia a supuestos de inespecificidad de objeto, de confusión con figuras contractuales, de irregularidades en materia de financiación, etc. No cabe duda que ante este informe del Tribunal de Cuentas podemos dar una primera y a la vez, acertada respuesta, como es que deben reforzarse los instrumentos de control por la vía de la actuación, en cada ámbito de su competencia, de la Intervención General del Estado y de la Abogacía General del Estado. Indudablemente el ejercicio de las competencias en materia de control de legalidad en los aspectos sustantivos y presupuestarios es una eficaz herramienta pero de igual modo, ante el uso masivo de un determinado instrumento y la existencia de limitaciones de medios, el que el legislador adopte la decisión de establecer un filtro adicional no debe entenderse como algo perjudicial, más bien debemos entenderlo como un elemento ordenador y hasta cierto punto un elemento que impone una disciplina homogeneizadora de actuación que permite igualmente ordenar y centrar la nunca suficientemente bien valorada actuación de la Abogacía del Estado y de la Intervención.

El régimen de autorización de los convenios por parte el Ministerio de Hacienda funciona con agilidad y no ha dado lugar, más allá de lo razonable ante la implantación de una nueva competencia siempre previa a la dotación de medios para su ejercicio, a retrasos en la suscripción de los convenios celebrados al entrar en vigor la Ley 40/2015. Para ello, dos han sido los elementos esenciales: el primero, la creación de la estructura adecuada para la gestión del trámite de la autorización en el Ministerio de Hacienda y su adecuada gestión por los funcionarios responsables, y la segunda, el que al amparo de la literalidad de la norma, la definición del convenio (art. 47), su contenido mínimo (art. 49), el que se reclame una memoria económica/jurídica (art. 48) y el sometimiento al informe de la Abogacía del Estado (art. 50.2 a)), se ha generado un cuerpo doctrinal práctico que permite encadenar coordinadamente las diferentes competencias de los órganos competentes para conveniar hasta la autorización y firma del convenio. En esta cadena se analiza el objeto del convenio, se justifica su diferenciación con el contrato, se motiva su celebración en razones de eficacia y se conecta con la estabilidad presupuestaria, se concreta y justifica el régimen de su financiación, se informa por la Abogacía del Estado, se autoriza y se fiscaliza por la Intervención competente. Podremos entonces dudar de si había otros mecanismos o si se podrían simplemente haber reforzado los existentes pero la práctica está demostrando la eficacia de la decisión adoptada por el legislador.

Sentado lo anterior, el ámbito de la autorización deberá ser el propio de un Ministerio que no es interviniente en la decisión de su celebración ni en la definición de su finalidad. Es decir, la autorización del artículo 50 de la Ley 40/2015 debe velar por el

contenido del Convenio y que éste sea adecuado a las previsiones del artículo 49, deberá constatar que al convenio se le acompaña del informe favorable de la Abogacía del Estado, que la memoria incluye las prescripciones exigidas en el artículo 48, que se prevé adecuadamente su duración y formas de extinción o que existe una comisión de seguimiento. Deberá igualmente verificar que los efectos del convenio y su propia existencia se producen de conformidad al cumplimiento de su publicación y su registro. Es decir, la función de la autorización del Ministerio de Hacienda no debe verse como «validadora» de la oportunidad o del acierto de lo acordado, es más, esta autorización no debe ser considerada como legitimadora del convenio en el sentido de que le dote de una suerte de *barniz de legalidad* que no ostente materialmente. No es función de la autorización dotar de legalidad al convenio que encubre un contrato ni tampoco que se eleve la categoría de un protocolo o mera declaración de intenciones a la del convenio obligacional. Los negocios jurídicos son lo que son al margen de su denominación y no es a esta autorización, a la que debe dotarse de un alcance más allá del que le es propio. Como expresamente señala el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de convenios: «Esta autorización tiene por finalidad garantizar un mejor seguimiento y control de los convenios suscritos en el ámbito estatal, ganando en seguridad jurídica y transparencia.»

La seguridad jurídica se obtiene verificando el cumplimiento de los parámetros exigidos por la ley 40/2015 y por otro lado, el registro y la publicación permitirán el conocimiento general de los convenios vigentes y sus modificaciones. Lo que no cabe considerar es que la autorización sustituya la competencia, ni con ello la responsabilidad, de los que suscriben el convenio y de igual modo, no puede pretenderse que la definición de esta responsabilidad basada en la competencia para suscribir, negociar, seguir o interpretar los términos de un convenio se extienda a quien autorizándolo, en los términos del artículo 50, ejerce precisamente una competencia distinta en lo referente a la realidad de la materia convenida y a las vicisitudes de su cumplimiento y extinción.

Otra cuestión a tratar es la consecuencia de la ausencia de autorización. Es cierto que la tramitación ordenada del convenio no permitiría inicialmente considerar ni tan siquiera existente un convenio no publicado y que esta publicación es un acto posterior al de la autorización. Esto no obstante, se podría dar siquiera en el plano teórico la circunstancia de que un convenio no autorizado fuera eficaz al haber sido inscrito y existente por su publicación oficial. En este caso, insistimos que improbable por el orden de su tramitación, la ausencia de autorización debería reconducirse al ámbito de su convalidación por medio de su obtención posterior de conformidad con el artículo 52.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por último podríamos concluir este apartado con la descripción de la naturaleza de esta competencia. Es decir, se trata de definir si el Ministerio de Hacienda podría no autorizar un convenio por razones de mera oportunidad o si cumplidos los trámites en los términos señalados se trataría de una suerte de «acto debido»; si estamos ante una potestad reglada o discrecional. En los términos que hemos señalado anteriormente, si la autorización implica el ejercicio de una competencia que es ajena a la propia que determina la suscripción del convenio por la Administración correspondiente, la denegación de la autorización solo puede descansar por las previsiones de la Ley 40/2015 las cuales, pueden ir desde consideraciones relativas a defectos de forma, ausencia de justificación de extremos e incluso a razones ligadas con la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera pero no cabe invocar título competencial diferente ni pretender sustituir a la Administración competente materialmente en la decisión sobre su ce-

lebración. La decisión de la suscripción del convenio responde como regla general al ejercicio de competencias discrecionales, pese a la afirmación ya analizada por el Tribunal de Cuentas en orden a la aplicación de determinados parámetros de la contratación pública a los convenios, lo que es cierto es que la decisión de celebrar o no un convenio en el sentido de que sirva o no para la mejor gestión de un servicio o para mejorar la eficacia en el ejercicio de una competencia, responde a una decisión de oportunidad que es ajena al carácter reglado de la competencia sobre su autorización que pretender ser ordenada en coherencia con la propia intención del legislador de establecer un régimen jurídico completo en materia de tramitación de convenios y no en materia referente a las decisiones sobre su suscripción. Siendo esto así, debemos entender que el convenio que cumpla con la totalidad de las previsiones de la Ley 40/2015, debe ser autorizado y que el Ministerio de Hacienda no puede negarse a ello por otras razones.

La existencia de instrumentos de seguimiento por medio del registro así como la publicación oficial permitirán a los gestores y a los ciudadanos, tomar sus propias decisiones y formar sus opiniones en orden a los convenios celebrados, su impacto económico y su verdadera eficacia en relación con el fin pretendido pero eso es algo que previamente debería prever y servir para formar la voluntad del gestor correspondiente y no debe ser esa nunca la finalidad o el sesgo buscado a la autorización que debe encontrar los límites a su finalidad en la propia norma que la impone.

4. REGISTRO/PUBLICACIÓN

Otros de los elementos, no exentos de crítica, es que la Ley 40/2015 reclame con meridiana claridad como requisitos que el artículo 48.8 califica de «eficacia», pero que la exposición de motivos dota de naturaleza «constitutiva» —esto es relevante por cuanto un convenio puede existir en el mundo jurídico pero no desplegar sus efectos o bien, sencillamente no existir en el ámbito jurídico si dotamos a ciertas formalidades como la inscripción y publicación del carácter «constitutivo»—, el que los convenios se inscriban en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal y sean publicados en el «Boletín Oficial del Estado».

Es la exposición de motivos la que reclama el registro con carácter constitutivo y es el artículo 48.8 el que hace referencia al requisito de la publicidad. Quizá una manera de resolver las dudas sobre el alcance de este doble requisito, está en considerar la inscripción en el registro con carácter constitutivo en el sentido de que sin inscripción no hay convenio y que la publicidad oficial es un requisito de eficacia, esto es, sin publicación no cabe ejercer los derechos ni exigir el cumplimiento de obligación alguna. Esto tiene relevancia ya que un convenio no inscrito no puede desplegar efecto alguno que no se encuentre viciado en origen ya que aunque perfeccionado por sus suscripción no existe en el ámbito jurídico y los actos adoptados en su ejecución serían nulos de pleno derecho, mientras que si perfeccionado un convenio por su suscripción lo que no se ha realizado es la publicación, estaríamos ante un requisito de eficacia y por tanto de anulabilidad susceptible de convalidación. Lo entendemos convalidable por esta causa porque: el convenio tendría consentimiento, objeto y causa y estaría inscrito como elemento constitutivo del mismo, por el hecho de que cabría equiparar analógicamente la ausencia publicación a la ausencia de autorización como elemento condicionante de la eficacia del acuerdo pero no constitutivo del mismo y que fuera de aplicación el artículo 52.4 de la Ley 39/2015 y además, porque la publicación posterior a la perfección y constitución del convenio podría tener efectos retroactivos desde la fecha en la que la publicación

debida pero omitida debió realizarse, en la consideración de que los supuestos de hecho necesarios existirían referidos a la fecha de retroacción y esta retroactividad no lesionaría derechos o intereses legítimos de otras personas, es más, velaría por ellos.

Estos requisitos son ciertamente relevantes y al margen de cualquier consideración doctrinal sobre el carácter constitutivo o condicionante de la eficacia de los convenios, lo cierto es que el doble requisito de la inscripción en el registro y la publicación oficial es un trámite para que el convenio exista y/o despliegue sus efectos. Es más, esta inscripción y publicación no es algo que solo despliegue su ámbito de aplicación al momento de celebración del convenio. Pese al silencio de la ley en el artículo 48.8 que solo hace una general referencia al acto de suscripción, la inscripción y publicación debe ser también predicable a los supuestos de las modificaciones o prórrogas de los convenios. Como hemos señalado, es cierto que el artículo 48.8 solo hace referencia a la expresión «suscripción», pero esta expresión puede interpretarse en un sentido omnicompreensivo de la «suscripción» no solo del convenio en el momento de celebrarse por primera vez, sino que también los supuestos suscripción de prórrogas y sus modificaciones. En definitiva, al igual que la perfección del convenio se produce con la manifestación del consentimiento, es este mismo consentimiento el que debe manifestarse para perfeccionar novaciones modificativas de tiempo (art. 49 h. 2.º que reclama el acuerdo unánime para la prórroga) o sustantivas (no cabría modificación unilateral que permitiera que el alcance y efectos del convenio quedar al arbitrio de una sola de las partes ex art. 1256 del Código Civil). Como argumento adicional, la disposición adicional séptima reclama la comunicación al registro no solo de la suscripción sino también de la extinción, prórroga o modificación.

Por último una razón teleológica, la creación del Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación, con efecto constitutivo, dice la exposición de motivos que debe permitir el general conocimiento y de forma fiable de «la información relativa a los órganos de cooperación y coordinación en los que participa la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, y qué convenios hay en vigor en cada momento». Por tanto, los actos que afectan a la existencia de los convenios y a su realidad, deben ser objeto de inscripción y posterior publicación precisamente para cumplir con la finalidad de la norma.

5. ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS, DE 15 DE DICIEMBRE DE 2017, POR EL QUE SE APRUEBAN LAS INSTRUCCIONES PARA LA TRAMITACIÓN DE CONVENIOS

La Orden PRA/1267/2017, de 21 de diciembre, publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 15 de diciembre de 2017, a propuesta de la vicepresidenta del Gobierno y ministra de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y del ministro de Hacienda y Función Pública, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de convenios.

Este acuerdo no es ajeno a la polémica doctrinal de su naturaleza jurídica. No cabe duda de que no estamos en presencia del desarrollo reglamentario de la Ley 40/2015, ahora bien, conviene reproducir lo señalado en la disposición final decimoquinta de la ley cuando señala la competencia del Consejo de Ministros y de los ministros de Presidencia y de Hacienda y (entonces) Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, para dictar no sólo cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la Ley, sino también, les permite: «(...) acordar las medidas necesarias

para garantizar la efectiva ejecución e implantación de las previsiones de esta Ley». Además, debemos recordar que estamos en el ámbito de la competencia, sin un contenido material general definido previamente, señalado en los artículos 5.1 j) (expresamente mencionado en el Acuerdo) y en el 24.1 d) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Por tanto, nada obsta a que formalmente y a propuesta de los dos ministros concernidos en la Ley, el Consejo de Ministros acuerde las medidas necesarias para garantizar la efectiva ejecución e implantación de las determinaciones de la Ley 40/2015 en materia de Convenios con el claro límite de que no cabe proceder al desarrollo normativo de la misma. Por esta razón, el Acuerdo citado se encuentra mucho más cercano en su configuración jurídica al terreno de la instrucción y orden de servicio tradicional de nuestro ordenamiento jurídico que de la figura reglamentaria. Recordemos que el artículo 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, permite al Consejo de Ministros, en su configuración como órgano administrativo, dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes, como sería cada departamento ministerial mediante instrucciones y órdenes de servicio. Es más, la propia norma permite que, si se estima conveniente, por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publiquen en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Aclarada la naturaleza como instrucción del Acuerdo del Consejo de Ministros, es necesario precisar algo más sobre su contenido. Debe destacarse que en el mismo no solo se establece una suerte de «procedimiento» para la tramitación de la autorización del Ministerio de Hacienda, sino también se ordena cómo obtener el informe del Ministerio competente en materia de política territorial. No olvidemos que este informe ya se preveía en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990, claro precedente del Acuerdo que ahora comentamos, al cual deja sin efecto —que no «deroga» al no ser, insistimos, una norma reglamentaria estrictamente—. El ámbito de este informe preceptivo está referido a los convenios suscritos con una o varias Comunidades Autónomas o con Entidades Locales o con sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, entre los que están incluidos los correspondientes consorcios y universidades públicas adscritos o vinculados a dichas Administraciones. Al igual que la autorización, este informe, afectará tanto a la suscripción, modificación, prórroga o resolución por mutuo acuerdo.

Cuestión debatida y discutida sobre el ámbito del Acuerdo es el límite de sus excepciones —excepciones que se han interpretado que alcanzan no solo a la autorización sino también al informe en materia territorial—. El apartado cuarto del Acuerdo, enumera las excepciones a la autorización con un hilo conductor jurídico común como es excluir de su ámbito instrumentos que al margen de su denominación y su carácter de negocio bilateral, no constituyen verdaderos convenios en la forma definida en el artículo 47 de la Ley 40/2015. En esencia, se pretende excluir aquellos casos de convenios finalizadores de procedimientos administrativos, que instrumentan subvenciones o tienen un contenido estrictamente patrimonial que hacen que se aproximen más a la figura del contrato y se alejen de la figura convencional o se trate de encargos y encomiendas de gestión. De especial relevancia es señalar que no se trata de un número cerrado de excepciones y que las mismas pueden ampliarse fuera del ámbito del Acuerdo en atención a las circunstancias del negocio jurídico singular del que se trate.

SOCIEDADES MERCANTIALES ESTATALES: RÉGIMEN DE SU PERSONAL

Fernando Vizcaíno López

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES Y ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE.—3. ACCESO DEL PERSONAL A LA PLANTILLA DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL.—4. DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES.—5. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

1. INTRODUCCIÓN

Las sociedades mercantiles estatales se configuran como uno de los entes públicos que, sin ostentar la condición de Administración Pública, forman parte del denominado sector público institucional estatal.

La principal regulación jurídica de las sociedades mercantiles estatales la constituye la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en concreto, en sus artículos 2.1.c), 84.1.c) y, sobre todo, en sus artículos 111 a 117. Los citados preceptos de la LRJSP constituyen una regulación más amplia de las sociedades mercantiles estatales con respecto a la legislación previa, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado puesto que, con anterioridad, apenas existía un cuerpo normativo dedicado a sociedades mercantiles de carácter estatal, más allá de la escueta disposición adicional 12.^a de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, los artículos 166 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (que regulan el régimen patrimonial de las sociedades de esta naturaleza) y la regulación general de las sociedades mercantiles, constituida principalmente por el Texto Refundido de la Ley de Sociales de Capital, aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2010, de 2 de julio y el Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, el cual regula el régimen de sociedades en sus artículos 116 y siguientes.

La presente parte de este libro tiene por objeto analizar el personal de las sociedades mercantiles estatales, desde el nacimiento de la relación de trabajo, pasando por su desarrollo, hasta su extinción. No obstante, con carácter previo, es menester abordar el régimen jurídico de este tipo de sociedades y, sobre todo, la naturaleza jurídica de las mismas, pues ello tiene relevantes implicaciones legales en la regulación del personal de las sociedades mercantiles estatales.

Como ya se ha adelantado, la regulación más importante de las sociedades mercantiles estatales la encontramos en los artículos 111 a 117 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en los que el legislador nos proporciona la definición jurídica de sociedad mercantil estatal, sus principios rectores, su creación y extinción, su tutela, su régimen jurídico general y, después, el específico para materias presupuestarias, contables, de contratación y personal. La naturaleza jurídica de estas sociedades viene establecida en el artículo 111 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Si se examina ese precepto, se observa que la ley no las define ni como Administración Pública ni como organismo público, sino sociedades participadas en su mayoría por entidades pú-

blicas. Si acude al concepto de Administración Pública que otorga el artículo 2.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, se constata que el mismo no es extensible a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas. Y las sociedades mercantiles estatales son precisamente entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, porque se rigen exclusivamente por derecho privado, de conformidad con el artículo 113 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Además, tampoco pueden conceptuarse como Administración u organismo público, porque, en virtud del artículo 113 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, las sociedades mercantiles estatales no pueden ostentar potestades administrativas, que es uno de los elementos caracterizadores de una Administración pública.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES Y ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE

El régimen jurídico del personal de las sociedades mercantiles estatales se recoge en el artículo 117.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el cual dispone lo siguiente:

El personal de las sociedades mercantiles estatales, incluido el que tenga condición de directivo, se regirá por el Derecho laboral, así como por las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo siempre entre las mismas la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

En consecuencia, de este precepto se desprende que el personal de las sociedades mercantiles estatales se rige por derecho laboral, así como por la normativa presupuestaria, especialmente lo que se establezca en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Al mismo tiempo, de la lectura del precepto transcrito se constata que el personal de las sociedades mercantiles estatales no se rige por derecho administrativo estatutario. Ello es así porque el derecho administrativo-estatutario es aplicable exclusivamente a los funcionarios, figura que únicamente existe en las Administraciones Públicas y en los organismos y entidades de derecho público y, sin embargo, las sociedades mercantiles estatales no tienen la naturaleza jurídica de organismo público, sin perjuicio de que forman parte del sector público institucional estatal, ex artículo 84.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. En consecuencia, no resulta de aplicación a estas sociedades el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto-legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que es la principal norma que regula el régimen básico de los funcionarios y demás empleados públicos. Ciertamente, algunas de las disposiciones del Estatuto Básico del Empleado Público son aplicables al personal laboral de las Administraciones y organismos y entidades de derecho público, pues dentro de los empleados públicos encontramos varios tipos —funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual— de conformidad con el artículo 8.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. Pero las sociedades mercantiles estatales quedan excluidas del ámbito objetivo del Estatuto Básico del Empleado Público, de acuerdo con su artículo 2.1, que solamente se extiende a las Administraciones Públicas en stricto sensu, a los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público, así como a las Universidades Públicas. Lo hasta ahora indicado tiene una sola salvedad, a saber: los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, que son aplicables

a todas las entidades del sector público, aun cuando no estén sujetas a aquel texto legal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, de acuerdo con su disposición adicional primera, la cual afirma:

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.

Una de las excepciones a la inexistencia de la figura de funcionarios en las sociedades mercantiles estatales lo constituye la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. Correos ha sufrido una profunda transformación jurídica en las últimas décadas, que fue creado como organismo autónomo, posteriormente se transformó en entidad pública empresarial, hasta convertirse en una sociedad mercantil estatal, en virtud del artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Al haber tenido en el pasado la naturaleza jurídica de organismo autónomo y de entidad pública empresarial, la mayoría de los empleados de Correos en el pasado accedían en condición de funcionario y no de personal laboral. Con la transformación de Correos en sociedad mercantil estatal, los funcionarios que continuaron prestando servicios para la misma no han perdido tal condición, sino que la conservan. Pese a ello, el régimen estatutario de los funcionarios de Correos no sigue lo establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 5 excluye expresamente de su ámbito de aplicación tanto a los funcionarios como al personal laboral de Correos, indicando lo siguiente:

El personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este Estatuto.

Su personal laboral se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

Es por este motivo que a los funcionarios de carrera de la sociedad estatal en cuestión les es de aplicación una norma consagrada específicamente para ellos: el Real Decreto 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima.

Ahora bien, las cuestiones litigiosas relativas a los funcionarios de Correos se residen en la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme a la Disposición Adicional séptima de su Ley reguladora 29/1998, de 13 de julio, la cual dispone lo siguiente:

Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo también conocerán de las cuestiones que se promuevan entre Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., y los empleados de ésta que conserven la condición de funcionarios y presten servicios en la misma, en los mismos términos en que conocen las cuestiones que se plantean entre los organismos públicos y su personal funcionario, atendiendo a la naturaleza específica de esta relación.

De todo lo hasta aquí expuesto se concluye que el personal de las sociedades mercantiles estatales se rige fundamentalmente por la normativa laboral, constituida en esencia por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, lo que implica que los litigios derivados del contrato de trabajo suscrito entre el personal laboral de estas sociedades y éstas competen a la jurisdicción social, de conformidad con los artículos 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial del Poder Judicial y 2.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Por último, debe recordarse que, de acuerdo con el antedicho artículo 117.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el personal de las sociedades mercantiles estatales también está sujeto a la normativa presupuestaria y a Ley de Presupuestos Ge-

nerales del Estado. Tal previsión determina que la incorporación de nuevo personal a una sociedad mercantil estatal debe cumplir con las limitaciones que establezca Ley de Presupuestos Generales del Estado, en particular, con la tasa de reposición.

3. ACCESO DEL PERSONAL A LA PLANTILLA DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL

El inicio de la relación laboral en una sociedad mercantil estatal no se produce de la misma manera que en una empresa privada, en la que el contrato de trabajo se produce por el mero fruto de voluntades del empresario y el trabajador. Ha de partirse que en el sector público el acceso al empleo se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución Española de 27 de noviembre de 1978 y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, lo que se traduce en la superación por parte de los aspirantes de pruebas selectivas, en las que los participantes demuestren su aptitud y competencia, con la finalidad de evitar que la selección de los empleados de las Administraciones Públicas, de los organismos públicos y de las entidades del sector público se base en criterios arbitrarios, parciales, en definitiva, de impedir que acceda quien no tenga capacidad y sí quien resulte competente. En las Administraciones Públicas y demás organismos y entes, estos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad se recogen en el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, precepto sí resulta aplicable a todos aquellos entes públicos no sometidos dicha norma legal, como las sociedades mercantiles estatales, en virtud de su disposición adicional primera, como ya se ha puesto de relieve previamente. Aun así, en las entidades del sector público no sujetas al Estatuto Básico del Empleado Público, las reglas de igualdad, mérito y capacidad se recogen igualmente en convenio colectivo de aplicación al ente correspondiente. Por ejemplo, en Correos se recogen en el artículo 41 de su convenio colectivo.

Así pues, el acceso al empleo en las sociedades mercantiles estatales pasa por la superación de las pruebas selectivas presididas por los citados principios de igualdad, mérito y capacidad. Una vez aprobadas las mismas, se formaliza el contrato de trabajo entre el empleado y la sociedad mercantil estatal, desplegando toda su eficacia y obligatoriedad, de conformidad con los artículos 1258 y 1278 del Código Civil.

La impugnación de las pruebas selectivas del personal laboral de los entes del sector público ha dado lugar plantearse la jurisdicción competente para conocer de la demanda que verse sobre una eventual fiscalización de los exámenes. En el caso del personal de Administraciones y organismos sujetos al Estatuto Básico del Empleado Público, a pesar de que todas las cuestiones litigiosas derivadas de un contrato de trabajo competen al orden jurisdiccional social, de acuerdo con los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 2.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la fiscalización de las pruebas selectivas corresponde al orden contencioso-administrativo (por todas, Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 16 marzo 1992, recurso 991/1991, de 19 junio 1992, recurso 1640/1991 y de 29 mayo 2007, recurso 103/2006), puesto que se entiende que, con la convocatoria de las mismas, los organismos públicos están ejerciendo una potestad administrativa.

Por el contrario, en el supuesto del personal de los entes del sector público institucional estatal a los que no es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público, entre ellos las sociedades mercantiles estatales, si son impugnados judicialmente los exámenes de acceso, la cuestión litigiosa no corresponde al orden contencioso-administrativo,

toda vez que las entidades del sector público excluidas del ámbito del Estatuto Básico del Empleado Público no tienen la naturaleza de Administración pública, conforme al artículo 2.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y, consecuentemente, no ejercen potestades administrativas, las cuales están reservadas en exclusividad a las Administraciones Públicas. Por lo tanto, es el orden social al que corresponde conocer de toda demanda tendente a verificar la conformidad o disconformidad en derecho de los exámenes.

Podría suscitarse la duda de si la cuestión debería residenciarse en el orden civil, puesto que, en ese supuesto, el contrato de trabajo todavía no ha nacido y el orden social ha de conocer de los litigios procedente de un contrato laboral formalizado y pleno, por lo que la jurisdicción social no podría entrar a decidir sobre los actos preparatorios de un contrato de trabajo, lo que determinaría que el pleito debería sustanciarse ante el orden jurisdiccional civil, por virtud de la cláusula residencial de la jurisdicción civil, ex artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, esta duda jurídica ya ha sido resuelta por la jurisprudencia social (Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de 15 marzo 1991, recurso 1106/1990; de 30 marzo 1995, recurso. 2496/1994; de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 julio 2003, recurso 2933/2003) que ha señalado que todas las actuaciones previas a un contrato laboral competen al orden social, en virtud de la fuerza atractiva que goza la jurisdicción social. Se razona que, si este orden jurisdiccional es competente para entender de los asuntos dimanantes de un contrato de trabajo, también lo es para resolver todos los actos previos tendentes al perfeccionamiento del contrato de trabajo, en aras a preservar la unidad y coherencia en el iter de preparación, nacimiento, desarrollo y extinción de la relación laboral.

Ahora bien, estas reglas de igualdad, mérito y capacidad en principio rigen únicamente para el acceso a la plantilla de fijos de los entes del sector público, mientras que su aplicación es más flexible para los empleados temporales. Aun así, existen algunas sociedades mercantiles estatales en las que la contratación de los empleados temporales también está sujeta a igualdad, mérito y capacidad, como ocurre, por ejemplo, con Correos. En efecto, en el convenio colectivo de esta sociedad mercantil, la bolsa de contratación temporal se regula en su Anexo I y detalla minuciosamente su funcionamiento el llamamiento a la misma en base a un orden regido por normas objetivas, como así pone de relieve la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2018 (recurso 3528/2016).

Una de las singularidades del sector público tiene lugar con los contratos de trabajo temporal y su posible fraudulencia. Como es sabido, los contratos de trabajo, por razón de su duración, pueden ser indefinidos o temporales, conforme al art. 15.1, párrafo primero, del Estatuto de los Trabajadores. Los primeros, como su propia denominación indica, no están sujetos a plazo, por lo que disuelven por las causas de los contratos tipificadas en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, salvo la contemplada en la letra «c», que es la relativa a la extinción de los contratos temporales por terminación de la obra o expiración del término previsto en el contrato. Por el contrario, los segundos —los temporales— son aquellos contratos que, por principio, concluyen una vez expirado su duración o terminada la obra que dio lugar a su formalización. Por consiguiente, los contratos temporales pueden disolverse por cualquiera de los motivos regulados en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En nuestro ordenamiento jurídico, rige la regla general de que los contratos de trabajo deben celebrarse con carácter indefinido, y no con carácter temporal, en aras a la protección laboral y a la seguridad y estabilidad que genera en el empleado una relación

laboral indefinida frente a una de naturaleza temporal. Ello implica que los contratos temporales solamente pueden concluirse por algunas de las causas establecidas en el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores y cuya duración no traspase los plazos señalados en dicho precepto. El legislador, para garantizar que los contratos temporales se suscriben exclusivamente para atender a razones de temporalidad, ex artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores (acumulación de tareas, sustitución de otro trabajador, etc.) y que su duración no supere los plazos del antedicho precepto, dispone que se reputará indefinida la relación laboral bien cuando se excedan los plazos del artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores bien cuando los contratos temporales son fraudulentos, ex artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores. Por ejemplo, un contrato temporal de obra puede ser suscrito en fraude de ley, cuando el trabajador temporal realiza funciones distintas a la obra en cuestión o realiza tareas propias y permanentes de la empresa. En un contrato de exceso de pedidos, la relación laboral temporal es fraudulenta, por ejemplo, cuando ese supuesto superhabit de tareas es constante en la empresa y no meramente coyuntural.

Pues bien, de conformidad con el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, si el contrato temporal es fraudulento, la relación laboral se presume indefinida. No obstante, esta regla prescrita en el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores colisiona con los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen la contratación del personal del sector público, ex artículos 23.3 y 103.3 de la Constitución y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, en tanto que, si a un trabajador temporal se declara indefinida su relación laboral, por virtud del artículo 15.3 de la norma de constante referencia, estaría accediendo a la plantilla de fijos de la entidad pública sin haber superado las pruebas selectivas y, por ende, sin haber sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que supondría paradójicamente un fraude de tales principios. Así pues, la jurisprudencia, para evitar bordear las normas igualdad, mérito y capacidad, ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, 55 del Estatuto Básico del Empleado Público y normas convencionales correspondientes y, al mismo tiempo, impedir que las Administraciones Públicas, organismos públicos y restantes entes del sector público institucional, como las sociedades mercantiles estatales, celebren indiscriminadamente contratos temporales fraudulentos sin ninguna sanción ni consecuencia jurídica, creó la figura del indefinido no fijo con la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1998 (recurso de casación 317/1997).

Los indefinidos no fijos son aquellos trabajadores de entidades del sector público que, habiendo inicialmente celebrado con el ente público correspondiente contratos temporales, éstos son declarados en fraude de ley y, consecuentemente, su relación laboral deviene indefinida pero no fija. Esta figura del indefinido no fijo, de innovación jurisprudencial, fue recogida posteriormente en la legislación positiva, en concreto en los artículos 8.2.c) y 11.1, *in fine*, del Estatuto Básico del Empleado Público. Si bien este cuerpo legal no rige para todas las entidades del sector público institucional estatal (solamente para las Administraciones Públicas, organismos públicos, entidades públicas empresariales y universidades públicas), el indefinido no fijo es aplicable a todas aquellas entidades del sector público estatal, autonómico o local (inclusive las sociedades mercantiles estatales, ex artículo 84.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público), por cuanto el artículo 55 del Estatuto Básico del Empleado Público —que establece que el acceso al empleo de los entes públicos se basa en igualdad, mérito y capacidad— es de aplicación a todos los entes del sector público, aunque no estén sometidos al Estatuto Básico del Empleado Público, en virtud de su disposición adicional primera. Así se ha reconocido, por ejemplo, para la Corporación de Radio Televisión Española, S.A.,

S.M.E., en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2008 (recurso de casación 1956/2007) o para Correos y Telégrafos, en las Sentencias de la Sala Cuarta del Alto Tribunal de 30 de mayo de 2006 (recurso 1709/2005) y de 26 de diciembre de 2006 (recurso 3563/2005).

Así configurada la figura del indefinido no fijo, se suscita duda sobre la diferencia que existe entre los empleados fijos y los indefinidos no fijos. En la práctica, no existe prácticamente distinción alguna, pero, en la teoría, se diferencian en que la relación contractual de los indefinidos no fijos puede extinguirse por medio de un despido objetivo cuando se produce la cobertura reglamentaria de su puesto de trabajo. Dicho de otro modo, cuando la plaza que ostenta el indefinido no fijo pasa a ser ocupada por un fijo que la ha obtenido por medio de un procedimiento reglamentario, la entidad pública puede proceder a despedir objetivamente al indefinido no fijo. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018 señala que cuando un trabajador adquiera la condición de indefinido no fijo, la entidad pública debe proceder lo más rápido posible a la cobertura de la misma por medio de los procedimientos reglamentariamente establecidos. La STS 30 mayo 2007 (recurso 5315/2005) resume el parecer de la jurisprudencia en este aspecto, al señalar lo siguiente:

El organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo -lo que en el caso de discontinuos contratados con la plantilla completa, como ocurre en este caso se reconducen a la posibilidad de acordar su ampliación— y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

Dicho lo anterior, esta condición de indefinido no fijo se puede adquirir exclusivamente en vía judicial, es decir, promoviendo demanda en que por sentencia se declare que el trabajador en cuestión es indefinido no fijo. Ello significa que las sociedades mercantiles y demás entes públicos no pueden por sí mismas atribuir a un trabajador temporal la condición de indefinido no fijo, toda vez que ésta únicamente puede ser reconocida en sentencia judicial. Esta prohibición de que las entidades del sector público puedan declarar la indefinición (no fija) de la relación laboral, sin que medie pronunciamiento judicial, se recoge expresamente en la disposición adicional 43.^a, apartado segundo, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, la cual indica lo siguiente:

Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial.

Esta disposición adicional es plenamente aplicable a las sociedades mercantiles estatales, en tanto que, conformidad con el ya citado artículo 117.4 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, el personal de aquéllas se rige no solamente por la normativa laboral, sin también por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Ello determina que en aquellos procesos judiciales en los que se plantee el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, la entidad pública no puede alcanzar un acuerdo con el trabajador en trámite de conciliación, ya sea ante el letrado de la Administración de Justicia, ex artículo 84.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya en plenario ante el

juez, ex artículo 84.3 del misma ley, del cual se derive la declaración de indefinido no fijo del vínculo laboral.

Como ya se ha dicho, el reconocimiento de indefinido no fijo de un trabajador únicamente se puede efectuar en sede judicial y puede ser mediante el ejercicio de distintos tipos de acciones judiciales.

La primera sería una acción declarativa, consistente en que, vigente la relación laboral, el trabajador accione en sede judicial para que los órganos del orden social dispongan el carácter indefinido no fijo del vínculo laboral, por ser el contrato o los contratos de trabajo fraudulentos, ex artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La segunda sería una acción de despido por la que el trabajador, como consecuencia de la no renovación del contrato temporal, interpone demanda de despido, ex artículos 103 a 113 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, planteando como cuestión prejudicial interna la indefinición de la relación laboral por estimar que el contrato o los contratos laborales temporales son en fraude de ley. El núcleo gordiano de esta segunda acción (también de la primera) reside en el carácter fraudulento o no de los contratos temporales, de modo que, si éstos son declarados en fraude de ley, la relación de trabajo deviene indefinida (no fija). Si la relación laboral es de índole indefinido, la entidad pública correspondiente no puede concluir el vínculo contractual por expiración de la causa temporal, ex artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, con lo que una comunicación del ente público al empleado de poner término al contrato de trabajo, al haber devenido éste indefinido, equivale a una decisión unilateral de la empresa de extinción de la relación de trabajo, esto es, a un despido. No obstante, para que un despido puede ser conforme a derecho y que el empleador evite la readmisión del trabajador o el pago de indemnización alguna, aquél debe ajustarse a los presupuestos materiales de todo despido regulados en los artículos 51, 52 y 54 del Estatuto de los Trabajadores y a los requisitos formales del despido establecidos en el artículo 55 del antedicho cuerpo legal y, en el caso de objetivo, debe ajustarse además a los estipulados en el artículo 53 de la misma norma. Los requisitos materiales consisten en que responda a alguno de los motivos de despido colectivo, objetivo o disciplinario tipificados respectivamente en los artículos 51.1, 52 y 54.2 de la citada norma legal, mientras que las condiciones formales estriban en que el despido sea comunicado al trabajador por escrito, haciendo constar los hechos que los motivan y la fecha que tendrá efecto el despido, de conformidad con el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de que el convenio colectivo correspondiente pueda establecer otros requisitos formales adicionales (por ejemplo, el Convenio Colectivo de Correos exige en su artículo 88 la sustanciación de un expediente disciplinario, especificando detalladamente cada uno de sus trámites). El incumplimiento de cualquier de los requisitos materiales y/o formales del despido determinará la improcedencia del despido, de acuerdo con el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, la nulidad del mismo si el despido, en virtud del artículo 55.5 de la norma legal antedicha, tiene *«por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador»* o concurre alguna de las causas que a continuación establece el párrafo segundo del citado artículo 55.5. Así pues, si la comunicación del ente público de no renovación del contrato de trabajo se asemeja a un despido, por convertirse en indefinido el vínculo laboral, el mismo no puede ser calificado de procedente al no responder a un motivo colectivo, objetivo o disciplinario (por no haberse invocado en la carta de extinción del contrato la causa de despido disciplinario, de las previstas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni haber indicado los hechos constitutivos de la falta disciplinaria sancionada por dicho precepto legal con

despido) y, así mismo, por haberse sido citado en la carta de despido. Consecuentemente, se concluye que, en este segundo tipo de acción, una vez acreditada la fraudulencia de la relación laboral temporal, la extinción del contrato será en principio calificada, cuanto menos, como despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a un despido improcedente (indemnización de 33 días por año de servicio, conforme al artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores), salvo que el trabajador demandante alegue la nulidad del despido, al amparo del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y se pruebe en plenario el motivo de nulidad invocado por el accionante, en cuyo caso el efecto será la readmisión inmediata del trabajador y el abono a éste de los salarios de tramitación, según el apartado 6 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores.

Un tercer tipo de acción por la que un trabajador puede adquirir la condición de indefinido no fijo de una sociedad mercantil estatal (o de otra entidad pública) es la de cesión ilegal, ex artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de aquellos supuestos en que un trabajador formalmente contratado por una empresa tercera presta materialmente servicios para la entidad pública correspondiente y se encuentra bajo poder y dirección de ésta o «*el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad*», de conformidad con el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, cuando se declara la cesión ilegal, la relación laboral deviene fija, según el apartado 4 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo el trabajador elegir por incorporarse bien a la empresa cedente o a la cesionaria -el ente público. En la hipótesis de optar por la entidad pública, no adquirirá la condición de fijo, sino de indefinido no fijo, porque, de lo contrario se estaría defraudando las reglas de igualdad, mérito y capacidad, ex artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público, como así recuerda para un supuesto similar la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016 (recurso 2913/2014).

En los casos de cesiones ilegales, también la acción puede ser declarativa o de despido. La primera tendrá lugar cuando permanezca vigente la cesión de trabajadores, esto es, que el empleado siga trabajando para la entidad pública cesionaria. La segunda, por el contrario, podrá promoverse cuando el contrato de cesión entre las empresas cedentes y cesionarias se extingan, lo cual se producirá cuando el trabajador ya no preste servicios para el ente público. Esta segunda acción se plantearía en términos muy similares a la acción de despido con cuestión prejudicial interna de fraudulencia de la contratación temporal, la cual ha sido analizada previamente, es decir, que, en el caso que nos ocupa, la cesión ilegal constituirá la cuestión prejudicial interna.

4. DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

El desenvolvimiento de una relación laboral en una sociedad mercantil estatal no presenta apenas ningún elemento diferenciador frente a una empresa puramente privada, si bien existen algunas cuestiones que solamente atañen a estas entidades públicas.

Una de ellas es el ejercicio de las acciones judiciales derivadas del contrato de trabajo —que competen al orden social, como ya se ha apuntado previamente— y la exigencia del intento de conciliación con carácter previo a toda demanda laboral dirigida contra una sociedad mercantil estatal. Debe recordarse que, antes de interponer cualquier de-

manda ante los Tribunales del orden social, debe promoverse papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, de conformidad con los artículos 63 a 68 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las excepciones previstas en el artículo 64, precepto que establece los supuestos en que no es preceptivo el intento de conciliación. Bajo la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común —derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas—, cuando se ejercitaban demandas ante la jurisdicción social frente a Administraciones Públicas no era preciso presentar la papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, sino que se debía formular reclamación previa ante la Administración u organismo público correspondiente, de acuerdo con los artículos 120 y siguientes de la derogada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Sin embargo, en el caso de las sociedades mercantiles estatales, no les eran aplicables los citados artículos 120 y siguientes y, por ende, no procedía formular reclamación previa ante la sociedad mercantil estatal correspondiente, toda vez que dichos preceptos solamente regían para las Administraciones Públicas y organismos públicos y, según lo ya razonado anteriormente, las sociedades mercantiles estatales no tienen esa naturaleza. Es por ello que las demandas laborales ejercitadas contra sociedades mercantiles estatales exigían la presentación de papeleta de conciliación.

Con la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, quedaron derogadas las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial tanto civil como laboral, con la finalidad de eliminar trámites innecesarios, como señala la exposición de motivos de aquella ley. Ello no implicó que las reclamaciones previas a la vía judicial social fuesen sustituidas por la necesidad de intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, como así razona la Comunicación Laboral de la Abogacía General del Estado de 18 de octubre de 2016, que señala lo siguiente:

Aunque la redacción dada al artículo 64.1 de la Ley 36/2011 por la Disposición Final Tercera de la Ley 39/2015 pueda generar alguna duda al respecto, un criterio de interpretación teleológico aboga por entender que no es necesario dicho intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente.

En este sentido, si la finalidad del legislador al suprimir el requisito de la reclamación previa ha sido, en palabra de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2015 «la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos», carecería de todo sentido sustituir dicho trámite (considerado «de escasa utilidad práctica» por la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/2015) por otro trámite previo como el intento de conciliación o mediación ante el servicio administrativo correspondiente, máxime tomando en consideración los límites legales a la transacción, previstos en el caso del Estado en el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

En consecuencia, cualquier acción de índole laboral dirigida contra una Administración Pública no exige la formulación ni de reclamación administrativa previa ni de solicitud de conciliación.

Ahora bien, esta conclusión no es extensible a aquellas entidades del sector público institucional que no gozan de la naturaleza de Administración Pública, como las sociedades mercantiles estatales, por lo que cualquier demanda interpuesta frente a éstas en la jurisdicción precisarán de papeleta de conciliación, salvo en los casos contemplados en el artículo 64 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Otras de las cuestiones que pueden plantearse en las sociedades mercantiles estatales, así como en otras entidades públicas, versa sobre los derechos de que son titulares los trabajadores indefinidos no fijos. Como ya se ha examinado, un empleado indefinido no fijo ha debido previamente tener la condición de temporal en la entidad pública y los derechos y deberes de los trabajadores fijos y temporales son los mismos, «*sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativo*», de acuerdo con el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo anteriormente indicado determina que los derechos de los indefinidos no fijos y de los fijos son los mismos, extendiéndose incluso en la participación de aquellos concursos, promociones internas y traslados a los que no tienen derecho los trabajadores temporales. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016 (recurso 134/2015) señala lo siguiente:

La diferencia pues entre «indefinido no fijo» y «fijo» puede estar, en su caso —se insiste— en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador «indefinido no fijo», no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección —y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria— resulta sin duda de aplicación —con mayor razón si cabe— a los denominados trabajadores «indefinidos no fijos».

No obstante lo anterior, la participación de un indefinido no fijo en, por ejemplo, una promoción interna u otro procedimiento de promoción profesional no puede, en ningún caso, suponer de la conversión de su condición de indefinido no fijo en fijo, so pena de constituir un fraude, ex artículo 6.4 del Código Civil, de los principios de igualdad, mérito y capacidad, reconocidos en los artículos 23.2, 103.3 de la Constitución y 55 del Estatuto Básico del Empleado Público. Así lo recuerda la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2018 (recurso 27/2017), al afirmar lo siguiente:

Cuanto llevamos expuesto aboca a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia recurrida. Interesa recordar que en ella se advierte que la condición de quien pueda participar en esas convocatorias no se verá alterada en caso de obtener éxito. Se trata de una reflexión importante. De este modo, si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de fijeza habría que rechazarla. Pero ni tal supuesto ha quedado acreditado, ni un conflicto colectivo parece el marco adecuado para plantear supuestos específicos.

Asimismo, aunque no trasciendan al fallo, debe advertirse sobre las importantes cautelas que en fundamentos precedentes hemos incorporado para evitar que por esta vía se alcancen resultados indebidos. La promoción profesional reclamada ha de reconocerse pero solo cuando su consecución se considere posible sin alterar la naturaleza (indefinida no fija) de la relación laboral, lo que requiere un análisis individualizado.

5. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Al igual que se indicaba el epígrafe anterior, la disolución de los contratos de trabajo en las sociedades mercantiles estatales no presenta ningún tipo de singularidad. A pesar ello, en las demandas de despido, resulta frecuente que las representaciones procesales de los trabajadores aduzcan la aplicación del artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, el cual señala lo siguiente:

Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave.

Así las cosas, la experiencia procesal de la Abogacía del Estado demuestra en muchas ocasiones que los trabajadores, cuando impugnan su despido, buscan obtener la readmisión en la empresa, tratando de evitar la aplicación del artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, en caso de declararse la improcedencia del despido, atribuye a la empresa la opción entre la readmisión y la indemnización, descartándose las empresas en la mayoría de las ocasiones por el resarcimiento. En definitiva, tratan de obviar que el empleador opte por la indemnización. Existen varias vías para obviar de forma lícita el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores: que el despido sea nulo (cuya consecuencia es la readmisión de plano del trabajador en la empresa, de conformidad con el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores), que el trabajador sea representante de los trabajadores (al que le corresponderá la opción, en caso de improcedencia del despido, ex artículo 56.4 del Estatuto de los Trabajadores), que el convenio colectivo conceda la opción al trabajador (como sucede, por ejemplo, con el convenio colectivo de AENA, Sociedad Anónima) o bien que sea aplicable el artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (que igualmente tiene como consecuencia legal la readmisión).

En los supuestos en que el trabajador accionante de una sociedad mercantil estatal alegue este precepto legal, ha de razonarse que el mismo no rige para dichas sociedades mercantiles, las cuales, como ya se ha dicho, no están incluidas en el ámbito objetivo de Estatuto Básico del Empleado Público, de acuerdo con su artículo segundo. En el caso de Correos y Telégrafos, la inaplicación del Estatuto Básico del Empleado Público resulta aún más clara, al desprenderse así de su artículo quinto. En algunos litigios pueden existir otros motivos adicionales que determinen que el art. 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público no resulte de aplicación. En primer lugar, dicho precepto rige únicamente para los despidos disciplinarios y, sin embargo, podemos encontrarnos con despidos que no tienen esa naturaleza, por ejemplo, despidos objetivos. Por lo tanto, si el despido no es disciplinario, esto es, no es por las causas del artículo 54.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, no es procedente invocar el artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, como ocurría, por ejemplo, en uno de los supuestos previamente explicados, consistentes en demandas de despido en que se plantea como cuestión prejudicial interna la fraudulencia de la contratación temporal o la cesión ilegal. En segundo lugar, el precepto en cuestión rige exclusivamente para el personal fijo, por lo que no sería de aplicación a los despidos disciplinarios de los empleados temporales y ni siquiera de los indefinidos no fijos.

GOBIERNO CORPORATIVO, EMPRESA PÚBLICA Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

José María Elías de Tejada Casanova

SUMARIO: 1. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y EMPRESA PÚBLICA.—2. GOBIERNO CORPORATIVO EN LA EMPRESA PÚBLICA. 2.1. Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. 2.2. El órgano de administración. 2.2.1. Estructura y composición. 2.2.2. Tamaño. 2.2.3. Comisiones especializadas. 2.2.4. Retribución.—3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 3.1. Planteamiento. 3.2. Ámbito objetivo. 3.3. Ámbito subjetivo. 3.4. Exigibilidad.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL Y EMPRESA PÚBLICA

La génesis de la empresa pública se encuentra en las primeras décadas del siglo xx, en que la idea de proteger sectores productivos nacionales frente al exterior supone la aparición de monopolios y las primeras manifestaciones de la banca pública.

Durante los años cuarenta, en un contexto de autarquía económica, el convencimiento de que el sector público debía jugar un papel principal en la industrialización del país fundamenta la creación del Instituto Nacional de Industria (INI) y la nacionalización de empresas, como Renfe o Iberia.

La Constitución española de 1978 reconoce en su artículo 128 la iniciativa pública en la actividad económica.

La crisis energética de finales de los años setenta y la necesidad de coordinar la gestión del importante sector económico de los hidrocarburos aconsejaron segregar del INI aquellas entidades mercantiles cuya actividad se desarrollaba en este ámbito y atribuir su gestión al Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH), creado en 1981.

La adhesión de España a las Comunidades Europeas en 1986 supone el inicio de un camino de adaptación del sector público al derecho comunitario, cuyos ejes son la mejora de la gestión y la adaptación a un entorno más competitivo.

Con el objetivo de racionalizar las participaciones accionariales del INI, la Ley 31/1991, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 creó Teneo para agrupar las participaciones del INI en entidades que actuaban en régimen de libre competencia y no requerían ayudas públicas para operar.

El Real Decreto Ley 5/1995, de 16 de junio, suprimió el INI y el INH y diseñó dos entidades: la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), a la que se transmitieron las participaciones en Teneo y las empresas del INH, y la Agencia Industrial del Estado, a la que se incorporan las empresas del INI que recibían ayudas públicas por estar sujetas a planes de reestructuración o reconversión industrial y a regímenes especiales.

El acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996 decidió la disolución de Teneo, cuyo patrimonio pasó a SEPI, su accionista único.

Por Real Decreto Ley 15/1997, de 5 de septiembre, se suprimió la Agencia Industrial del Estado, transfiriéndose su patrimonio a SEPI, como grupo de empresas autosuficiente.

Junto con las empresas participadas por SEPI, la intervención del Estado en la actividad económica se completa con otros dos grupos de empresas: las empresas participadas por la Dirección General de Patrimonio del Estado, órgano directivo del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas («Grupo Patrimonio»), que integra un grupo heterogéneo de empresas públicas encuadradas en sectores no industriales y que operan como instrumentos flexibles en la ejecución de políticas públicas singulares, o como herramientas al servicio de las políticas de los Departamentos a los que estén funcionalmente adscritas; y, las empresas que dependen directamente del Ministerio de Fomento o de alguna o algunas de sus entidades públicas empresariales.

El acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, previó la constitución de un grupo de trabajo cuyo cometido era presentar una propuesta de concentración en un solo órgano o entidad de la totalidad de las participaciones empresariales dependientes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Hoy en día se mantiene la dualidad.

El grupo de adscripción tiene efectos en la gestión de las empresas que lo integran, pues a la normativa aplicable a las sociedades mercantiles estatales se suma la interna, que rige las relaciones entre las empresas y sus accionistas y establece un régimen de supervisión, que se concreta en la preceptiva comunicación y, en su caso, autorización de determinados actos y operaciones por parte de diferentes órganos en función de un criterio de relevancia.

Las comunidades autónomas han constituido y participan en empresas que guardan relación con el ejercicio de sus competencias estatutarias en entornos más flexibles que el puramente administrativo sometido al derecho administrativo.

Las entidades que integran la Administración Local (fundamentalmente la provincia, el municipio y la isla en los archipiélagos balear y canario, ex artículo 3.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LBRL) también pueden participar en sociedades de capital como medio para la gestión directa o indirecta de los servicios públicos de su competencia. Con arreglo al artículo 85 de la LBRL, en la gestión directa el servicio se atiende por la propia entidad local, por un organismo autónomo local o por una sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local. Siguiendo el mismo precepto, la gestión indirecta puede instrumentarse por medio de la concesión, la gestión interesada, el concierto, el arrendamiento y la sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas, cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local. La gestión de los servicios locales vía sociedades mercantiles se desarrolla por los artículos 41 y siguientes del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las corporaciones locales.

Las sociedades mercantiles estatales son aquellas que están controladas por el Estado y/o por alguna de las personas jurídicas que integran la Administración Institucional, bien porque la participación directa en su capital social de la Administración General del Estado o el sector público institucional estatal es superior al 50 por 100; bien porque la sociedad mercantil forme parte de un grupo de sociedades previsto en el actual artículo 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que se remite al artículo 42 del Código de Comercio, respecto de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes¹.

¹ Artículos 111 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Por consiguiente, las empresas públicas son las sociedades de capital que están controladas por las Administraciones Públicas territoriales o por los organismos públicos vinculados o dependientes de ellas.

Las empresas públicas forman parte del sector público institucional. En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público realiza un esfuerzo de racionalización, sistematización y regulación de la Administración Institucional, esto es, las personas jurídicas públicas diferentes de la propia Administración proliferaron durante el siglo xx al albur del fenómeno conocido como «la huida del Derecho Administrativo».

El artículo 84 de la norma integra en el sector público institucional estatal a los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, que a su vez se clasifican en organismos autónomos y entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas independientes, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones, los fondos sin personalidad jurídica y las universidades públicas no transferidas.

2. GOBIERNO CORPORATIVO EN LA EMPRESA PÚBLICA

El objetivo del gobierno corporativo es facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad en los negocios. Todo ello contribuirá a un crecimiento más sólido y al desarrollo de sociedades más inclusivas².

Estas notas comúnmente aceptadas de gobierno corporativo se aplican especialmente en sociedades de capital y dentro de éstas su aplicación no es ni puede ser igual, ya que normalmente la situación, necesidades y soluciones de una sociedad no pueden extenderse automáticamente a otras. Así, el importante papel que desempeñan las sociedades cotizadas en los mercados de capitales apoya una intervención pública en la actividad económica, orientada a la protección al inversor, a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros. Por esta razón, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital 1/2010, de 2 de junio, dedica el título XIV a la sociedad anónima cotizada, que se completa con el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, las circulares de la CNMV y en el campo del *soft law*, bajo la premisa de cumplir o explicar, el código de buen gobierno de la CNMV de 2015 y sus guías técnicas.

En el caso de las entidades de crédito, su normativa sectorial introduce especialidades y requerimientos adicionales para cotizadas y no cotizadas.

Con independencia de lo anterior, la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas regula las entidades de interés público y la obligación de constituir comisiones de auditoría en su seno en los términos previstos en el artículo 529 quaterdecies del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, ubicado sistemáticamente en el título que se ocupa de la sociedad cotizada.

Adicionalmente, hay sociedades no cotizadas pero sí emisoras de instrumentos financieros a las que el mercado y el propio supervisor impone un sistema de gobierno corporativo robusto.

² Principios de gobierno corporativo de la OCDE y del G20.

En otros casos, la preocupación por mejorar la gestión y la transparencia conduce a que las sociedades asuman voluntariamente buenas prácticas.

En el ámbito de la empresa pública el gobierno corporativo es capital. Las sociedades controladas por el sector público están alineadas con el interés general y no es poco frecuente que gestionen servicios públicos. La especial naturaleza del accionista de control determina una especial obligación de la empresa pública para con el control en la gestión y la transparencia.

En septiembre de 2015, la OCDE publicó, a impulso del G20, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, en el que se incluyen recomendaciones sobre el gobierno corporativo de las empresas de titularidad pública y que actualizan las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas de 2011.

Las *Guidelines* trasladan al ámbito de la empresa pública los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE para las sociedades anónimas cotizadas. Este documento parte de que las empresas públicas pueden contar con inversores internacionales, financiarse en los mercados financieros internacionales, realizar una actividad económica multinacional, participar en concursos con empresas de titularidad privada de diversas nacionalidades, etc. Pretenden asegurar que los estándares de gobierno corporativo de las empresas públicas sean equivalentes a las empresas de capital privado, potenciando así la confianza de los mercados financieros internacionales. Por ello, persiguen la profesionalización de la gestión de las empresas de titularidad pública, la actuación de las empresas de titularidad pública con niveles de eficiencia, transparencia y responsabilidad equivalentes a las empresas de titularidad privada y la garantía de que las empresas públicas van a competir en las mismas condiciones que las empresas privadas.

Este es el sentido del artículo 112 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público³, que señala la eficiencia, la transparencia y el buen gobierno como los principios inspiradores en la gestión de las sociedades de la naturaleza estatal.

Similares principios recoge el artículo 8 de la Ley 33/2003 respecto de la gestión y administración de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas.

Con independencia de los principios programáticos expuestos, hay diferentes normas particulares del sector público que inciden en gobierno corporativo de sus sociedades. No nos detendremos en la contratación, ni en la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero aun cuando tienen reflejo en el gobierno corporativo.

2.1. Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno regula la publicidad activa, el derecho de acceso a información pública y el buen gobierno.

La publicidad activa obliga a publicar en el portal de transparencia de cada sociedad información institucional, organizativa, económica, presupuestaria y estadística, incluyendo en este ámbito información sobre los contratos, el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados, convenios, subvenciones y ayudas públicas concedidas, presupuestos, cuentas anuales, informes de auditoría de cuentas y de fiscalización,

³ Vid. la exposición de motivos I.

retribuciones de los altos cargos y máximos responsables de las entidades, las indemnizaciones; información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos.

Puede observarse que esta medida va más allá y complementa la publicidad de la actividad societaria que contempla el artículo 143 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que obliga a difundir a través de internet, toda la información relevante relativa a su actividad empresarial que por su naturaleza no tenga carácter reservado, y en particular, sus estatutos o normas de creación, los integrantes de sus órganos de administración, dirección, gestión y control, los poderes y delegaciones conferidos por éstos, las cuentas anuales, los códigos de conducta o guías de buenas prácticas que deban observar y la identificación de la parte de su actividad vinculada a servicios de interés general.

El acceso a la información pública es un derecho titularidad de todas las personas respeto de los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de las empresas públicas y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, se establecen límites al acceso cuando afecta a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica y monetaria, el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente.

Estos límites se aplican de manera justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y a las circunstancias del caso concreto, ponderando especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso.

Tanto la publicidad activa como el derecho de información pueden plantear problemas desde un punto de vista de las empresas públicas. En efecto, es saludable que las Administraciones Públicas difundan determinada información sobre la gestión de los fondos y de las políticas públicas y que los ciudadanos puedan conocer aquella información pública que exceda de la publicidad activa y que, por razones de protección de datos de carácter personal o por alguno de los límites citados anteriormente, no quepa restringir.

En el caso de las empresas públicas, algunas de ellas se limitan a ejecutar determinadas políticas públicas y operan en mercados muy específicos donde no tienen competidores. Por el contrario, muchas de ellas actúan en sectores de actividad y mercados plenamente liberalizados y abiertos a la competencia, tales como la construcción, la hostelería, los servicios postales o la gestión de aeropuertos. En estos casos, dar publicidad a aspectos tales como la adjudicación de contratos, las subvenciones percibidas, las retribuciones o las indemnizaciones de personal, puede afectar negativamente a la capacidad de competir si los operadores privados no están obligados a suministrar esa información. Tampoco parece que los límites de acceso a la información pública se hayan definido pensando en la empresa pública y esa cuestión es muy relevante porque, a socaire del derecho de acceso a información pública, un competidor, directamente o por medio de otra persona física o jurídica, podría obtener datos básicos sobre costes, precio de venta por segmento de clientes y demás elementos que determinan la estrategia y la política comercial de la compañía, lo que puede tener efectos muy negativos en derecho de la competencia.

Finalmente, la Ley dedica el título II al buen gobierno en el sector público.

A nivel estatal, el título resulta aplicable a ministros, secretarios de estado y altos cargos de dicho sector público. Por remisión a la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, son altos cargos en la empresa pública los presidentes, los vicepresidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del consejo de ministros o por sus propios órganos de gobierno.

En este sentido, son máximos responsables en las sociedades mercantiles estatales, los presidentes, consejeros delegados cuando ejerzan funciones ejecutivas o, en defecto, el director general o equivalente.

En sede autonómica y local, los destinatarios de la normativa serán los altos cargos o asimilados.

En esencia, el legislador concreta el buen gobierno en el principio de legalidad que implica observar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico y promover el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Además, establece una serie de principios generales y de actuación.

Los principios generales son los siguientes:

1.º Actuar con transparencia en la gestión de los asuntos públicos, de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y con el objetivo de satisfacer el interés general.

2.º Ejercer sus funciones con dedicación al servicio público, absteniéndose de cualquier conducta que sea contraria a estos principios.

3.º Respetar el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular.

4.º Asegurar un trato igual y sin discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de sus funciones.

5.º Actuar con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones y fomentarán la calidad en la prestación de servicios públicos.

6.º Mantener una conducta digna y tratar a los ciudadanos con esmerada corrección.

7.º Asumir la responsabilidad de las decisiones y actuaciones propias y de los organismos que dirigen, sin perjuicio de otras que fueran exigibles legalmente.

Como principios de actuación se recogen los siguientes:

1.º Desempeñar su actividad con plena dedicación y con pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses.

2.º Guardar la debida reserva respecto a los hechos o informaciones conocidos con motivo u ocasión del ejercicio de sus competencias.

3.º Poner en conocimiento de los órganos competentes cualquier actuación irregular de la cual tengan conocimiento.

4.º Ejercer los poderes que les atribuye la normativa vigente con la finalidad exclusiva para la que fueron otorgados y evitarán toda acción que pueda poner en riesgo el interés público o el patrimonio de las Administraciones.

5.º No implicarse en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar a su objetividad.

6.º No aceptar para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. En el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la Administración Pública correspondiente.

7.º Desempeñar sus funciones con transparencia.

8.º Gestionar, proteger y conservar adecuadamente los recursos públicos, que no podrán ser utilizados para actividades que no sean las permitidas por la normativa que sea de aplicación.

9.º No valerse de su posición en la Administración para obtener ventajas personales o materiales.

Para proteger el cumplimiento de estos principios, se diseña un cuadro de infracciones en materia de conflicto de intereses de la gestión económico-presupuestaria y disciplinaria.

Las sanciones por infracciones leves consisten en una amonestación. Las infracciones graves y muy graves pueden sancionarse con la declaración del incumplimiento y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o diario oficial que corresponda y la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo y, en las muy graves, los sancionados serán destituidos del cargo que ocupen salvo que ya hubiesen cesado y no podrán ser nombrados para ocupar ningún puesto de alto cargo o asimilado durante un periodo de entre cinco y diez años. Tratándose de infracciones de gestión económico-presupuestaria, la sanción lleva aparejada la obligación de restituir, en su caso, las cantidades percibidas o satisfechas indebidamente y de indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Este régimen suscita varios comentarios:

En primer lugar, es dudoso que la indemnización por cese establecida en los contratos de mercantiles o de alta dirección de los máximos responsables de sociedades estatales al amparo de la disposición adicional octava del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral pueda matizarse por una norma ajena a la normativa mercantil o laboral reguladora de la relación jurídica, aun cuando los hechos que generen la quiebra de los principios enunciados puedan ser constitutivos del correspondiente incumplimiento contractual y desencadenar los mismos estos efectos: la extinción contractual sin compensación económica alguna.

Hay que recordar además que la indemnización general por desistimiento del empresario de siete días por año de servicio de la retribución anual con un máximo de seis mensualidades, no existe en el caso de funcionarios y empleados públicos con derecho de reserva del puesto de trabajo.

En segundo lugar, dentro de las sanciones por infracciones en la gestión económico-presupuestaria, se prevé entre las consecuencias indemnizar a la Hacienda Pública en los términos del artículo 176 de la Ley General Presupuestaria, el cual extiende esta obligación a todas las entidades enumeradas en el artículo 2 de la norma, entre las que se cuentan las sociedades estatales. La referencia aislada a la Hacienda Pública y la omisión de otras entidades con personalidad jurídica propia, podría conducir a pensar que los máximos responsables de estas sociedades no pueden ser obligados a indemnizar a esas sociedades sobre la base de la Ley de Transparencia. Sin embargo, a mi juicio, se trata de un olvido inconsciente del legislador, ya que, aplicándose los principios, infracciones y sanciones a los máximos responsables de sociedades públicas, no tiene sentido que el título de resarcimiento a dichas entidades no sea la ley analizada.

En todo caso, tratándose de máximos responsables de empresas públicas, especialmente de presidentes, vicepresidentes o consejeros delegados, este ámbito de responsabilidad convive con la de los administradores prevista en los artículos 236 y siguientes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital por los daños causados por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa y con la responsabilidad contable regulada en la Ley 7/1988, de 5 de diciembre, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Quizás la Ley de Transparencia podría haber sido más ambiciosa y pensar también en consejeros y en el equipo directivo de empresas públicas.

2.2. El órgano de administración

Seguindo las *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, el órgano de administración de las empresas de titularidad pública deberá estar configurado de una manera similar al consejo de administración de las sociedades de capital en relación con las competencias, la autonomía, el ejercicio de sus funciones, los deberes y la responsabilidad. De acuerdo con este principio, corresponde al órgano de administración el control de los directivos y la supervisión de que se van a alcanzar los objetivos establecidos por el Gobierno.

De forma similar a las sociedades cotizadas, se considera una buena práctica la separación del cargo de presidente del órgano de administración y el de consejero delegado o primer ejecutivo de la entidad. La composición del órgano de administración deberá preservar la objetividad y la independencia de criterio de sus miembros. Todos sus componentes, incluidos los empleados públicos, habrán de ser designados en función de su cualificación para el ejercicio del cargo. Cuando resulte aplicable, los independientes han de reunir las condiciones para poder tener esta consideración.

2.2.1. Estructura y composición

El Código de Buen Gobierno de la CNMV⁴ apunta que la *estructura y composición* del consejo de administración es un elemento clave para el buen gobierno corporativo de las sociedades, en tanto incide en su eficacia, en la calidad de sus decisiones y su capacidad para promover efectivamente el interés social.

Por otra parte, debe resaltarse la importancia de la diversidad en la composición del consejo de administración. El artículo 529 bis del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁵ dispone en su apartado segundo que las sociedades cotizadas deben contar con procedimientos de selección de sus miembros que favorezcan la diversidad respecto a cuestiones, como la edad, el género, la discapacidad o la formación y experiencia profesionales y no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discrimi-

⁴ Principio 10.

⁵ Redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

nación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres. Es una norma programática de la máxima importancia.

El artículo 529 *duodecies* del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital regula las categorías de consejeros existentes en sociedades cotizadas.

Se distingue entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos o externos.

Los ejecutivos son los que desempeñen funciones de dirección en la sociedad o su grupo, cualquiera que sea el vínculo jurídico que mantengan con ella.

Los consejeros no ejecutivos o externos son dominicales, independientes y otros externos. Los consejeros externos son garantes frente a los posibles conflictos de agencia entre directivos y accionistas y entre accionistas representados y no representados en el consejo. Por eso se recomienda que sean amplia mayoría en el consejo de administración.

Son consejeros dominicales (i) aquellos que posean una participación accionarial igual o superior al tres por ciento del capital social, (ii) los que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía, (iii) quienes representen a accionistas de los anteriormente señalados y (iv) los consejeros que sean altos directivos o consejeros de sociedades pertenecientes al grupo de la entidad dominante de la sociedad.

Cuando un consejero desempeña funciones de dirección y, al mismo tiempo, sea o representa a un accionista significativo o que está representado en el consejo de administración, se considera como ejecutivo.

Los consejeros independientes son aquellos que se designan en atención a sus condiciones personales y profesionales y puedan ejercer el cargo sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. Por ello, no pueden incurrir en ninguna de las situaciones del apartado cuarto del artículo 529 *duodecies*.

Se recomienda que la relación entre consejeros dominicales y consejeros independientes refleje aproximadamente la proporción existente entre el porcentaje de capital representado en el consejo de administración por los consejeros dominicales y el resto del capital. Se persigue que los consejeros independientes tengan un peso suficiente en el consejo de administración y que ningún accionista significativo ejerza una influencia desproporcionada en relación a su participación en el capital.

Como resalta el citado Código de Buen Gobierno de la CNMV⁶, la relevancia que la práctica internacional y la Unión Europea atribuyen a los consejeros independientes tanto por su labor en las comisiones del consejo de administración como por su contribución al debate, al análisis y a la revisión de la estrategia de la sociedad, aconsejan cifrar su número en un porcentaje mínimo de los miembros del consejo de administración, que las mejores prácticas sitúan en al menos la mitad. Sin embargo, en las sociedades que carecen de una elevada capitalización —acudiendo como referencia al índice IBEX-35— y en las sociedades con una alta concentración del capital social, la recomendación se reduce a un tercio.

A nivel público, el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las

⁶ Principio 11.

Administraciones Públicas fija en su artículo 139 algunas líneas maestras de gobierno corporativo, a saber: (i) la atribución a consejos de administración de la supervisión efectiva de los órganos ejecutivos a los que se les haya atribuido la gestión de la entidad; (ii) la responsabilidad de los órganos de administración, dirección y gestión sobre los resultados de dichas entidades; y (iii) el reconocimiento en su caso de los derechos de los accionistas minoritarios distintos de la Administración General del Estado o sus organismos públicos, facilitando su ejercicio.

El artículo 140.1 del Reglamento atribuye a la junta general la función de velar por el cumplimiento de los principios recogidos en este título e impulsar la implantación de buenas prácticas y normas de buen gobierno en la gestión de las sociedades mercantiles estatales. En particular, la junta debe procurar (i) que el consejo de administración esté integrado por profesionales cualificados en las materias relacionadas con su objeto y con la gestión económico-financiera, y que se configure de forma eficiente, con la adecuada distribución de cometidos entre sus integrantes para el cumplimiento de sus funciones en atención a la estrategia prevista, garantizando el seguimiento y vigilancia de la gestión de la sociedad; (ii) atender al principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en la composición de los consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales; y, (iii) nombrar al menos un cincuenta por ciento de consejeros independientes en el órgano de administración. A estos efectos, tienen la consideración de consejeros independientes aquellos administradores que no presten servicios o que no se encuentren vinculados laboral o profesionalmente a la Dirección General del Patrimonio del Estado o al organismo público que fuera accionista de la sociedad; al órgano con funciones reguladoras sobre el objeto de la actividad de la sociedad; o al ministerio que tenga atribuida la tutela de la sociedad.

Es importante no perder de vista que los preceptos citados únicamente se aplican a las sociedades mercantiles estatales.

Cabe subrayar que la formulación del objetivo de composición equilibrada de hombres y mujeres se produce casi diez años antes que en el mundo de las sociedades cotizadas. Esta anticipación estriba en que en la Administración General del Estado el número mujeres que nutren puestos directivos es muy superior al que existe en el sector privado. Por ello, las mujeres están más presentes en los consejos de empresas públicas que en los de la empresa privada.

Otro dato que interesa destacar es la composición desde la perspectiva de los perfiles. Esta es una norma esencial porque solamente sobre la base de una matriz de competencias del consejo de administración es posible identificar las capacidades más adecuadas para el nombramiento de administradores. Sin embargo, sucede muy a menudo que el objeto social de las empresas públicas es tan específico y a la vez tan complejo, que a salvo el presidente y en su caso, el vicepresidente y consejero delegado, es muy difícil encontrar profesionales con conocimientos sectoriales suficientes para ser un consejero idóneo desde el momento del nombramiento.

Por último, merece la pena incidir en el nuevo concepto de consejero independiente, que se configura enfatizando su separación del accionista, del regulador y de departamento ministerial de tutela⁷ y no tanto en no verse condicionado por sus relaciones

⁷ De acuerdo con el artículo 176.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al autorizar la constitución de una sociedad estatal, el consejo de ministros podrá atribuir a un ministerio la tutela funcional de la misma. Con arreglo al artículo 177.2, el ministerio de tutela instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mis-

con la sociedad, sus accionistas y directivos. Aunque ninguna norma obliga a que los consejeros de las empresas públicas sean de procedencia pública y por tanto sean ajenos a la propia sociedad, a sus directivos y a sus accionistas, la realidad es que normalmente la pertenencia a consejos de administración de empresas públicas constituye una forma de motivar a determinados directivos públicos o directamente está asociada a un determinado el cargo. Este contexto justifica matizar el concepto general de consejero independiente.

La tensión se da en las empresas públicas que también cotizan⁸ y se resuelve en favor de la regla general de atender a la categorización específica de consejeros de las sociedades cotizadas.

Es positiva la preocupación creciente por extender tendencias generales de gobierno corporativo al sector público. Sin embargo, no se aborda uno de los elementos básicos a considerar para que el consejo pueda supervisar adecuadamente la gestión de la sociedad: la estabilidad de los consejeros, incluyendo al primer ejecutivo. Precisamente por la dificultad de incorporar al órgano de administración de empresas públicas personas con experiencia previa en la actividad que constituye su objeto social y por no contar con consejeros independientes en el sentido de las sociedades cotizadas, sería aconsejable que la duración real del cargo fuera al menos la estatutaria con las limitaciones de la ley⁹ y las reelecciones que en su caso proceda.

2.2.2. *Tamaño*

El consejo de administración debe contar con la dimensión adecuada para desempeñar eficazmente sus funciones con la suficiente profundidad y contraste de opiniones¹⁰.

El Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades prevé una clasificación de entidades en tres grupos, a los efectos de fijar el número máximo de miembros del consejo de administración y número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de su retribución total. En este sentido, se establece que el número máximo de consejeros no puede exceder de quince miembros en entidades del grupo 1, de doce en entidades del grupo 2 y de nueve en las de grupo 3.

Parece saludable este esfuerzo de racionalización por grupos en función de las circunstancias que les son propias, como el número de empleados o la cifra de negocios.

La dimensión máxima del consejo de administración en las tres opciones consideradas está en línea con la media 9,8 consejeros de sociedades cotizadas para 2017¹¹.

mas, y propondrá su incorporación a los Presupuestos de Explotación y Capital y Programas de Actuación Plurianual, previa conformidad, en cuanto a sus aspectos financieros, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, si se trata de sociedades cuyo capital corresponda íntegramente a la Administración General del Estado, o del organismo público que sea titular de su capital.

⁸ BANKIA, S.A. y AENA, S.M.E., S.A. Los consejeros de AENA, S.M.E. S.A. de procedencia pública son dominicales.

⁹ Cuatro años en sociedades cotizadas y seis años en anónimas ordinarias (artículos 529 undecies y 221.2 de la LSC, respectivamente).

¹⁰ El Código de Buen Gobierno al desarrollar el principio 10 considera aconsejable mantener entre cinco y quince consejeros.

¹¹ Informe de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales, 2017.

2.2.3. Comisiones especializadas

Las *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises* recomiendan analizar si resulta apropiada la creación de comisiones especializadas con participación de independientes como la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones o la comisión de riesgos.

La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas establece en su artículo 180.3 que «*las sociedades que, de acuerdo con la normativa aplicable estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría, deberán constituir una Comisión de Auditoría y Control, dependiente del Consejo, con la composición y funciones que se determinen*».

La mayor parte de las sociedades estatales cuentan con una comisión de auditoría y control.

Nada dice el legislador en cuanto a su composición, organización, funcionamiento y competencias. Normalmente el órgano de administración de la sociedad en cuestión adoptará el acuerdo de constitución y aprobará un reglamento sobre la base de los criterios fijados por la cabecera del grupo público de adscripción.

A la vista del tamaño, importancia e interés público subyacente, se considera razonable utilizar como referencia la regulación contenida en el artículo 529 quaterdecies del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades cotizadas, que ya se aplica a las demás entidades de interés público¹².

En este escenario, las comisiones de auditoría y control tendrían atribuidas las siguientes competencias: (i) informar a la junta general de accionistas sobre las cuestiones que se planteen en relación con aquellas materias que sean competencia de la comisión y, en particular, sobre el resultado de la auditoría explicando cómo esta ha contribuido a la integridad de la información financiera y la función que la comisión ha desempeñado en ese proceso; (ii) supervisar la eficacia del control interno de la sociedad, la auditoría interna y los sistemas de gestión de riesgos, así como discutir con el auditor de cuentas las debilidades significativas del sistema de control interno detectadas en el desarrollo de la auditoría, todo ello sin quebrantar su independencia; (iii) supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva y presentar recomendaciones o propuestas al órgano de administración, dirigidas a salvaguardar su integridad; (iv) elevar al consejo de administración las propuestas de selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor de cuentas, así como las condiciones de su contratación y recabar regularmente de él información sobre el plan de auditoría y su ejecución, además de preservar su independencia en el ejercicio de sus funciones; (v) establecer las oportunas relaciones con el auditor externo para recibir información sobre aquellas cuestiones que puedan suponer amenaza para su independencia, para su examen por la comisión, y cualesquiera otras relacionadas con el proceso de desarrollo de la auditoría de cuentas, y, cuando proceda, la autorización de los servicios distintos de los prohibidos, así como aquellas otras comunicaciones previstas en la legislación de auditoría de cuentas y en las normas de auditoría; (vi) emitir anualmente, con carácter previo a la emisión del informe de auditoría de cuentas, un informe en el que se expresará una opinión sobre si la independencia de los auditores de cuentas o sociedades de auditoría resulta comprometida; e (vii) informar, con carácter previo, al consejo de administración sobre todas las materias previstas en la ley, los estatutos so-

¹² A este precepto se remite la disposición adicional tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

ciales y en el reglamento del consejo y en particular, sobre la información financiera que la sociedad deba hacer pública periódicamente, la creación o adquisición de participaciones en entidades de propósito especial o domiciliadas en países o territorios que tengan la consideración de paraísos fiscales y las operaciones con partes vinculadas.

Menos justificación tendría crear comisiones de nombramientos y de retribuciones con el contenido funcional del artículo 529 quince ya que las sociedades estatales tienen un escaso margen para intervenir en relación con las siguientes cuestiones: (i) determinación de perfiles y necesidades del consejo de administración; (ii) el nombramiento y la reelección de consejeros y el nombramiento y la separación de la alta dirección; (iii) las condiciones básicas de sus contratos; (iv) la sucesión del presidente del consejo de administración y del primer ejecutivo de la sociedad; y (v) la política de retribuciones de los consejeros y de la alta dirección, así como la retribución individual y las demás condiciones contractuales de los consejeros ejecutivos.

La mínima intervención de los consejos de administración en el nombramiento y la reelección de consejeros y directivos y la predeterminación legal de las retribuciones de los miembros del consejo de administración y del máximo responsable y de los directivos y del contenido de la relación jurídico mercantil y laboral que los vincula con la sociedad hacen superfluo constituir esta comisión.

2.2.4. Retribución

La remuneración de los administradores es una de las claves del gobierno corporativo. A través de una debida retribución se atrae y retiene talento, se asegura la independencia y la dedicación al cargo, al tiempo que es contrapeso de la responsabilidad que se asume.

La legislación mercantil¹³ asocia los sistemas de remuneración a la importancia de la sociedad, su situación económica en cada momento y los estándares de mercado, establece un procedimiento para su determinación y aprobación que prevenga el eventual conflicto de intereses de los participantes en la adopción de las decisiones y garantiza la transparencia de la remuneración de los consejeros.

En sociedades cotizadas los consejeros externos tienden a percibir una remuneración fija, de modo que se favorezca el contrapeso a los ejecutivos, que sí perciben una parte variable.

Las sociedades estatales abrazan el criterio de retribución fija¹⁴.

Sin embargo, el monto de la dieta que las empresas públicas abonan a sus administradores está muy alejado de estándares de mercado en empresas comparables. La falta de información pública determina centrarse en sociedades cotizadas, donde la distancia es probablemente mayor. AENA, S.M.E., S.A. retribuye a sus consejeros como sociedad

¹³ Artículos 217 a 220 y 529 sexdecies a 529 novodecies del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. En este sentido, la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo sitúa en su exposición de motivos (I) como causas indirectas de la última crisis empresarial la asunción imprudente de riesgos, el diseño de sistemas de retribución inapropiados, así como por la deficiente composición de los órganos de dirección y administración.

¹⁴ Así, el sistema de remuneración aplicable consiste en el pago dietas por asistencia a las sesiones del consejo de administración, que en las sociedades grupo 1 ascienden a 11.944 euros al año por un máximo de once sesiones, ex Orden del Ministerio de Hacienda de 8 de enero de 2013.

grupo 1, con un importe anual máximo de 11.944 euros por consejero, muy lejos de la remuneración media por consejo, que la CNMV¹⁵ cifra en 1.704.300 euros y un promedio por consejero de 163.000 euros.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

3.1. Planteamiento

El régimen general de responsabilidad de los administradores se regula en los artículos 236 y siguientes del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Los administradores responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

La culpabilidad se presume, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.

La responsabilidad tiene carácter solidario alcanza a todos los administradores, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

Este régimen de responsabilidad se extiende a los administradores de hecho¹⁶, a la persona que tenga conferidas facultades de más alta dirección de la sociedad en ausencia de consejero delegado con facultades permanentemente delegadas y a la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica.

En nuestra tradición jurídica la responsabilidad del administrador público se ha venido midiendo por las sucesivas normas que se han ido sucediendo en la disciplina de las sociedades de capital. La única excepción estaba constituida por las consecuencias lesivas del cumplimiento de instrucciones impartidas por el ministro de tutela para la realización de determinadas actividades por razones de interés público. Estas consecuencias lesivas no alcanzaban a la responsabilidad de los administradores¹⁷.

Sin embargo, esta tendencia se ha quebrado con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En efecto, el artículo 115 del texto legal establece lo siguiente:

1. La responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó.

2. La Administración General del Estado podrá exigir de oficio al empleado público que designó como miembro del consejo de administración la responsabilidad en que hubiera incurrido por

¹⁵ Informe de gobierno corporativo de las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales, 2017.

¹⁶ El artículo 236.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital define como administrador de hecho «tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

¹⁷ Artículo 179 en relación con el 178 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

El Consejo de Estado señaló en el Dictamen 274/2015 del anteproyecto de ley que esta regulación está inspirada en el artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que, al regular la responsabilidad de derecho privado, establecía que «Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

Hay que convenir con el Alto Órgano Consultivo en que no parece lógico que las sociedades mercantiles estatales, que precisamente se han constituido para huir del derecho administrativo y someterse al derecho privado -con las clásicas peculiaridades en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación—, acudan a esa rama del derecho para modular la responsabilidad de los administradores sociales.

Además, es difícil justificar por qué los administradores de sociedades de capital privado están sujetos al régimen general de responsabilidad y sin embargo a los «consejeros públicos» se aplica un marco especial y menos gravoso cuando precisamente el interés público subyacente debería estimular a aquellos a ser especialmente rigurosos en el cumplimiento de la ley y de sus deberes de diligencia y de lealtad y a velar por que exista o se desarrolle en sus sociedades un sistema de gobierno corporativo sólido que mejore la gestión, aumente la competitividad, limite los riesgos, consolide la reputación social y maximice el valor de las compañías.

3.2. Ámbito objetivo

La dicción del artículo 115.1 podría hacer pensar que el Estado asume cualquier tipo de responsabilidad en que haya incurrido el consejero. En efecto, los administradores pueden incurrir en responsabilidad civil pero también administrativa, contable e incluso penal y el precepto no limita.

La profesora HERNÁNDEZ SAINZ¹⁸ opina que la Administración solo asume la responsabilidad civil, pues el apartado segundo tan solo se refiere a la responsabilidad por daños y perjuicios y precisamente lo que pretende el legislador es aplicar al empleado público que ocupa un cargo en el consejo de una sociedad mercantil estatal un régimen de responsabilidad equivalente al que se le aplica cuando causa daños mientras presta los servicios que le competen como tal empleado público, que se regula en los artículos 36 y 37 del texto comentado.

Parece una interpretación razonable. No obstante, si únicamente se estuviera pensando en una responsabilidad civil, no se hubiera reproducido en el artículo 116.6 de la Ley la exoneración de responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas del cum-

¹⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, E. «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?» *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47/2016. Aranzadi 2016.

plimiento de la instrucción del ministerio de tutela, que se constriñe a la prevista en el artículo 236 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Sería una reiteración innecesaria en la medida en que se obtendría el mismo resultado con el artículo 115.1 sin necesidad del citado artículo 116.6.

3.3. **Ámbito subjetivo**

Tampoco resulta fácil acotar los consejeros beneficiarios del artículo 115.

El nuevo régimen juega únicamente en las sociedades estatales. No se comprende por qué no merecen la misma especialidad los administradores de empresas públicas autonómicas y locales.

El artículo alude solamente a los «miembros de los consejos de administración». Si bien es cierto que la forma de administración más extendida en la órbita pública es el consejo de administración, hay que recordar que otras alternativas son posibles: administrador único, administradores mancomunados o administradores solidarios. No obstante, no parece que estos administradores se beneficien de la norma.

Tampoco se aplica el repetido precepto a todos los consejeros de las sociedades mercantiles estatales. Es preciso que se trate de empleados públicos y, por ende, que desempeñen funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales, bien sean funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral fijo, indefinido o temporal o personal eventual¹⁹. Esta posición supone dejar sin fundamento fuera de este régimen a los eventuales consejeros independientes en el sentido de las sociedades cotizadas y también a los altos cargos que no tengan la condición de empleado público²⁰.

Es necesario que el nombramiento del consejero se realice por la Administración General del Estado. Una interpretación literal del precepto lleva a concluir la inaplicación del régimen en aquellos casos en que la junta general que designa al administrador no se identifica con aquella Administración Territorial. En otras palabras, si no hay un socio único que sea la Administración General del Estado o el capital social está participado por un organismo o sociedad estatal, se aplican las reglas generales de responsabilidad. Ahora bien, esta interpretación literal tampoco parece adecuada porque supondría ceñir el nuevo régimen prácticamente a las sociedades del «Grupo Patrimonio» íntegramente participadas por el Estado. Piénsese que en puridad SEPI tiene personalidad jurídica diferenciada de la Administración General del Estado y ENAIRE, accionista mayoritario de AENA, S.M.E. S.A., también la tiene. Por ello, quizás sea más razonable leer «Administración General del Estado que propuso su nombramiento».

Esta posición no evita por un lado excluir a los consejeros de sociedades mercantiles estatales nombrados por su matriz ni por otro que en un mismo consejo de administración haya administradores cuya responsabilidad se mida y exija con base en los presupuestos generales descritos al principio del epígrafe y otros sujetos al artículo 115, supuesto de empresas públicas con socios privados o públicos distintos de la Administración General del Estado.

¹⁹ Artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²⁰ De los artículos 61 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público se deduce que algunos altos cargos no seleccionarse entre funcionarios de carrera.

3.4. Exigibilidad

La responsabilidad civil de los administradores se hace valer a través de acciones sociales de responsabilidad o por medio de acciones individuales de socios, acreedores y terceros. En ambos supuestos la pretensión se ventila ante la jurisdicción ordinaria.

En el ámbito del artículo 115, la referencia que constituye el artículo 36 conduce a que el socio, acreedor o tercero cuya acción traiga causa de la acción u omisión del consejero deba dirigirse contra la Administración, que determinará a través del correspondiente procedimiento administrativo si se ha producido el daño y cuantificarlo.

Una vez que haya recaído la correspondiente resolución administrativa, el control jurisdiccional se realizará en el orden contencioso administrativo.

Solo entonces cabrá la repetición de la Administración contra el consejero por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

Parece claro que si se determina la responsabilidad del consejero y los daños los cubre una póliza de seguro, la Administración no debe acudir contra el consejero.

Sí en cambio sería posible que la Administración exigiera resarcimiento al consejero aun cuando ni acreedores ni socios, acreedores o terceros en general no se hayan dirigido a la Administración con carácter previo, por mor del artículo 36.3.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ELÍAS DE TEJADA CASANOVA, J.M., *La transmisión de la empresa pública en obra colectiva Memento Práctico Transmisión de Empresas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E. «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47/2016. Aranzadi 2016.
- GALLARDO ROMERA, E. «La nueva administración institucional en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público», *Actualidad Administrativa* n.º 10, octubre 2016.
- LEÓN SANZ, F.J. «El gobierno corporativo de las empresas públicas», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 46/2016. Aranzadi 2016.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONSORCIOS ADMINISTRATIVOS. EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL, TRAS LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

Marcos Mas Rauchwerk

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. EL IMPACTO DE LAS LEYES DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DEL SECTOR PÚBLICO. 2.1. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL). 2.2. La Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante Ley 15/2014). 2.3. La Disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992 y la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL.—3. LA VIGENCIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOCUARTA DE LA LRSAL, TRAS LA LEY 39/2015, DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—4. LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. 4.1. Ámbito objetivo o material. 4.2. Ámbito subjetivo. 4.3. Régimen jurídico: comentarios.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. ANTECEDENTES

Los arts. 37 a 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establecían la posibilidad de que las Corporaciones locales pudieran constituir consorcios «*con entidades públicas de diferente orden*» para instalar o gestionar servicios de interés local, discutiéndose si, con esta regulación, su naturaleza era meramente instrumental o se trataba de entidades locales.

Posteriormente, el art. 87 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y el art. 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, concibieron los consorcios como entidades interadministrativas de carácter instrumental, para la prestación de servicios de interés local y permitiendo, por primera vez, la participación de entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público (en clara remisión a la participación de fundaciones, entidades normalmente privadas de interés general, ex. art. 34 CE).

En esta primera fase, se planteó un debate sobre la posible configuración de los consorcios como entidades locales, en contraposición a la tesis instrumental que los concebía como entes personificados, de base asociativa y como producto del principio de cooperación administrativa (art. 103 CE). En este punto, destacamos el brillante pronunciamiento de la *Sentencia del Sección 7.ª de la Sala III del TS de 30 de abril de 1999* (Ponente: *Excmo. Sr. Goded Miranda*) al advertir que:

La circunstancia de que los Consorcios no vengan incluidos como entidades locales en el artículo 3 de la Ley 7/1985 no impide la caracterización como ente local del Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias, ya que la enumeración que verifica el apartado segundo de este precepto no tiene carácter exclusivo. Es cierto que el artículo 107.2 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975 (RCL 1975\2334; RCL 1976\327 y ApNDL 181), de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por Decreto 3046/1977, de 6 de octubre (RCL 1977\2471 y ApNDL 182), atribuía a los Consorcios la condición de entidades locales, y que esta norma no se reitera en el artículo 110.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril [RCL 1986\1238, 2271 y 3551]), pero ello se debe a que, dada la ampli-

tud de fines que pueden asumir los Consorcios, así como tomando en cuenta que pueden constituirse con Entidades privadas sin ánimo de lucro, posibilidad que no admitía el artículo 107 del Decreto 3046/1977, el Texto Refundido de 1986 no ha querido caracterizar a todos los Consorcios que puedan constituirse al amparo de su artículo 110 como entidades locales, pero sin negarles tampoco tal consideración, permitiendo que en cada caso, según las circunstancias concurrentes, pueda determinarse si el Consorcio constituido es o no una entidad local, existiendo razones —ya expuestas— para atribuir esta naturaleza al Consorcio para el Servicio de Extinción de Incendios, Salvamentos y Protección Civil del Principado de Asturias.

La cuestión, lejos de aclararse con una regulación general y completa, se complementa con la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92), cuyo art. 6.5 (en su redacción primigenia, antes de la Ley 4/1999, recogido en el art. 7) permite la creación de consorcios ente la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas— hasta ahora prevista solo para las entidades locales— como instrumento de cooperación interadministrativa, de régimen subsidiario a la fórmula del convenio de colaboración, añadiendo el art. 9 que las relaciones entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas con las entidades locales se rige por la legislación básica en materia de régimen local, siendo supletoria de la Ley 30/92.

De esta breve reseña de antecedentes —en la que hemos obviado la legislación autonómica sobre procedimiento administrativo y sector público—, se colige la convivencia, hasta el año 2013, de dos tipos de consorcios: los de ámbito local y autonómico, normalmente orientados a la prestación de servicios públicos de interés local y que permite la participación de entidades privadas; y los de ámbito estatal, como instrumento de cooperación horizontal, junto con los convenios, para la realización de fines de interés general, aparentemente sin posibilidad de participación privada. La normativa no disciplina, como sería deseable, régimen jurídico alguno ni institucional ni de funcionamiento de los consorcios, lo que ha merecido el calificativo por parte de la doctrina (MUÑOZ MACHADO) de instituciones de «*uso polivalente y ambiguo. De uso polivalente dado que es empleada por todo tipo de Administraciones y para una gran variedad de fines. Ambigua debido a la escasa atención recibida del legislador, lo que ha generado enormes problemas a la hora de desarrollar su concepto y establecer su régimen jurídico*».

2. EL IMPACTO DE LAS LEYES DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DEL SECTOR PÚBLICO:

2.1. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL)

Como se desprende del extenso Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), uno de los grandes objetivos en el momento de emprender la reforma de la Administración institucional pasaba por dar efectivo cumplimiento al mandato del art. 31.2 de la CE, no solo en cuanto a la asignación equitativa de los recursos públicos sino, sobre todo, en dotar a su programación y ejecución de criterios de eficiencia y economía, en cumplimiento, además, del principio de estabilidad presupuestaria del art. 135 de la propia CE, de la normativa comunitaria y de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Con la misma finalidad —esto es, como instrumento de garantía de la estabilidad presupuestaria¹— la LRSAL adopta una serie de medidas complementarias en relación con el sector público local y, en particular, sobre los consorcios como fórmula de colaboración interadministrativa:

a) *Medidas de redimensionamiento para controlar el déficit de los entes locales y para obtener una adecuada clasificación de los entes instrumentales* que permita limitar el número de directivos y de miembros del órgano de gobierno, con la reforma, respectivamente, de las disposiciones adicionales novena y duodécima de la LBRL. Así, la *disposición adicional novena de la LBRL*, en redacción dada por el art. 36 de la LRSAL prevé una serie de medidas que define como de «*redimensionamiento del sector público local*», a saber:

- La prohibición de adquirir, constituir o participar en la constitución de nuevos consorcios o de realizar nuevas aportaciones patrimoniales a los ya existentes solo afecta a las «*Entidades locales y sus organismos autónomos*»² que estuvieran sometidos a un plan económico financiero o de ajuste (apartados 1 y 2).
- A su vez, la citada prohibición de adquirir solo afecta a los consorcios y otros entes que se encuentren adscritos a una Entidad local u organismo autónomo a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (apartado 3).
- Y, del mismo modo, las obligaciones adscripción y, en su caso de disolución de consorcios solo afectará a los que, en la fecha de entrada en vigor de la LRSAL (31-12-2013), estuvieran en situación de desequilibrio financiero y, además, estén adscritos a efectos del Sistema Europeo de Cuentas.

Por su parte, la *disposición adicional duodécima de la LBRL*, en redacción dada por el art. 37 de la LRSAL, impone a las Entidades locales (a través de acuerdo plenario) la obligación de clasificar en tres grupos las «*entidades vinculadas o dependientes de las mismas que integren el sector público local*», en función de ciertos parámetros (cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, etc.), lo que determinará el nivel en el que se sitúa la entidad dependiente a efectos del número máximo de miembros del Consejo de Administración, de los directivos y de su retribución y de necesaria adaptación de los Estatutos al nuevo régimen.

- b) *Medidas de control interno financiero* (incluida la auditoría de sus cuentas) para determinados entes del sector público local, con la modificación del art. 213 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.
- c) *Medidas de limitación de la capacidad de autorregulación de los consorcios, al imponer un marco legal de obligado cumplimiento (el que deriva de la Ley Orgánica 2/2012), al margen del concreto régimen de adscripción*, tal como se desprende del apartado 4 de la DA 20.^a de la Ley 30/92, cuando se advierte que «*los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Ad-*

¹ La exposición de motivos es muy elocuente cuando advierte que «*la política presupuestaria de todos los poderes públicos, incluidos los locales, deberá adecuarse a los principios rectores de la Ley Orgánica 2/2012, dictada en desarrollo del art. 135 de la CE*».

² Por su obviedad, no parecería necesario precisar que los consorcios no son entidades locales (en los términos literales del art. 3.1 de la LBRL) ni organismos autónomos de ninguna de ellas. No obstante, debemos remitirnos al debate sobre su naturaleza jurídica que ya ha quedado expuesto en el epígrafe anterior y que, desde luego, no queda aclarado por la LRSAL.

ministración Pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril». Debe advertirse en este punto que la remisión a la normativa de estabilidad presupuestaria es perfectamente complementaria al régimen de adscripción. Es lo que se conoce como la «sectorización», que se traduce en la inclusión de los entes instrumentales en el Inventario de entes del sector público, que viene determinado por la inclusión del consorcio en el ámbito subjetivo de la Ley Orgánica 2/2012 y que no implica necesariamente un régimen de adscripción previo.

- d) Se da *nueva redacción al art. 57 de la LBRL*, introduciéndose los apartados 2 y 3, que, de una parte, confirman el sometimiento a los principios de eficiencia y sostenibilidad en la creación de los consorcios y, de otra parte, establece con claridad que la fórmula consorcial es subsidiaria a la del convenio, advirtiendo el apartado tercero del art. 57 que *«la constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquélla permita una asignación más eficiente de los recursos económicos»*.
- e) No obstante, la aportación más ambiciosa de la LRSAL en el ámbito de los consorcios es, sin duda, la introducción, de una parte, del régimen general de adscripción obligatoria, conminando a dichos entes a determinar, por vía de Estatutos, la concreta Administración «de adscripción»; y, de otra parte, reconociendo la existencia de un régimen especial de los consorcios, el que recoge la disposición adicional decimocuarta. Por su importancia, más adelante nos ocuparemos detenidamente sobre estas dos aportaciones de la LRSAL.

Al margen de su discusión en sede constitucional³, lo cierto es que la LRSAL, además de cumplir de manera fiel y leal a la verdadera razón que la impulsa (el control del gasto público y el principio de sostenibilidad), ha sido capaz de crear un marco jurídico sólido en relación con la figura de los consorcios. Algunos autores celebran la clarificación dogmática e institucional de los consorcios tras la LRSAL, señalando por ejemplo NIETO GARRIDO que *«es posible afirmar que, desde un punto de vista dogmático, doctrinal, la institución del consorcio administrativo resulta favorecida por la reforma porque clarifica su régimen jurídico, ya que establece criterios para determinar la naturaleza jurídica de la entidad»*. En la misma línea, y celebrando la introducción, por fin, de un régimen jurídico general de los consorcios, destacamos el trabajo de PASTOR RUIZ.

Sin embargo, a pesar del carácter básico y de la intensidad de los títulos competenciales que habilitan la potestad legislativa del Estado (apartados 14 y 18 del art. 149.1.1 de la CE, según la disposición final quinta), lo cierto es que la LRSAL deja ciertas dudas conceptuales y sistemáticas, pues, de una parte no queda claro cuándo un consorcio puede considerarse de ámbito local —a los efectos de la aplicación directa de la nueva regulación contenida en la LBRL y el Texto refundido de la Ley de Haciendas locales— o cómo se conjugan o complementan los arts. 6.5, 7 y 9 de la Ley 30/1992 —no derogados por la LRSAL— con la disposición adicional vigésima (régimen general de adscripción) o, en fin, si la posibilidad de formar consorcios con entidades privadas sin ánimo de lucro queda reservado, en este momento, a los consorcios locales, tal como se desprende

³ La LRSAL ha sido objeto de numerosos recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, dando lugar a numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 41/2016, 111/2016, 168/2016, 180/2016, 447/2017, 45/2017, 54/2017 y la más reciente 93/2017, de 6 de julio), todos ellos confirmatorios de la constitucionalidad de la norma, a excepción de la primera Sentencia 41/2016, que anula y declara inconstitucional el art. 57 bis en la redacción dada por la LRSAL.

del art. 87 de la LBRL, que se derogaría posteriormente por la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (disposición derogatoria única), en adelante LRJSP.

2.2. La Ley 15/2014, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante Ley 15/2014)

Siguiendo la línea de la LRSAL y, por tanto, tributaria de las recomendaciones de la CORA, la Ley 15/2014 (en vigor desde el 18 de septiembre de 2014, según su disposición final 11.^ª) introduce el derecho de separación de los miembros del consorcio administrativo y el sistema o formas de liquidación del mismo (arts. 12 a 15). Tanto el régimen de separación como la liquidación se regulan con carácter básico⁴, aplicándose a los consorcios que derivan del art. 6.5 de la Ley 30/92 o del art. 87 de la LBRL, tal como dispone el art. 12.1.

De la lectura de la exposición de motivos de la Ley 15/2014 se depende su carácter preventivo y, a la vez, provisional o claudicante de la regulación que se propone, pues, sin ambages, se advierte que *«Posteriormente, en la futura Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, se incluiría un régimen integral (creación, adscripción, funcionamiento, disolución) y básico referido a los consorcios»*.

Por razones sistemáticas, nos remitimos al comentario posterior sobre el contenido de los artículos 125 a 127 de la LRJSP, que reproducen íntegramente —y derogan— los artículos 12 a 15 de la Ley 15/2014; no obstante, destacamos la norma transitoria recogida en el apartado 2 del art. 15 cuando advierte que *«los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptar sus estatutos a lo en ella previsto en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor»*, pues aunque la ley, en su conjunto, se emplazaba a la futura regulación de la Ley de régimen jurídico del sector público, lo cierto es que la necesidad de adaptación estatutaria (incluyendo el derecho de separación y liquidación de los consorcios) se contempla con una clara vocación de presente, estableciéndose así una norma de carácter universal, aplicable tanto a los consorcios sometidos al régimen general (disposición adicional vigésima de la Ley 30/92), a los de régimen especial (en aplicación de la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL) y, por supuesto, también a los consorcios de ámbito local o autonómico, dado el carácter básico de la norma.

El hecho de no haber efectuado esta modificación estatutaria en plazo no genera más consecuencia que la que se deriva de la propia aplicación de una norma imperativa; es decir, que cualquiera de las Administraciones consorciadas pueda instar, sin causa alguna que los justifique y aunque no se hubieran adaptado los estatutos del consorcio, su separación del ente en cualquier momento⁵.

2.3. La disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992 y la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL

La disposición adicional vigésima de la Ley 30/92 (según la redacción dada por disposición final segunda de la LRSAL, en vigor desde el 31 de diciembre de 2013) es una

⁴ Disposición final 4.^a de la Ley 15/2014.

⁵ Pues se trata de un Consorcio que se crea con una duración indefinida (art. 12 Ley 15/2014).

norma de carácter básico de «régimen jurídico de las Administraciones Públicas» que contempla un nuevo régimen general para los consorcios, a cuyo tenor:

1. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados.

2. De acuerdo con los siguientes criterios de prioridad, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este período, a la Administración pública que:

- a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
- e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
- f) Financie en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
- g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
- h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

3. En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro, en todo caso el consorcio estará adscrito a la Administración pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.

4. Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/ 2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción.

5. El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

La adscripción obligatoria, o mejor dicho, los criterios que determinan la normativa de aplicación de los consorcios, es saludable desde la óptica de la seguridad jurídica, pues la diáspora normativa y la dificultad de encuadrar el régimen jurídico de los consorcios, en particular cuando concurren Entidades locales y Comunidades Autónomas, con o sin entidades privadas, planteaba serios problemas de normativa aplicable. Por ello, la producción de normativa básica sobre esta cuestión es más que loable.

No obstante, la citada disposición (que se reproducirá después en los arts. 121 y 122 de la LRJSP) ha sido duramente criticada por algún sector doctrinal (NIETO GARRIDO), básicamente por el hecho de que los criterios ordenados de manera prioritaria y excluyente, pueden no atender al criterio clásico de sectorización de los consorcios en atención a un criterio funcional, según predomine el ejercicio de competencias de ámbito local o autonómico, por ejemplo. O, incluso, por razones de pura lógica, parece evidente que alguno de los criterios puede quedar subsumido en otros con diferente

orden de prelación (v.gr. el ente que ostente la mayoría de los derechos de voto será normalmente el que designe al órgano de gobierno que, a su vez, será el que pueda designar al personal directivo).

A pesar de ello, la crítica debe ser más positiva que negativa, pues:

- Los criterios de adscripción (en función de los parámetros de control político y financiero por parte de los entes consorciados) son equiparables a los que tradicionalmente han venido vinculando a los consorcios en el ámbito de la sectorización de los entes del sector público local a los efectos de la normativa de estabilidad presupuestaria⁶.
- Aunque se ha planteado que la regla de adscripción solo resuelve el régimen jurídico concerniente al personal, control presupuestario y económico financiero del consorcio (que será el de la Administración de adscripción), lo cierto es que la amplitud de la legislación sectorial y la diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse los entes instrumentales hubiera convertido en inútil cualquier intento o vocación de universalidad de la norma. Con ello, advertimos que el régimen jurídico de los consorcios debe completarse, caso por caso, atendiendo a la legislación sectorial (sobre contratación pública, transparencia, estabilidad presupuestaria, etc.).
- Es también loable el párrafo 3 cuando advierte que cuando participen entidades privadas sin ánimo de lucro, la adscripción se realizará de conformidad con los criterios establecidos en el apartado segundo, esto sin tener en cuenta tal participación privada.
- Sin embargo, y en relación con el punto anterior, lo cierto es que la disposición transitoria sexta de la LRSAL («régimen transitorio de los consorcios») exige, para los consorcios preexistentes, un plazo de adaptación estatutaria de un año, lo que nos plantea un doble interrogante: ¿Todos los consorcios estaban obligados a modificar sus Estatutos a los efectos de su adscripción a una u otra Administración? ¿Es posible mantener, como ocurre en algún caso⁷, la existencia de con-

⁶ El art. 2 del Real Decreto 1463/2007, aunque desarrollaba la Ley Orgánica 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria (derogada y refundida después con otros textos mediante el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre —en adelante, TRLGEP—) y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior y fruto del respeto al principio de autonomía financiera de las CCAA) en lo que ahora interesa, somete al Inventario de entes del Sector Público Local a una serie de entidades institucionales, además de a las entidades locales *stricto sensu*, señalando a:

f) *Los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características:*

— *Que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno.*

— *Que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.*

El apartado 3 del citado art. 2 matiza que «a los efectos previstos en los párrafos e) y f) del apartado 1, en caso de igualdad de participación, de aportación financiera y de derechos sociales, se atenderá al ámbito territorial donde se desarrolle la actuación objeto de dichas unidades institucionales.

Es decir, como puede observarse, los criterios de inclusión de los consorcios como unidades institucionales en el Inventario de Entes del Sector Público Local es muy similar a los parámetros de adscripción que recoge la disposición adicional vigésima de la Ley 30/92.

⁷ El ejemplo es el Consorcio Turismo de Barcelona, en el que al margen del Ayuntamiento de Barcelona, está participado por entidades que son de naturaleza privada (una fundación privada) o ejercen funciones no públicas en el seno del Consorcio, como ocurre con la Cámara de Comercio (Ley 4/2014, General Básica de Cámaras, a contrario sensu).

sorcios con mayoría o controlados mayoritariamente por entidades privadas sin ánimo de lucro? La primera cuestión, se resuelve tras la lectura de la disposición adicional decimocuarta de la propia LRSAL que disciplina el llamado régimen especial de los consorcios. Para resolver la segunda, habrá que esperar a la entrada en vigor de la LRJSP.

En efecto, la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL, también en vigor desde el 31 de diciembre de 2013 y, a su vez, dictada con carácter básico, contempla un «Régimen especial para determinados Consorcios» al señalar que:

Lo previsto en la DA 20.ª de la Ley 30/ 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no resultará de aplicación a los consorcios, constituidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, que: no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, estén participados por Entidades Locales y entidades privadas, no estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de esta Ley con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados. Estos consorcios, en tanto se mantengan todas las condiciones mencionadas, se regirán por lo previsto en sus respectivos Estatutos.

Pues bien, a la vista de la citada normativa, cuya vigencia a día de hoy será analizada en el siguiente epígrafe, podemos sintetizar una serie de conclusiones:

- a) El régimen especial —solo aplicable a los consorcios mixtos, es decir en que concurren entidades públicas y privadas, existentes antes del 31 de diciembre de 2013 y que cumplan determinados requisitos acumulados— es de *formato estatutario puro*, lo que implica que todos los aspectos de organización y funcionamiento del Consorcio se rigen íntegramente por sus Estatutos.
- b) Este régimen especial es, indudablemente, *obligatorio* para los consorcios en los que concurren, acumuladamente los requisitos previstos en la citada disposición adicional de la LRSAL. Ello significa que, concurriendo y manteniéndose tales circunstancias o requisitos, no es posible optar por una determinada adscripción a través de una modificación estatutaria. Dicho de otro modo, la expresión «no les resultará lo dispuesto en la DA 20.ª de la Ley 30/92» debe interpretarse en sentido imperativo, siempre, claro está, que no desaparezca alguna de las condiciones establecidas, supuesto en el que, simplemente, ya no sería aplicable el régimen especial.
- c) A su vez, es un régimen *variable o contingente*, en la medida de que como advierte la citada disposición, «se mantengan las citadas condiciones».
- d) El régimen especial es *prioritario* al general de adscripción de la disposición adicional vigésima de la Ley 30/92, pues la adscripción misma y los criterios o prioridades de adscripción se aplicarían solo en caso de que no proceda el régimen especial. Esto es, una vez apreciada la concurrencia de todos los requisitos del régimen especial, queda ya excluido el régimen general

Perfiladas las características de este régimen jurídico especial (estatutario puro, obligatorio, contingente y variable, prioritario y excluyente del régimen de adscripción), nos detendremos en el análisis de dos de las características o presupuestos que lo integran: de una parte, que el consorcio no tenga la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas; y, de otra parte, cómo debe interpretarse la regla de no haber percibido subvenciones en los 5 ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la Ley.

Respecto de la primera cuestión, el art. 2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, trasunto de la normativa derivada del art. 135 de la Constitución Española, prescribe que:

A los efectos de la presente Ley, el sector público se considera integrado por las siguientes unidades:

1. El sector Administraciones Públicas, de acuerdo con la definición y delimitación del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales aprobado por el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio de 1996 (LCEur 1996, 3829) que incluye los siguientes subsectores, igualmente definidos conforme a dicho Sistema:

a) Administración central, que comprende el Estado y los organismos de la administración central.

b) Comunidades Autónomas.

c) Corporaciones Locales.

d) Administraciones de Seguridad Social.

2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de las administraciones públicas, no incluidas en el apartado anterior, tendrán asimismo consideración de sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas.

Por tanto, a efectos del llamado perímetro de consolidación de la deuda, la normativa interna se remite al derecho comunitario, inicialmente configurado por las normas SEC95 derivadas del Reglamento 2223/1996, que consideraba como sociedad no financiera y, por tanto, no Administración Pública a las unidades institucionales productoras de mercado cuando cumplieran la llamada regla del 50 %, esto es que conjunto de sus ventas superara el 50 % de los costes de producción.

Desde el año 2014, rige el Reglamento UE 549/2013, del Parlamento y el Consejo, de 21 de mayo de 2013, que, de forma más diáfana, define una actividad como de mercado si se cumplen los siguientes requisitos:

- Que el ente pueda fijar libremente los precios, con la intención de obtener al máximo sus beneficios.
- Que la adquisición o recepción de los bienes y servicios sea voluntaria en el mercado.
- Que el mercado en el que se comercializan tales bienes y servicios sea eficaz, sin intervención pública de ningún tipo.

En definitiva, los consorcios no serán Administración Pública a los efectos del Sistema Europeo de Cuentas cuando, según los criterios apuntados, realice una «*actividad de mercado*» y, en tal supuesto, como advierte el punto 1.34 del Reglamento comunitario, «*los niveles de déficit y deuda de estas entidades no se contabilizarán en el déficit y deuda de las Administraciones Públicas*».

La segunda cuestión, merece ciertas dosis de interpretación. En primer lugar, aunque parezca obvia, debe reseñarse que la apreciación de la condición temporal (no haber percibido subvenciones en los 5 años anteriores a la entrada en vigor de la LRSAL) es siempre prospectiva. En efecto, dado que la apreciación de tales requisitos, en su conjunto, opera y se verifica periódicamente («*en tanto se mantengan las condiciones*», señala la norma), es evidente que no tiene sentido comprobar —por ejemplo en el año 2019— la percepción o no de subvenciones desde 2009 a 2013, según el tenor literal de la norma, sino que lo procedente es efectuar la comprobación desde 2014 a 2018, realizando el cómputo de cinco años desde el ejercicio en el que se produce la verificación. Es decir, la expresión «en los 5 ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la Ley» debe entenderse «en los últimos cinco ejercicios».

Ahora bien, la norma no aclara cuestiones fundamentales, como son el importe de las subvenciones que ni su cadencia o regularidad en el tiempo. A tal efecto, debe recordarse, en primer lugar, que la disposición adicional decimocuarta no deja de ser una norma excepcional e imperativa a la vez, de manera que, al excluir la aplicación del régimen general de adscripción, su interpretación debe ser restrictiva y al margen de criterios de analogía (art. 4.2 del Código Civil).

En cualquier caso, una interpretación lógica e integradora del régimen conjunto de los consorcios (el general y el especial) nos conduce a la conclusión de que el importe de las subvenciones a considerar ha de ser, necesariamente, superior al 50% del volumen anual de ingresos del consorcio, ya que éste es el criterio general en virtud del cual un ente del sector público se encuentra vinculado o depende de una Administración Pública. De hecho, la letra f) del apartado 2 de la disposición adicional vigésima de la Ley 30/92 ya fija como criterio de adscripción la *«financiación en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año»*. Y como sea que la percepción de subvenciones implica la pérdida del régimen especial y la correspondiente y necesaria adscripción institucional, es evidente que la única manera de interpretar la condición analizada es que, efectivamente, su importe debe ser una entidad suficiente como para implicar la adscripción obligatoria a una Administración concreta, es decir cuando supera, en cómputo anual, el 50% del resto de sus ingresos. En esta misma línea interpretativa, las únicas subvenciones que deberían computar, a pesar de la expresión genérica de la disposición adicional, serían las realizadas por las Administraciones consorciadas, al margen de otras subvenciones que puedan haber percibido de otras entidades.

Para concluir con la cuestión interpretativa, el siguiente interrogante que nos asalta es si las subvenciones a considerar deben ser percibidas de manera regular y con una cadencia determinada en el quinquenio de referencia o, en cambio, son excluyentes aun cuando se perciban, en el importe ya aclarado (más de un 50% del volumen de ingresos), de una sola vez o en un solo ejercicio. En este caso, la respuesta debe acomodarse a la literalidad de la norma, pues se refiere a las percibidas «en» los cinco últimos ejercicios, es decir en cualquiera de ellos. Si la norma hubiera querido expresar una regularidad en su percepción, seguramente, habría utilizado la expresión contemplada en relación al requisito de las pérdidas en que, en este caso sí, la regla es la no producción de pérdidas «durante dos años consecutivos».

De todo lo anterior, se concluye que desde la entrada en vigor de la LRSAL y, por consiguiente, con la nueva redacción de la disposición adicional vigésima de la Ley 30/92, los consorcios existentes a 31 de diciembre de 2013 conviven con un doble régimen jurídico, el general o de adscripción obligatoria y el especial o estatutario, siendo uno y otro de aplicación imperativa y excluyentes entre sí.

Sin embargo, y como a continuación analizamos, no es este el último hito en la evolución del régimen jurídico de los consorcios.

3. LA VIGENCIA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOCUARTA DE LA LRSAL, TRAS LA LEY 39/2015, DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La Ley 39/2015, en vigor desde el 2 de octubre de 2016, deroga en su conjunto la Ley 30/92 (disposición derogatoria 2.2.a), lo que incluye la disposición adicional vigé-

sima (régimen de adscripción) de la misma en la redacción dada por la LRSAL. Y, en paralelo, como veremos, la LRJSP regula con carácter general y básico el régimen de los consorcios (arts. 118 y ss.), acopiando algunos preceptos que ya fueron introducidos en la legislación dictada en el marco de la sostenibilidad y reducción del déficit público (la Ley 15/2014 sobre la separación de entes consorciados y la disolución y liquidación de consorcios), transcribiendo otros que provienen de la LRSAL y añadiendo algunos *ex novo* (art. 118, art. 123 y art. 124 LRJSP).

¿Quiere ello decir que con la derogación de la Ley 30/92 y la entrada en vigor la LRJSP y la Ley 30/2015 ha quedado derogado el régimen especial de los Consorcios creado por la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL? La respuesta es claramente negativa, por criterios generales de aplicación normativa:

- a) Ni la LRJSP ni la Ley 39/2015 derogan de manera expresa la LRSAL, por lo que la DA 14.^a de dicha norma debe entenderse vigente según el axioma general del art. 2.2 del CC («*las leyes solo se derogan por leyes posteriores*»).
- b) Desde la perspectiva de una eventual derogación tácita (prevista en el segundo inciso del propio art. 2.2 del CC y, particularmente en la disposición derogatoria —tanto de la LRJSP como de la Ley 39/2015— cuando advierten que «*quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley*»), la respuesta es igualmente negativa, por razones hermenéuticas (art. 3.1 CC):
 - En primer lugar, por una *razón sistemática o de contexto*. El art. 119.3 de la LRJSP prescribe la aplicación supletoria de la LRSAL y de la LBRL. Este precepto es de vital importancia para considerar la vigencia y subsistencia del régimen especial de la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL, pues dado que la LRJSP no regula el régimen especial de los consorcios y, a su vez, se abstiene, como hemos visto, de derogar expresamente la LRSAL⁸, es evidente que el régimen de la disposición adicional decimocuarta se aplica de forma supletoria. Y no puede entenderse que exista derogación tácita de ningún tipo, pues dicho régimen especial, previsto en norma de igual rango, no puede considerarse contrario o incompatible a lo dispuesto en los actuales arts. 120 a 122 de la LRJSP, precisamente porque son réplica exacta de lo que ya dispuso la propia disposición final 2.^a de la LRSAL cuando redactó la DA 20.^a de la Ley 30/92. Una interpretación contraria supondría entender que la LRSAL, cuando reguló los dos regímenes alternativos (el de la DA 20.^a y el de la disposición adicional decimocuarta), ya estaba contemplando preceptos incompatibles, lo que sería absurdo.
 - Atendiendo a los *antecedentes legislativos*, esto es a una interpretación histórica, se llega a idéntica conclusión. Si se analizan los diferentes Anteproyectos de la LRSAL (desde el primero de 13 de julio de 2012 hasta el que fue remitido a informe del Consejo de Estado, se observa que en todos ellos se contempla la modificación del régimen jurídico de los Consorcios, con la necesaria adscripción a una Administración Pública, pero sin la previsión de la excepción del llamado régimen especial. El dictamen del Consejo de Estado núm. 567/2013, de 26 de junio, muy crítico sobre el Anteproyecto, ya

⁸ Con gran precisión, la disposición derogatoria única de la LRJSP solo deja sin efecto, lógicamente a partir de su entrada en vigor, el 2 de octubre de 2016, los arts. 87 y 110 de la LBRL y los arts. 12 a 15 de la Ley 15/2014, sin mención alguna a la LRSAL.

constató que no era acorde con la autonomía municipal la pretensión de atribuir un carácter subsidiario a la prestación de servicios municipales a través de consorcios, lo que determinó sin duda la redacción de un definitivo Proyecto de ley, aprobado por el Gobierno el 26 de julio de 2013 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 6 de septiembre en el que ya se introdujo, por primera vez, la no sujeción al régimen general para determinados consorcios, los creados con anterioridad y que cumplieran una serie de condiciones. Esta redacción ya no varió en sede parlamentaria ni se formularon enmiendas sobre la citada excepción. Con ello, se acredita que tanto el nuevo régimen creado por la LRSAL para los Consorcios como la propia excepción de la DA 14.^a forman parte de un mismo régimen jurídico, el general y el excepcional, debidamente sugerido por el más alto órgano consultivo del Gobierno en su Dictamen preceptivo. Luego, la DA 20.^a de la Ley 30/92 y la DA 14.^a forman un cuerpo único de legislación básica sobre los consorcios, lo que permite interpretar, viendo los antecedentes, que si la LRJSP no ha derogado expresamente la DA 14.^a es, indudablemente, porque la considera vigente.

- Por razones *ontológicas*, la solución es la misma. La LRJSP (art. 120.2), al igual que su antecesora (la anterior disposición adicional vigésima de la Ley 30/92) está contemplando, sin duda, la eventualidad de que existan determinados consorcios a los que pueda no resultar de aplicación el régimen general de adscripción, simplemente porque ninguno de los criterios de prelación en ella contenidos pueda suponer una adscripción efectiva; ello podría ocurrir, por ejemplo, en Consorcios en los que participe una Administración Pública y dos entidades privadas, ostentando éstas últimas el control de los órganos de gobierno y financiando en más de un 50% su actividad. Con ello queremos advertir que si la propia norma básica de régimen general no es o puede no ser suficiente para una concreta adscripción, es lógico pensar que la no sujeción al propio régimen sigue en vigor. Dicho de otro modo, un Consorcio no adscrito o no sujeto al régimen de adscripción no deja de tener su propio régimen jurídico, el que dispongan sus Estatutos.
- c) Por último, ya existen reflejos normativos y judiciales sobre su vigencia, aún después de la entrada en vigor de las leyes 39/2015 y LRJSP. Así, de una parte, la *Ley 3/2017, de Presupuestos Generales para 2017, ya recuerda (disposición adicional 123)* que «*los consorcios que cumplan los requisitos de la Disposición Adicional Decimocuarta de la LRSAL se regirán por lo previsto en la misma*». Y, de otra parte, la *Sentencia de la Sala de lo social del TSJ de Madrid de 2 de febrero de 2018 (JUR 2018, 93447)*, en relación con las restricciones y limitaciones de personal establecidas en la Ley de Presupuestos para 2016, matiza que «*no son de aplicación al consorcio de IFEMA, que se rige íntegramente por sus Estatutos, en aplicación del régimen especial imperativo de la Disposición Adicional Decimocuarta de la LRSAL*».

Por todo ello, zanjada la cuestión anterior, podemos confirmar que, mientras se mantengan el resto de las condiciones, a los consorcios mixtos preexistentes al 31 de diciembre de 2013 se les aplica imperativamente, como hemos dicho, el régimen especial de la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL y, del mismo modo, cuando desapareciera alguna de ellas, estarían obligados a adscribirse a alguna de las Administraciones consorciadas, de conformidad con los criterios del art. 120.2 de la LRJSP.

4. LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

4.1. Ámbito objetivo o material

Como ha quedado expuesto, el régimen jurídico vigente de los Consorcios, con el rango de legislación básica, se recoge en los arts. 118 a 127 de la LRJSP, en vigor desde el 2 de octubre de 2016.

A modo de resumen, y desde un punto de vista objetivo, el régimen jurídico de los Consorcios se divide en 3 partes:

- a) El *régimen aplicable a los Consorcios adscritos a alguna Administración Pública* («*régimen de adscripción*», de los arts. 120 a 122 de la LRJSP), que determina de forma imperativa la sujeción al régimen de personal, presupuestario, de contabilidad, control económico financiero y patrimonial inherente a la Administración a la que se encuentre adscrito. Este régimen no se aplicará a los Consorcios anteriores al 31 de diciembre de 2013 que cumplan las condiciones, al inicio de cada ejercicio, previstas en la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL.
- b) El *régimen de creación de los Consorcios*, incluyendo el contenido mínimo de sus Estatutos (arts. 123 y 124 LRJSP). Este es el régimen previsto para los Consorcios de nueva creación, a partir del 2 de octubre de 2016.
- c) El *régimen del derecho de separación y de disolución* (arts. 125 a 127 LRJSP), que, como se ha dicho, proviene de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (arts. 12 a 15).

El régimen de separación (no queda claro si ello es extensible al de disolución) es aplicable a los consorcios creados en aplicación de la legislación local, pues el art. 125 advierte que se refiere a los «*consorcios a los que resulte aplicable esta ley o la LBRL*» y con una duración indefinida, que era una condición impuesta por el art. 12 de la Ley 15/2014.

4.2. Ámbito subjetivo

Sentado lo anterior, nos queda por averiguar cómo encaja la dicción del art. 118.1 de la LRJSP, con carácter general, configura a los consorcios como «*entidades derecho público*», sin aparente distinción.

Y, en nuestra opinión, es lógico que no distinga, pues, en realidad, la definición del citado precepto se refiere, exclusivamente, a los Consorcios sometidos al régimen de adscripción, todo ello por las siguientes razones:

- a) El art. 2.2.a) de la LRJSP integra en el sector público institucional a las «*entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas*», mientras que el art. 84.1.d) —que no es precepto básico— incluye explícitamente a los consorcios en sector público institucional estatal. Pues bien, en el ámbito de los Consorcios, este grado de vinculación o dependencia solo existe en el caso de que se sometan, según lo ya analizado, al régimen de adscripción, supuesto en el que el control presupuestario, financiero, y el régimen patrimonial y del personal será el que corresponda a la Administración a la que se encuentran adscritos. Luego, si no están sujetos al régimen de adscripción, no hay vinculación o dependencia posible, y ya no serán, en puridad, entidades de derecho

público pues se someten íntegramente a lo previsto en su norma estatutaria, tal como reza la disposición adicional decimocuarta de la LRSAL, de constante referencia. Dicho en otras palabras, la «adscripción» es la forma de vinculación o dependencia específica de los consorcios al sector público.

- b) No cabe otra interpretación posible, salvo que la LRJSP hubiera derogado de forma expresa o tácita la propia disposición adicional decimocuarta de la LRSAL, hipótesis que, como ha quedado suficientemente explicado, no ha sido así.
- c) De hecho, la propia exposición de motivos (preámbulo) de la LRJSP aclara, de manera muy gráfica, cuál es la intención del legislador⁹, pues en su apartado V ya se advierte que *«el control presupuestario y de contabilidad e los Consorcios será a cargo de la Administración Pública a la que se encuentren adscritos y, por tanto, sus presupuestos se integrarán o, en su caso, acompañarán a los presupuestos de la Administración Pública de adscripción en los términos previstos en su normativa»*. O, lo que es lo mismo, si no hay adscripción, no hay razones para las medidas de control ni para la sujeción al régimen jurídico del sector público en general.
- d) La misma conclusión se desprende de la normativa sobre las retribuciones del personal del sector público estatal, pues el art. 2.1.h) de la Ley 47/2003, al que se remite la DA 8.^a del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, solo incluye en su ámbito subjetivo a los consorcios «adscritos» a la Administración del Estado, tanto en su redacción dada por la Ley 36/2014, de PGE para 2015, como en la vigente, que deriva de la propia disposición final octava de la propia LRJSP (que pasa a ser el apartado d) del art. 2.1).

Por su parte, de la lectura de los arts. 121 y 122 de la LRJSP se deduce que la vocación de generalidad del llamado «régimen jurídico de los consorcios» es ilusoria, pues solo se disciplina la aplicación de la normativa propia de la Administración de adscripción en lo relativo al personal, régimen presupuestario, de contabilidad, control económico financiero y patrimonial.

Por tanto, para acotar de manera completa el régimen jurídico de los consorcios será preciso acudir al ámbito subjetivo de la normativa sectorial (art. 2 de la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, art. 3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, entre otras), análisis que, lógicamente, escapa de las posibilidades de este trabajo.

4.3. Régimen jurídico: comentarios

Como ya ha quedado dicho, la LRJSP formula en el capítulo VI del título II («Del sector público institucional»), con el carácter de legislación básica (con excepción del art. 123.2, solo aplicable a los consorcios en que participe la Administración general del Estado), un régimen jurídico general de los consorcios, que, en realidad, opera como una suerte de texto refundido sobre la legislación preexistente que se deroga de manera expresa (el art. 87 de la LBRL, los arts. 37 a 40 del RSCCLL, el art. 110 del TRLRL y los arts. 12 a 15 de la Ley 15/2014), reproduciendo o refundiendo en un solo texto parte de la citada normativa derogada (así, los arts. 120 a 122 reproducen casi literalmente los

⁹ Que, de hecho, y para ser exactos, ya proviene del Proyecto de la LRSAL que ingresó en el BOCCGG el 6 de septiembre de 2013 cuando se introdujo la excepción al régimen de sujeción, que venía impuesta por el Dictamen del Consejo de Estado.

diversos apartados de la DA 20.^a de la Ley 30/92 y los arts. 125 a 127 reiteran con matices, lo dispuesto en la Ley 15/2014).

Al margen de todo lo señalado hasta ahora, destacamos los siguientes aspectos del régimen jurídico establecido por la LRJSP:

Por un lado, el art. 118 de la LRJSP¹⁰, que actúa como frontispicio de la regulación posterior, advierte que los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. Añadiendo en su párrafo segundo que podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes¹¹.

La expresión «*entidades de derecho público*», como ya se ha dicho, debe quedar limitada a los consorcios sometidos al régimen de adscripción obligatoria, pues nada impide que los de régimen estatutario puro, esto es los acogidos al régimen especial, se sometan al ordenamiento jurídico privado.

En cualquier caso, recogiendo la histórica concepción de los consorcios de ámbito local, se permite con carácter general su configuración mixta, esto junto con entidades privadas, siempre, claro está, que dicha participación no sea mayoritaria. Aparentemente, no se matiza qué tipo de entidades privadas pueden formar consorcios, aunque posteriormente el art. 120.3 LRJSP, en sede de adscripción, ya aclara, como preveía la legislación local básica, que debe tratarse de entidades sin ánimo de lucro.

Por su parte, el art. 123.1 de la LRJSP establece la fórmula del convenio para la creación de los consorcios de ámbito no estatal, tal como establecía el art. 6 de la Ley 30/92 —hoy derogada— para los consorcios entre el Estado y las CCAA, exigiendo el apartado segundo que el convenio sea autorizado por ley en los que participe la Administración del Estado.

El art. 124, sobre el contenido mínimo estatutario, es, de nuevo, un precepto solo aplicable a los consorcios de adscripción obligatoria, en el que destaca la inclusión de cláusulas limitativas de actividades si los entes consorciados incumplen sus compromisos de financiación, en aplicación del principio de responsabilidad del art. 8 de la Ley Orgánica 2/2012.

Por último, siguiendo la línea trazada por la Ley 15/2014 (cuyos arts. 12 a 15 ya eran de aplicación a todos los consorcios), los arts. 125 a 127 de la LRJSP contemplan la separación y la disolución, con liquidación, de los consorcios, de cuyo contenido destacamos:

- La triple situación que habilita la separación de uno de los miembros del consorcio: en los casos de que su duración sea indefinida, como es lógico, se prevé una separación libre y sin necesidad de motivación ni sometimiento a plazo o requisito alguno, lo que concuerda con el carácter voluntario y asociativo de la figura consorcial; cuando sea de duración determinada, la separación se habilita cuando alguno de los miembros incumpla alguna de sus obligaciones estatutarias y

¹⁰ Precepto que se completa con el art. 84.2.d) de la LRJSP que integra a los consorcios en el sector público institucional de la Administración del Estado.

¹¹ Lo que demuestra que el consorcio se configura como una forma asociativa idónea para prestar servicios municipales de forma compartida, tal como contempla el art. 26.2 de la LBRL.

en particular aquéllas que le impidan cumplir su finalidad, como puede ser la obligación de aportación al fondo patrimonial; por último, en el ámbito de los consorcios locales, cuando un municipio deje de prestar un servicio que sea propio de la actividad consorcial, se permite la separación de dicho municipio.

- El ejercicio del derecho de separación provoca la disolución del consorcio, a menos de que el resto de miembros, siempre que así lo prevean los Estatutos, acuerde su continuidad, exigiendo en tal caso que se mantengan al menos dos Administraciones Públicas o entes vinculados a las mismas. La primera regla trae causa del art. 15.3 de la Ley 15/2014 que estableció la aplicación supletoria de las reglas del Código Civil sobre la sociedad civil, en clara réplica al art. 1705 del Código Civil sobre la extinción de la sociedad por voluntad o separación de uno de los socios. La segunda regla es fiel reflejo de la voluntad del legislador de limitar la presencia de entidades privadas, aún sin ánimo de lucro, manteniendo siempre la mayoría de miembros de carácter público.
- El art. 127 de la LRJSP regula la liquidación del consorcio, como causa directa e ineludible (salvo en caso de la cesión global de activos y pasivos) de la disolución, exigiendo, como vimos, que los Estatutos prevean las causas de disolución (art. 124). La novedad de la Ley es que la figura del liquidador será nombrada por el máximo órgano del consorcio, cargo que la Ley 15/2014 reservaba al «administrador» del ente, puesto orgánico ajeno a los entes de base asociativa.

En fin, a vueltas con la configuración jurídica de los consorcios (sobre su discutida condición de entidades locales) y a la vista de la nueva regulación el tema ha quedado zanjado, en sentido negativo, por la reciente *Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de marzo de 2018— JUR\2018\108795—* que denegó la inscripción de un consorcio en el Registro de entidades locales por no tratarse de una entidad local.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo III, Iustel, Madrid 2011, página 1121.
- NIETO GARRIDO, Eva. «La Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local y los consorcios administrativos, en la Reforma de Régimen Jurídico de la Administración Local», *La Ley*, Madrid, 2014
- PASTOR RUIZ, Federico. «La incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el régimen de los consorcios», *Revista de la Asociación de Abogados del Estado* (cuadernillo jurídico), edición 41.

TRANSPARENCIA: LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Luis Vacas Chalfoun

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EXAMEN DE LOS LÍMITES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. 2.1. Regímenes especiales de acceso de la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013. 2.2. Causas de inadmisión (art. 18 de la Ley 19/2013). 2.2.1. Información en curso de elaboración o de publicación general. 2.2.2. Información de carácter auxiliar o de apoyo. 2.2.3. Información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. 2.2.4. Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente. 2.2.5. Solicitudes manifiestamente repetitivas o de carácter abusivo. 2.3. Causas de desestimación (artículo 14 de la Ley 19/2003) y el art. 15 relativo a los datos de carácter personal. 2.3.1. La seguridad nacional. 2.3.2. La defensa. 2.3.3. Las relaciones exteriores. 2.3.4. La seguridad pública. 2.3.5. Prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. 2.3.6. La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. 2.3.7. Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. 2.3.8. Los intereses económicos y comerciales. 2.3.9. La política económica y monetaria. 2.3.10. El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. 2.3.11. La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. 2.3.12. La protección del medio ambiente. 2.3.13. Protección de datos de carácter personal.—3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de un verdadero régimen democrático supone la necesaria responsabilidad de los que ejercen funciones públicas frente a los ciudadanos, responsabilidad que puede revestir diversos caracteres, tanto patrimonial como penal, disciplinaria, contable o, simplemente, política. Pero la exigencia de dicha responsabilidad presupone la necesidad de que aquellos frente a los que se debe rendir cuentas estén debidamente informados, pues mal puede juzgar quien no tiene la información precisa para ello. Por ello, de un lado, la libertad de información se constituye, más allá de un derecho subjetivo, como una «pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia» (STC 199/1999, de 8 de noviembre). Pero también por el mismo motivo ha de jugar un papel esencial en el desenvolvimiento del régimen democrático el derecho de acceso a la información pública.

Tal derecho ya aparece enunciado, si bien necesitado de un desarrollo legal, en el art. 105 b) de la Constitución Española de 1978, el cual dispone que La ley regulará «b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas». Precepto que se encontraba inicialmente desarrollado, en su redacción originaria, como un «derecho de acceso a archivos y registros» regulado en el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo alcance era limitado.

Dicho derecho de acceder a la información se ha visto modificado gracias a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que suprime dicha restrictiva regulación del art. 37 de la Ley 30/1992. Tal y como señala la exposición de motivos de la ley, se regula de manera notoriamente amplia el derecho de acceso a la información pública, expansión que se produce tanto desde un punto de vista subjetivo (pues se extiende a cualquier individuo sin necesidad de alegar interés legítimo alguno) como objetivo, pues más allá de un acceso a archivos y registros, se refiere a cualquier «información pública», entendida ésta (art. 13) como «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

No obstante la configuración amplia de tal derecho, el mismo no puede considerarse ilimitado, tal y como sucede con otros derechos: existen igualmente otros intereses que la Ley protege, y en caso de conflicto pueden éstos prevalecer. Son precisamente estos límites, y más concretamente su aplicación en los fallos judiciales acaecidos en estos casi cinco años de vigencia de la Ley el objeto del presente artículo.

Antes de abordar este tema, con todo, permítasenos una digresión acerca de la relación de la Abogacía del Estado con relación al derecho de acceso a la información pública: además de, como integrante de la Administración General del Estado, ser destinatario o «sujeto pasivo» de posibles peticiones de acceso a información pública¹, puede desempeñar sus funciones, defendiendo al Consejo ante los Tribunales, a favor del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de acuerdo con el correspondiente Convenio de Asistencia Jurídica, tal y como expresamente admite el art. 28 del Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Ahora bien, igualmente a la Abogacía del Estado le corresponde la defensa en juicio de la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos en virtud de lo previsto en el art. 1.1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas; así como, en virtud del correspondiente convenio de asistencia jurídica, a favor de otras entidades (Entidades Públicas Empresariales, Sociedades Mercantiles Estatales, Fundaciones del Sector Público, Administraciones Independientes, etc.), las cuales a su vez pueden ser destinatarias de peticiones de información y, por consiguiente, contra las cuales pueden dictarse resoluciones del Consejo de Transparencia ordenando conceder el acceso a una información inicialmente denegada.

Si inicialmente la determinación de la postulación procesal de la Abogacía del Estado en caso de conflicto entre el Consejo y otra entidad del sector público se analizó caso, dando lugar de hecho a que la primera demanda contra el Consejo se formulase por la Abogacía del Estado en nombre de RTVE, asunto ganado por la Abogacía del Estado (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 7 de 24 de enero de 2017, rec. 63/2016), posteriormente se perfiló el criterio sobre la base de la siguiente regla: en caso de una demanda de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos contra el Consejo, la Abogacía del Estado defendería a aquéllos, al ser entidades cuya defensa les corresponde *ex lege* y por preverse precisamente el los convenios que la asistencia no alcanza a tales supuestos de conflicto de intereses; en caso de que el conflicto enfrentase

¹ Un ejemplo de ello lo encontramos en la solicitud de informes a la Abogacía del Estado, como el caso resuelto por la Resolución del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su resolución de 23 de noviembre del 2018, asunto R/0512/2018.

al Consejo y a otra entidad convenida, la Abogacía no asumiría la representación y defensa de ninguna con carácter general; y en los demás casos la Abogacía asumiría la representación y defensa del Consejo como Administración demandada en virtud del correspondiente convenio.

Cabe por último señalar la posible existencia de alguna objeción teórica a que la Administración General del Estado o sus Organismos Autónomos demandasen a otra entidad del Sector Público, si bien dotada del carácter de Administración Independiente de las previstas en el 84.1.b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, como es el Consejo de Transparencia. Sin perjuicio de la multitud de sentencias que no han cuestionado dicha legitimación para recurrir las decisiones del Consejo de Transparencia, expresamente la SAN Sección 7 de 18 de mayo de 2018, rec. 23/2018, confirmando la sentencia de fecha 9 de enero de 2018 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 en el recurso contencioso-administrativo 21/2017 rechazaba la alegada falta de legitimación de la Autoridad Portuaria para recurrir invocada por el Consejo sobre la base del art. 20.c de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. EXAMEN DE LOS LÍMITES DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

A la hora de abordar los límites de acceso a la información, debemos distinguir tres supuestos: a) los regímenes especiales de acceso a la información que pueden contemplar leyes especiales, que prevalecen frente a la ley general que constituye la Ley 19/2013; b) las causas de inadmisión previstas en el art. 18 de la Ley 19/2013; c) los límites propiamente dichos que contemplan los artículos 14 y 15 de la Ley.

2.1. Regímenes especiales de acceso de la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013

La disposición adicional primera de la Ley 19/2013 contempla expresamente la existencia de regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública, señalando que:

1. La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información.

3. En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.

Una de las primeras controversias que fueron objeto de recursos contra el Consejo de Transparencia interpuestos por la Abogacía del Estado fue precisamente la aplicación de esta disposición adicional y si, en consideración al mismo, la Ley 58/2003 General Tributaria pudiera ser interpretada como un régimen especial de aplicación preferente a la Ley de Transparencia.

El Consejo, invocando su propio Criterio 8/2015, y con una interpretación en exceso restrictiva, estimó la reclamación formulada contra la AEAT ordenando entregar la información relativa a la relación de empresas en el extranjero comunicadas en virtud

los modelos 720 y 750. Frente a ello el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 5, dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2016 estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la AEAT considerando que la LGT es un régimen especial de acceso a la información.

Dicha Sentencia fue igualmente confirmada por la SAN Sección 7 de 6 de febrero de 2017, rec. 71/2016, que en esencia señaló lo siguiente:

La sentencia de instancia, hace una interpretación conjunta y sistemática de la Disposición Adicional Primera.2, de la Ley 19/2013, con el artículo 95 de la Ley 58/2003, llegando a la conclusión que, en este precepto se establece una limitación legal al ejercicio del derecho a obtener información fiscal en relación con las personas jurídicas, supuesto que nos ocupa. No puede aplicarse a las personas jurídicas ser titulares del derecho fundamental a la intimidad, lo que nos ahorraría cualquier razonamiento a la vista de lo dispuesto en el artículo 105-b) de la Constitución. Pero se hace necesario determinar, si el carácter reservado que le confiere el legislador a la información obtenida por la Agencia Tributaria, en el artículo 95 de la Ley 58/2003, debe entenderse que restringe el derecho a obtener información sobre estos datos. La Ley 58/2003 es del mismo rango ordinario que la Ley 19/2013. Se trata de una declaración restrictiva del derecho de información que se encuentra fuera de la regulación de la Ley 19/2013, pero que si se encuentra en una Ley vigente del Ordenamiento Jurídico Español, que regula de manera específica el régimen tributario y la obtención de datos de particulares, personas físicas y jurídicas, para poder llevar a cabo la función encomendada a los órganos fiscales. Está vigente pues no ha sido derogada expresamente por Ley posterior, y en principio no parece incompatible con la regulación establecida en la Ley 19/2013, fijándose en la Disposición Adicional Primera de la Ley 19/2013, la posible conexión para poder aplicar esta limitación. Dice así: 2. Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información. Así Ley 58/2003 establece un sistema de información propio, en sus artículos 93 y 94. Una obligación de información de una serie de personas físicas y jurídicas, autoridades y entidades, pero a favor de la Administración Tributaria. En su artículo 95 establece un régimen de carácter reservado de la información que haya adquirido la Administración Tributaria, de forma que solamente podrá proporcionarse a las personas, entidades, autoridades recogidas en dicho artículo y para los únicos fines establecidos en el mismo precepto: (...) Por tanto, nos hallamos que existe una regulación específica y vigente, no incompatible con la regulación de la Ley de Transparencia, de acceso a la información que obra en la Administración Tributaria y que se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio.

(...) Si el legislador, del año 2015, consideraba que debería haber derogado o cambiado este precepto, tuvo su oportunidad en la Ley 34/2015 que introdujo el artículo 95.bis en la Ley 58/2003, que precisamente establece una excepción a la regla general del carácter reservado de los datos fiscales, permitiendo su publicación con una finalidad determinada. Si el legislador, consideró que era necesario modificar el artículo 95 y acomodarlo a la Ley 19/2013, así lo hubiera hecho, y al no hacerlo, debe deducirse que su voluntad tácita era mantener su carácter reservado.

El carácter de la LGT como régimen especial de acceso, y de aplicación preferente a la Ley 19/2003, fue reiterado igualmente por la SAN Sección 7, de 23 de enero del 2018, rec. 60/2017 respecto de la inadmisión de la solicitud a Dirección General de Tributos de la totalidad de contestaciones a consultas tributarias.

Tangencialmente, aunque reconociendo se aplicabilidad, y constituyendo por consiguiente un régimen especial de acceso, la SAN Sección 7 de 23 de octubre de 2017, rec. 54/2017, mencionaría igualmente la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

Por el contrario, en dos pronunciamientos judiciales se ha rechazado expresamente (en la línea de lo considerado por el Consejo) que el art. 40 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, relativo al derecho a la información de las juntas de Personal y los delegados de personal, sea considerado como régimen especial de acceso.

Efectivamente, en primer lugar la Sentencia de 27 de marzo de 2018 del Juzgado Central Contencioso-Administrativo n.º 4, PO 36/2016, que señalaba que «no cabe calificar el artículo 40. 1.ª y f) del EBEP de» régimen específico de acceso a la información», en los términos a que se refiere la DA Primera de la Ley 19/2013 y nada obsta a esta conclusión que el EBEP haya modificado la Ley 30/84. El artículo 40. 1.ª del EBEP solo establece con carácter general que los representantes de los trabajadores (Juntas de personal y Delegados de personal) «en su caso», tienen como una de sus funciones la de recibir información sobre la política de personal, evolución de las retribuciones, del empleo y de la mejora del rendimiento». Criterio que igualmente confirma la SAN, sección 7, de 23 de noviembre de 2018, rec. 53/2018.

Cuestión igualmente abordada es la de si la normativa en materia de competencia, actualmente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, puede considerarse un régimen especial de acceso. En este punto tenemos, como caso singular, el abordado por la Sentencia del Juzgado Central Contencioso-Administrativo n.º 6 de 16 de octubre del 2017, PO 50/2016. Previamente el CTBG había manifestado (con cierta contradicción) que la Ley de Defensa de la Competencia no es un régimen especial, pero a la vez sí admite que en base a la misma y al Reglamento comunitario se ha de denegar la información que la misma declara confidencial. La Sentencia confirma la denegación de acceso, pero haciendo hincapié en que es una información que ya le había sido denegado, por considerarla confidencial, por la Audiencia Nacional en el curso del proceso contra la sanción impuesta a la que ahora solicita la información por la Ley de Transparencia². Y, sin embargo, posteriormente ya sí admite expresamente la normativa de competencia como régimen especial de acceso la Sentencia Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 11, de 16 de abril del 2018, PO 51/2017.

Por último, sí se admite expresamente la operatividad del secreto estadístico regulado en los artículos 13 y 14 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública. En este sentido la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administra-

² Concretamente razona la Sentencia: «Esto es lo que ocurre en el presente caso, en el que la recurrente vio impedido su acceso a las comunicaciones habidas con la CE en el seno del procedimiento sancionador incoado por virtud de una decisión adoptada por la CNMC con el fundamento legal dicho. Esta decisión fue objeto de nueva solicitud ante el Tribunal que conocía del recurso interpuesto contra la resolución sancionadora, que rechazó el acceso a tales documentos mediante resolución firme. Siendo entonces que la recurrente vuelve a insistir en su petición ante la CNMC y luego ante el CTBG al amparo del art. 17 de la Ley 19/2013, sin respetar las reglas de la buena fe que exigen que pusiera de manifiesto que la misma información había sido solicitada al Tribunal que conocía de la impugnación de la sanción impuesta, y que había sido rechazada por éste.

»En consecuencia, la parte actora en este recurso acude a una norma que tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso de los ciudadanos a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento (art. 1 LTYBG), invocando un derecho de acceso en cuanto que ciudadano para obtener lo que le había sido denegado en su momento, y luego ratificado por resolución judicial, como directamente interesada en el procedimiento seguido.

»No puede decirse que se está ante un supuesto específicamente incluíble en el art. 11.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando dispone que “los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Pero sí afirmar que no cabría obtener el amparo de la LTBG lo que no se puede conseguir invocando la condición de directamente interesado en el procedimiento sancionador, y luego la de parte legítima en el proceso jurisdiccional seguido ante la Sala, y obtener así el levantamiento de la confidencialidad de las comunicación es entre la CNMC y la CE que la propia Sala de lo CA de la Audiencia Nacional ha denegado con el argumento ya visto de que el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas (artículo 42 de la LDC y artículo 27 del Reglamento 1/2003), y que no se causa indefensión a la recurrente».

tivo n.º 3, de 16 de julio del 2018, PO 40/2017: «El Consejo no niega la posibilidad del acceso a la información pública de acuerdo con los artículos 12 y 13 de la LTAIBG en la medida en que se trate de contenidos o documentos que obren en poder de cualquier órgano administrativo sujeto al cumplimiento de la Ley, sino que entiende que no impide este derecho tener presente la normativa específica legal existente en determinados sectores; criterio que compartimos y que conforma la delimitación legal del derecho la información pública; y en tal sentido cita la resolución la obligación de observar en la facilitación de la información el secreto estadístico regulado en los artículos 13 y 14 de la LFEP 12/1989».

2.2. Causas de inadmisión (art. 18 de la Ley 19/2013)

Además de las circunstancias expresamente calificadas como límites de acceso a la información que contempla el art. 14 de la Ley 19/2013, el art. 18 de la Ley 19/2013 prevé cinco causas calificadas como de inadmisión de solicitudes de información. La aplicación de las mismas, al igual que los límites propiamente dichos, deben ser objeto de una interpretación y aplicación restrictiva, dada la finalidad de la Ley de dotar de un amplio alcance al derecho a la información, y así lo señaló expresamente nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de octubre de 2017, rec. 75/2017: «Cualquier pronunciamiento sobre las “causas de inadmisión” que se enumeran en el artículo 18 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y, en particular, sobre la prevista en el apartado 1.c/ de dicho artículo (que se refiere a solicitudes “relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración”) debe tomar como premisa la formulación amplia y expansiva con la que aparece configurado el derecho de acceso a la información en la Ley 19/2013.

»(...) Esa formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1».

Visto ello, analicemos cada una de estas cinco causas de inadmisión a través de los fallos jurisprudenciales que las han abordado.

2.2.1. Información en curso de elaboración o de publicación general

En primer lugar, el art. 18.1 señala que se inadmitirán a trámite las solicitudes: «a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general».

Al respeto de este límite, la SAN Sección 7 de 26 de febrero de 2008, rec. 11/2018, confirma la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo número 7, de 17 de octubre de 2017, PO 35/2016, que estimando el recurso contra el CTBG revocaba su resolución que inicialmente inadmitía la petición de acceso al intercambio de cartas entre las Autoridades fiscales de España y de Luxemburgo relativas a la interpretación del Convenio de Doble Imposición, por ser información en curso de publicación general.

La SAN confirma el argumento del Juzgado Central que señalaba «Sin embargo, no consta en el expediente ni se indica en la contestación a la demanda ningún dato concreto

sobre ese proceso de tramitación, es decir, actuaciones ya practicadas y su fecha, y plazo probable de conclusión; antes al contrario, remitido oficio al BOE en término de prueba a los efectos de acreditar si, en efecto, la publicación de las cartas se encontraba en proceso de tramitación, la Secretaria General de la AEBOE ha contestado “que no se ha publicado en el BOE por no tener constancia”.

»Por ello, y acudiendo a los mismos argumentos contenidos en la resolución recurrida, debe estimarse el recurso.

»En primer lugar, en lo que respecta al momento de la publicación, solo puede señalarse que desde el primer intercambio de cartas ha transcurrido un periodo de más de diecisiete años sin que conste que el trámite para su publicación se haya puesto en marcha, lo que nos sitúa ante un periodo excesivo desde cualquier punto de vista que se contemple; el tiempo transcurrido desde el segundo intercambio de cartas es considerablemente menor, pero tampoco se ha dado razón alguna respecto al inicio del expediente o trámite para su publicación, sin que el MIHAP haya acogido la sugerencia respecto a la necesidad de informar al reclamante de la fecha aproximada en la que el Intercambio de Cartas será publicado en el BOE, por lo que en ninguno de los dos casos puede considerarse que el derecho del reclamante se haya satisfecho mediante la expectativa cierta de la publicación en un periodo razonable.

»Por lo demás, y como también señala la resolución recurrida, la circunstancia de que la información solicitada deba ser objeto de publicidad activa o, incluso, necesariamente publicada en un boletín oficial, no puede nunca obstar a la estimación de una solicitud de acceso a la información si, de hecho, no ha sido objeto de publicación por alguna de esas formas; en efecto, la solución contraria implicaría la posibilidad de que precisamente esta clase de información, que se supone relevante para todos, se hurtara al conocimiento de los ciudadanos o se retrasara injustificadamente la posibilidad de acceso a dicha información».

2.2.2. Información de carácter auxiliar o de apoyo

En segundo lugar, la Ley 19/2013 señala que se inadmitirán las solicitudes «referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas». Cabe decir en primer lugar que el significado proteico de las expresiones «auxiliar o de apoyo» han dado lugar a un importante debate a la hora de aplicar este límite.

En primer lugar, el Consejo de Transparencia ya se vio en la necesidad de dictar el Criterio 6/2015 que señalaba que para aplicar este límite hay que estar al carácter auxiliar de la información contenida en el documento y no a la denominación que formalmente que se dé de «nota» o «borrador». Mencionaba igualmente como ejemplo de tal información de carácter auxiliar «cuando se trate de informes no preceptivos y que no sean incorporados como motivación de una decisión final», lo cual, por otro lado, puede conectarse con el hecho de que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en su artículo 70 dedicado al expediente administrativo, utilice una terminología coincidente con el art. 18 de la Ley 19/2013 al señalar que «no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones Públicas, salvo que se trate de informes, pre-

ceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento».

Sin embargo tanto el Consejo como los Tribunales han rechazado expresamente la alegación del carácter auxiliar de documentos desconectados de la motivación a una resolución que culmine un expediente, atendiendo simplemente a la relevancia intrínseca de la información contenida en las notas o borradores. Así, la Sentencia 6 de abril del 2017 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, PO 3/2016 que señalaba que *«el precepto referido, entiende como información auxiliar o de apoyo, entre otra, la contenida en los informes internos o entre órganos. A la hora de interpretar qué se entiende por información auxiliar o de apoyo, no podemos considerar como tal, sólo y sin más, los supuestos reseñados en la aludida causa de inadmisión; sino que se ha de determinar si en el presente caso, la información consistente en los informes generados por el Ministerio de la Presidencia y los entregados a dicho Ministerio sobre la implementación de los dos planes de acción de la Alianza, han de entenderse como secundarios e irrelevantes en el establecimiento, desarrollo e implementación del plan de acción pública. (...) De lo expuesto, se llega a la conclusión que los informes, tanto los generados por el Ministerio de la Presidencia, como los entregados a dicho Ministerio, relativos a la implementación de los planes de acción de la Alianza son relevantes para la participación ciudadana; toda vez que, sólo si se conoce tales informes, se puede participar. En suma, a la luz de lo referido y teniendo presente la propia naturaleza y finalidad de la Alianza para el Gobierno abierto, se entiende que los aludidos informes no se incluyen en la causa de inadmisión analizada; lo que conduce a la desestimación del presente recurso»*. Sentencia confirmada por la SAN Sección 7 de 25 de julio de 2017 (rec. 46/2017).

Igualmente, con una aplicación enormemente restrictiva de la causa de inadmisión del art. 18.1.b), el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, en su Sentencia 28 de noviembre del 2016, PO 18/16, confirmaba la obligación de entregar los documentos de trabajo de los entrevistadores en entrevista personal para un proceso selectivo³, confirmada por SAN Sección 7 de 24 de abril del 2017, rec. 10/2017.

Por último, cabe señalar un caso particular, que en realidad es un supuesto de inexistencia de información relativa a la solicitud de un «Documento del proyecto de desclasificación de documentos elaborado por la Secretaría de Estado de Defensa a finales de 2011». El CTBG estimó la reclamación y exigió la aportación. Frente a ello el recurso del

³ Sentencia que señala que *«la relevancia de la documentación solicitada, a cuya entrega obliga la resolución impugnada, resulta obvia cuando, al seguir leyendo la base, nos encontramos con que para la realización de las revisiones de las calificaciones se constituyen Juntas de Revisión, dependientes del Presidente del Tribunal de Selección y compuestas por licenciados en psicología, que después de estudiar la documentación generada en las entrevistas personales y oír a los interesados, emitirán propuestas para la calificación definitiva. Como se afirma en la contestación a la demanda: (...) los entrevistadores manifiestan una posición u opinión profesional, ya que intervienen en el proceso selectivo en su calidad de tales profesionales, y dicha opinión tiene una incidencia directa en el resultado del proceso....»*

»Ha de concluirse por lo tanto que en la documentación solicitada se contiene una información referente a la valoración de la aptitud del aspirante que es absolutamente relevante para decidir si continúa o no en el proceso selectivo y, en este segundo caso, necesaria para que éste pueda saber cuáles son los motivos concretos que han dado lugar a la valoración negativa de sus aptitudes que, a la postre, han determinado su exclusión del proceso selectivo y, en su caso, para poder disponer de todos los medios de defensa de sus derechos que pueda utilizar en la vía que considere oportuna. Información que, por otra parte, no está incorporada a la resolución del Tribunal pero que la ha condicionado de forma decisiva por lo que, desde una perspectiva objetiva, atendiendo a su contenido, se trata de una información relevante, no hace referencia a circunstancias accesorias o secundarias, sino que contiene un juicio de valor sobre la aptitud del aspirante y, desde una perspectiva instrumental, en referencia a su función dentro del proceso de la toma de decisión, también lo es puesto que constituye la base en que ésta se apoya»

abogado del Estado señala que en realidad no hay un proyecto como tal, aportando un certificado al efecto, añadiendo que sin embargo sólo hay notas internas barajando opciones que no constituyen en realidad proyecto alguno, lo cual permitió la estimación del recurso por la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, de 7 de junio del 2018, PO 55/2017.

2.2.3. Información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración

Asimismo el art. 18 c) contempla la inadmisión de solicitudes «relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración». La razón es simple, pues el derecho de acceso a la información está limitado a la información pública ya elaborada o adquirida por el sector público en el ejercicio de sus funciones (art. 13 Ley 19/2013) y no a una información aún no elaborada o adquirida, pues de lo contrario convertiría el derecho de acceso en una suerte de derecho a exigir a la Administración la producción de información a petición de cualquier ciudadano, lo que va más allá de la finalidad de la Ley.

La interpretación de dicha causa de inadmisión fue objeto del criterio 7/2015 del Consejo, que prácticamente excluía del concepto de reelaboración aquellos supuestos en que la reelaboración era necesaria pero podría realizarse con las diversas fuentes a disposición del órgano o entidad requerido. Tal interpretación restrictiva, con ocasión de la petición por un ciudadano a RTVE de los costes por canal dio lugar a la primera Demanda interpuesta por la Abogacía del Estado en nombre de RTVE que fue estimada por los Tribunales, revocando la resolución del Consejo por apreciar que sí concurría la causa del 18.1.c).

Concretamente la Sentencia de 25 de abril del 2016 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 9, PO 33/2015, estimaba el recurso de la Abogacía considerando lo siguiente: «Examinados los autos y las razones esgrimidas, esta juzgadora comparte la postura de la recurrente pues en efecto, “reelaborar” significa volver a elaborar algo y en el presente caso, para poder suministrar la información solicitada hay que elaborar una “contabilidad” que no existe para cada uno de los canales, porque los costes de los mismos no aparecen desglosados en la contabilidad que presenta la actora y que es pública (aportándose con la demanda las páginas webs que facilitan dicha información). La información requerida precisaría realizar nuevas operaciones de análisis, agregación e interpretación, por lo que la interpretación que hace el Consejo, resulta excesivamente restrictiva y contraria al espíritu de la norma. La interpretación que hace la demandada, va más allá de lo pretendido por el artículo 13 de la citada Ley, que reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, pero a la información que existe y que esta ya disponible, lo que es distinto, de reconocer el derecho a que la Administración produzca, aunque sea con medios propios, información que antes no tenía. En el presente caso se está pidiendo una información que a día de hoy no se tiene y cuya obtención no es sencilla pues implica ir desglosando todos y cada uno de los costes de cada canal». Sentencia confirmada por la SAN Sección 7, de 24 de enero del 2017, rec. 63/2016.

En iguales términos la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 9 de 21 de abril del 2017, P.O. 60/2016 (confirmada por la San Sección 7 de 11 de septiembre de 2017, rec. 51/2017), sobre los gastos, desglosados por partidas, de la gala de Nochevieja de 31 de diciembre del 2015, estima igualmente el recurso de RTVE por entender que concurre la existencia de necesidad de reelaboración: «La información

requerida precisaría realizar nuevas operaciones de análisis, agregación e interpretación, por lo que la interpretación que hace el Consejo, resulta excesivamente restrictiva y contraria al espíritu de la norma, La interpretación que hace la demandada, va más allá de lo pretendido por el artículo 13 de la citada Ley, que reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, pero a la información que existe y que está ya disponible, lo que es distinto de reconocer el derecho a que la Administración produzca, aunque sea con medios propios, información que antes no tenía». Y en términos similares, apreciando la necesidad de reelaboración en cuanto a la información del coste total y detallado de los especiales musicales emitidos el día de nochebuena en la 1 de TVE, de la emisión de las campanadas en RTVE, la Sentencia del Juzgado Central de lo CA n.º 5 de 28 de febrero del 2018, PO 27/2017.

Sin embargo, no puede considerarse reelaboración el mero hecho de una simple agregación, sin más, de información ya disponible. Por ello no aprecia la existencia de necesidad de reelaboración, en relación a la petición de información del listado de modificados, obras complementarias y otros costes adicionales de las obras adjudicadas por el Ministerio de Fomento, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 11, de 14 de febrero del 2018, PO 33/2017.

2.2.4. Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente

El artículo 18.1.d) prevé la inadmisión de solicitudes «dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente». Este precepto a su vez debe ponerse en conexión con otros dos: 1) de un lado, el art. 18.2 que señala que «en el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir la causa prevista en la letra d) del apartado anterior, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud»; y 2) y por otro lado el 19.4 que señala que «cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso».

Como caso analizado por la Jurisprudencia, relacionado con esta cuestión, aunque no exactamente similar, tenemos el analizado por la SAN Sección 7 de 30 de octubre de 2017, rec. 58/2017. Dicha Sentencia confirma la estimación de la Sentencia apelada del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra el CTBG que había hecho una interpretación errónea de la competencia del órgano al que exigía dar la información, el centro penitenciario de Sevilla, resultando haber ordenado entregar la información a quien no era competente y por consiguiente no disponía de la información interesada.

2.2.5. Solicitudes manifiestamente repetitivas o de carácter abusivo

Por último, el art. 18.1.e) dispone la inadmisión de las solicitudes «que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley». Causa de inadmisión interpretada por el criterio 3/2016 del CTBG que, en particular, liga el carácter abusivo con el concepto de abuso de derecho del 7.2 del Código Civil.

Los Tribunales han sido reacios a aplicar esta causa de inadmisión. Así la SAN Sección 7 de 11 de septiembre del 2017, rec. 51/2017, aunque confirma la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 9 de 21 de abril de 2017, P.O. 60/2016, considerando frente al Consejo que es inadmisibile, por necesidad de reelaboración, tal y como hemos visto antes; sin embargo entiende que no concurre la causa de inadmisión por carácter abusivo por exigirse además de además que vaya en contra de la finalidad de la Ley: *«Don Justino manifiesta una curiosidad especial por la actividad del CRTVE, dada la reiteración de sus peticiones de información y su presencia indirecta en los Tribunales. Valorar este comportamiento de abusivo, es por ahora prematuro, pero afirmar que es reiterativo, no es faltar a la verdad, lo que no implica que en esta actuación deba aplicarse la causa de inadmisibilidad recogida en el artículo 18.1.e), pues aun cuando la conducta es manifiestamente reiterativa, hasta el momento no puede afirmarse que sea contraria a la finalidad de la Ley»*.

2.3. Causas de desestimación (artículo 14 Ley 19/2003) y el art. 15 relativo a los datos de carácter personal

El artículo 14 establece, por su parte un elenco de causas de desestimación bajo la denominación de límites al derecho de acceso. Respecto de dichas causas, deben señalarse dos cuestiones comunes a todas ellas:

- a) En primer lugar, y como ha recordado el CTBG desde el criterio 2/2015 y en reiteradas resoluciones, las mismas, aun concurriendo, no operan de manera automática, sino que exigen ser ponderadas con relación al interés público en la divulgación de la información en lo que la propia exposición de motivos de la Ley habla del «test del daño» y plasma en su art. 14.2: «La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».
- b) Y asimismo, en todo caso han de ser objeto de interpretación restrictiva, como se recuerda en la STS de 16 de octubre de 2017, rec. 75/2017: «En cuanto a la limitación del acceso a la información prevista en el artículo 14.1.h) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre (cuando el acceso a la información suponga un perjuicio para los intereses económicos y comerciales), ya hemos señalado que las limitaciones contempladas en el artículo 14 de la Ley 19/2013, lo mismo que sucede con las causas de inadmisión de solicitudes de información que enumera el artículo 18, deben ser interpretadas de forma estricta y partiendo de la premisa de que el derecho de acceso a la información aparece configurado en nuestro ordenamiento con una formulación amplia, de manera que sólo son aceptables las limitaciones que resulten justificadas y proporcionadas».

Analicemos, una a una, tales causas, aunque ya se avanza que varios de estos límites no han sido expresamente analizados aún por los tribunales:

2.3.1. La seguridad nacional

Como tal el límite de la seguridad nacional establecido en el art. 14.1.a) no ha sido, s.e.u.o., aún abordado por los Tribunales. Cabe señalar que la Ley 36/2015, de 28 de

septiembre, de Seguridad Nacional define la misma como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad, los derechos y bienestar de los ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos asumidos» (art. 3). Si bien, como señala la doctrina se trata de un concepto difuso y en ocasiones difícil de deslindar del concepto de defensa, que ahora veremos (GUTIÉRREZ DAVID, 2017, pág. 820 y ss.)

2.3.2. La defensa

Íntimamente ligado con el anterior, el art. 14.1.b) contempla como límite la defensa nacional, y que a su vez tiene reflejo en regímenes especiales de acceso, como la citada Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales o asimismo la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, aunque este último debería encuadrarse más bien en el ámbito de la seguridad nacional. Los Tribunales aún no la han abordado.

2.3.3. Las relaciones exteriores

Aún sin aplicar por los Tribunales, podemos ligar su contenido con el concepto de Política Exterior, definida por la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado como el conjunto de decisiones y acciones del Gobierno en sus relaciones con otros actores de la escena internacional, con objeto de definir, promover, desarrollar y defender los valores e intereses de España en el exterior. El CTBG en su resolución 85/2015 negó la aplicación de tal límite, en relación a una pregunta dirigida al Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el personal adscrito a embajadas españolas así como el presupuesto de las embajadas.

2.3.4. La seguridad pública

Igualmente se trata de un precepto no abordado por los Tribunales, si bien sí en resoluciones del CTBG como la 291/2016 de 27 de septiembre, en la que señalaba que «Consejo de Transparencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la información relativa a los dispositivos de seguridad de los centros penitenciarios. Así, en las resoluciones de 23 y 30 de agosto de 2016, dictadas en los expedientes con número de referencia R/0219/2016 y R/0241/2016, respectivamente, este Consejo de Transparencia concluía que «el hecho de que conocer datos relativos a los dispositivos de seguridad y, concretamente en este caso, del que se destina a la protección de los centros penitenciarios (con desglose de la información referida a cada centro), supone desvelar información que puede afectar, clara y perjudicialmente, a la propia viabilidad del dispositivo y, por lo tanto, a la adecuada garantía de las instalaciones que son objeto de protección. Este perjuicio constatado y la ausencia de un interés superior que, aún así, justifique el acceso, lleva a considerar de aplicación el límite previsto en el artículo 14.1 d) de la LTAIBG».

2.3.5. Prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios

Se trata de un límite lógico, pues, en tales supuestos, la divulgación anticipada de la actuación dirigida a prevenir o castigar actos contra la ley frustraría la propia actividad investigadora y por consiguiente haría ilusoria la aplicación de la norma tipificadora de tales infracciones y los fines que con su sanción se persiguen. El Consejo, en caso de peticiones de información relacionadas con hechos sobre los que pende un procedimiento de inspección o investigación abiertos no ha tenido problema en aplicar dicho límite (p. ej., en la resolución 382/2016 de 16 de enero del 2017).

2.3.6. La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva

Siendo un derecho fundamental el derecho a la tutela judicial efectiva de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, no resulta extraña la previsión de este límite de acceso a la información pública. El CTBG lo ha aplicado en relación a documentos relacionados con procedimientos judiciales pendientes, p. ej., en la Resolución 184/2016, pero precisando que *«en la medida en que los procedimientos y, por lo tanto, el perjuicio para la igualdad de las partes en los mismos, finalizará con la decisión judicial que se alcance, parece claro que, hasta ese momento, el límite alegado es razonablemente aplicado y no podría afirmarse la eventual existencia de un interés superior que avale el acceso solicitado»*. Cabe añadir no obstante que limitar la aplicabilidad de este procedimiento sólo durante la pendencia de procesos judiciales puede ser en exceso restrictivo, al dejar casos en los que no hay un litigio pendiente directamente sobre la materia objeto de petición, pero puede razonablemente iniciarse en breve o afectar a procedimientos conexos o similares.

En cuanto a su aplicación por los Tribunales, podemos citar la SAN Sección 7 de 18 de mayo de 2018, rec. 23/2018, que la sentencia de fecha 9 de enero de 2018 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo n.º 11 en el recurso contencioso-administrativo 21/2017 que estima el recurso interpuesto por la Autoridad Portuaria de Baleares contra la Resolución del CTBG que le ordenaba entregar el informe de la Abogacía del Estado dado con ocasión de un punto del orden del día del Consejo de Administración relativo a un asunto atañente al reclamante, que a su vez mantenía un pleito social contra la Autoridad Portuaria⁴.

⁴ Concretamente señalaba el Juzgado central: *«Sin desconocer ni el secreto profesional que pudiera verse afectado en la proyección pública de lo expresado por la Abogacía del Estado en la sesión de referencia ni desmerecer la confidencialidad requerida para la toma de decisiones por el órgano colegiado, resulta especial mente relevante la desigualdad que entre las partes pudiere originarse en el proceso judicial en curso y la consiguiente afectación del derecho a la tutela judicial efectiva de la Autoridad Portuaria de Baleares (artículo 14, 1 f) LTAIPBG)*.

»Y es que el reclamante en realidad persigue una información que, afectándole en un ámbito estrictamente privado y por mor de un procedimiento judicial, trata de obtenerse en atención a su pretendido carácter de información pública. Así las cosas, el desequilibrio que ello puede comportar en el curso del proceso judicial justifica la operatividad del citado límite al derecho de acceso, la cual se presenta como justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección, máxime cuando ni tan siquiera se ha alegado por la demandada la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso (artículo 14.2 LTAIPBG).

»Se sigue de lo anterior la íntegra estimación del presente recurso».

2.3.7. Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control

Se trata de un límite muy similar al antes visto en relación a la investigación y sanción de ilícitos antes vista. Sin embargo, en relación a la productividad por objetivos del personal destinado a las unidades de inspección tributaria, la SAN Sección 7, de 23 de noviembre del 2018, rec. 53/2018, entendió que no quedaba «acreditado que ello ponga en situación de riesgo la actuación de la Inspección de persecución del fraude fiscal, o tenga trascendencia tributaria como alega la Abogacía del Estado, en el sentido de que pueda afectar a las tareas de Inspección, ni existe dato alguno que pueda inferir dicha conclusión, por lo que no puede invocarse el art. 14.1.e/ y g/.de la Ley 19/2013».

2.3.8. Los intereses económicos y comerciales

Los Tribunales, en relación a esta causa de desestimación, han sido reacios a aplicarlos, si bien fundamentalmente por razones de falta de prueba. Así, la Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 5, de 14 de junio del 2016, desestimó el recurso interpuesto por la FNMT entendiendo que «Tampoco se considera acreditado el posible daño o perjuicio a la actividad empresarial o intereses comerciales de la actora en caso de proporcionar los costes de producción y distribución de las monedas y 1 y 2 euros con la efigie de Felipe VI. No se entiende que dichos costes sean información estratégica o que afecte a las posibilidades competitivas con otras Casas Acuñaadoras. (...) No estamos ante revelación de secretos o de estrategias empresariales. No estamos ante datos sensibles; ni ante la vulneración del principio de libertad de empresa al aludir tal concepto a la constitución e instalación de aquella; ni de ante el secreto profesional o comercial al abarcar otras cuestiones referentes a la propia actividad».

Igualmente, la STS de 16 de octubre de 2017, rec. 75/2017 lo rechaza considerando que no se cuestiona aquí que la Corporación RTVE sea un operador que concurre en un mercado competitivo como es el audiovisual; pero, aceptando ese dato, no ha quedado justificado que facilitar información sobre los gastos efectuados para participar en el festival de Eurovisión 2015 pueda acarrear un perjuicio para los intereses económicos y comerciales, teniendo en cuenta que no se pide información sensible sobre el funcionamiento interno de la Corporación, ni sobre su sistema de producción de programas o estructura de costes; y la solicitud ni siquiera se refiere a un programa de producción propia. En definitiva, no se alcanza a comprender, ni se ha intentado justificar por la recurrente, en qué forma la facilitación de esa información puede perjudicar los intereses comerciales de RTVE o favorecer a sus competidores en el mercado audiovisual».

Asimismo, la Sentencia de 17 de octubre del 2016 (del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, en el PO 8/16, rechazó su aplicación en cuanto a una solicitud relativa a las retribuciones de los miembros del equipo directivo de INECO.

Por el contrario, la SAN Sección 7, de 23 de julio de 2018, rec. 34/2018, que estima el recurso de apelación de la Abogacía del Estado y anula parcialmente la resolución del CTBG, ordenando retrotraer para que en el curso de la reclamación el Consejo oiga a los potenciales afectados, precisamente en atención a la posible afectación de estos intereses: «Conforme a cuanto antecede la Sala no puede compartir los razonamientos al respecto que en la sentencia de instancia se hacen, pues de lo actuado resulta que sí existen terceros interesados cuyos intereses podrían verse afectados por la información, como son, ya se ha dicho, las agencias de medios y empresas afectadas por los contratos. Debe puntualizarse que

la información podría comprometer elementos o circunstancias sensibles como los referentes a precios, pudiendo aquéllas verse afectadas por los competidores que pudieran acceder a la información».

En cualquier caso, resoluciones recientes del CTBG como la 196/2017 de 25 de julio (relativo a la solicitud de información de los pactos entre el consorcio formado por CAF y Alstom y por el otro lado Renfe para que de los 16 trenes que hoy forman la subserie 120.050 se sustituyese la última unidad por el tren 105.001) sí admiten la concurrencia de este límite, atendiendo en particular a la concurrencia en el concreto ámbito en que actúa la entidad requerida y partiendo además, entre otros parámetros, de la regulación ahora contenida en la Directiva 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas. Directiva que recientemente se ha transpuesto en nuestro país por la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

2.3.9. La política económica y monetaria

Se trata de un límite no abordado expresamente por los Tribunales. El CTBG, por el contrario, sí tuvo ocasión de aplicarlo, confirmando la denegación del acceso a la información, en su resolución 171/2018, con ocasión de la solicitud dirigida al Banco de España en relación a «los costes de producción de billetes, incluido el transporte, de aquellos faciales fabricados por IMBISA, S.A.», considerando que su divulgación, además de perjudicar a los intereses comerciales de dicha entidad, puede dar lugar a un perjuicio en el sistema en el que se asienta la producción de billetes en euros tal y como ha sido fijado por el Banco Central Europeo al poder tener una incidencia directa en la decisión de los Bancos Centrales Nacionales acerca de su modelo de producción.

2.3.10. El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial

Aún no abordado tampoco por los Tribunales, sin embargo, el CTBG en su resolución 295/2017 de 13 de septiembre del 2017, sí tuvo ocasión de aplicarlo confirmando la denegación del acceso a la información que suponía desvelar la propiedad industrial relativa a un software: «*Sí se aprecia que facilitar esa información podría afectar a los intereses comerciales de los laboratorios de certificación y de los operadores con licencia para certificar, así como perjudicar el secreto comercial y la propiedad industrial, ya que podría llegar a ser utilizado por personas ajenas al sistema para vulnerar los mecanismos criptográficos sobre los que se construye el GNA de los operadores de juego, que, recordemos, es un dispositivo informático, ya sea un programa y/o un dispositivo/componente hardware, diseñado para producir secuencias de números cuyo valor es generado al azar y es utilizado para garantizar la aleatoriedad de dicho sistema de juego on line. Tanto la programación del mismo como su diseño y sus componentes forman parte del Know-How de aquellos operadores que invierten tiempo, dinero y conocimientos en la obtención, desarrollo y aplicación de conocimientos técnicos e información, que son la moneda de cambio de la economía del conocimiento y proporcionan una ventaja competitiva. Esta inversión en la generación y aplicación de capital intelectual es un factor determinante para su competitividad y su rendimiento asociado a la innovación en el mercado y, por tanto, para la rentabilidad de sus inversiones, que constituye la motivación subyacente a la investigación y el desarrollo en las empresas».*

2.3.11. La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión

Se trata de un límite que, por su amplitud, ha sido criticado por la doctrina (IBÁÑEZ GARCÍA, 2014, pág. 300). La SAN Sección 7, de 19 de junio del 2017, rec. 38/2017. Tuvo ocasión de aplicarlo confirmando la denegación de acceso a la información consistente en los Nombres y apellidos de los expertos que han emitido el informe correspondiente, o que intervienen en la actualidad, en las evaluaciones de la ANECA, y ello por los siguientes razonamientos: «Sin embargo, tal y como se expone en la resolución administrativa impugnada y en la propia sentencia apelada, la solicitud formulada compromete la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión [art. 14. k) de citada Ley]. En cuanto que afectaría a la revelación de las menciones de identidad de los expertos llamados a elaborar el informe sobre los solicitantes de acreditación, en el seno del procedimiento establecido al efecto [art. 15.2, RD 1312/2007], siendo así que tal procedimiento se encuentra basado en el anonimato de aquellos, como garantía de su independencia y de la libertad de criterio para el desempeño de su cometido, encontrándose así establecido en el programa de acreditación nacional de cuerpos docentes universitarios, tanto en el proceso de asignación de expedientes, como en el proceso de realización de los informes. Y así se explica en el informe de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, obrante en el expediente».

2.3.12. La protección del medio ambiente

Tampoco aplicado aún por los Tribunales, cabe señalar que dicho precepto de la Ley 19/2013, como señala la doctrina (FERNÁNDEZ RAMOS & PÉREZ MONGUIÓ, 2014, pág. 178), será de difícil aplicación, dado que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, ya se ocupa de regular tal acceso y sus límites, siendo de aplicación preferente por virtud de la DA 1.ª de la Ley 19/2013.

2.3.13. Protección de datos de carácter personal

Por último, el art. 15 de la Ley 19/2013 (modificado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales), regula la relación entre el derecho de acceso a la información y la protección de los datos de carácter personal. En muy resumidas cuentas, la ley parte de dos niveles: a) el que afecta a datos especialmente protegidos (ideología, afiliación sindical, religión o creencias; origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas) sólo se admitirá el acceso con el consentimiento del afectado o en su caso de acuerdo con lo que prevea una norma con rango de ley; b) en los restantes casos, habrá de ponderarse la protección de los datos de carácter personal y el interés público relativo al acceso a la información, de acuerdo con los parámetros de ponderación que establece el art. 15, a lo que hay que añadir la audiencia a los afectados del art. 19.

Un caso de esta ponderación lo tenemos respecto de las solicitudes dirigidas a conocer la retribución del personal. Concretamente en la Sentencia de 17 de octubre de 2016 (del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, en el PO 8/16), que se-

ñalaba que «*el Consejo de Transparencia tiene asentado un criterio respecto de la información referida a las retribuciones asignadas a uno o varios puestos de trabajo determinados y a su incidencia o no en la protección de datos personales, criterio (Cl/001/2015, de 24 de junio) que ha sido firmado conjuntamente con la Agencia Española de Protección de Datos. (...) Esta exigencia se considera que se cumple cuando la información solicitada se refiere únicamente a las retribuciones del personal de alto nivel de responsabilidad y mayor autonomía en la toma de decisiones o a aquellos cuya provisión se realice con un cierto grado de discrecionalidad o se justifique en la existencia de una especial relación de confianza, supuestos en los que prevalecerá, como regla general, el interés público sobre la protección de datos y la intimidad*».

Por su parte, la SAN Sección 7, de 19 de junio de 2017, rec. 38/2017 confirma la denegación de acceso a la información consistente en los nombres y apellidos de los expertos que han emitido el informe correspondiente, o que intervienen en la actualidad, en las evaluaciones de la ANECA entendiendo que la solicitud formulada asimismo vendría a comprometer la integridad del derecho a la protección de datos de carácter personal. Debe igualmente destacarse la SAN, Sección 7, de 15 de febrero de 2019, rec 72/2018. Dicha sentencia confirma la anulación de la resolución del CTBG que ordenaba entregar datos de accidentes laborales, por ser posible identificar indirectamente a los interesados, y tratándose de datos relativos a la salud, no hay ley que ampare su cesión.

En cambio, rechazando que haya una eventual afectación al derecho a la protección de datos personales que pueda prevalecer sobre el derecho de acceso, tenemos la Sentencia de 2 de diciembre de 2016 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 10, PO 26/2016, en relación a los criterios empleados para la concesión de condecoraciones, confirmada por SAN S. 7 de 17 de abril de 2017, rec. 13/2017.

En todo caso, al margen de que pueda prevalecer el derecho de acceso, es preceptiva la audiencia a los terceros afectados por parte del CTBG, lo que ha dado lugar a la estimación parcial de recursos, ordenando la retroacción de actuaciones, en caso de que se hubiese omitido tal trámite. En este sentido la SAN Sección 7 de 17 de julio del 2017, rec. 40/2017 o la SAN Sección 7, de 5 de febrero de 2018, rec 1/2018.

3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La relación de las distintas resoluciones judiciales que hemos analizado en este artículo muestra una pugna, hasta cierto punto comprensible, entre el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que en ocasiones ha podido pecar de exceso celo interpretando de manera en exceso restrictiva los límites previstos en la Ley al derecho de acceso (y por consiguiente lesionando los intereses, igualmente legítimos, que subyacen a tales excepciones), y la Administración sujeta a los deberes de permitir el acceso a la información, que igualmente ha podido abordar sin demasiada consideración los deberes de transparencia. Pero en dicha recurrente discrepancia, que por otro lado es previsible que se vaya enfriando con el tiempo, no debe desdeñarse la injerencia de un *tercer hombre*, que no es sino la repercusión de una deficiente regulación, fenómeno desgraciadamente no infrecuente en nuestro país en los últimos años.

Efectivamente, la no siempre suficientemente reflexionada producción normativa da lugar a estos conflictos en la interpretación y aplicación de las normas, influidos por la utilización en los artículos 14 y 18 de conceptos en ocasiones ambiguos o no suficientemente detallados. Lo cual se agrava con la necesidad de un desarrollo reglamentario que, aun previsto en la D. Final Séptima y en determinados preceptos de la ley, aún no

ha llegado salvo en lo relativo al Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

La falta de reflexión se manifiesta, a nuestro juicio, igualmente en la regulación de la tramitación de las reclamaciones ante el Consejo de Transparencia de los artículos 23 y ss. de la ley. Sin negar las bondades de la existencia de tal mecanismo impugnatorio potestativo, previo al recurso contencioso-administrativo, ágil y gratuito, que de hecho ha cumplido una indudable función concienciadora en la aplicación de la Ley de Transparencia, su regulación adolece de determinados aspectos, cuanto menos, susceptibles de un posible debate.

Por un lado, la celeridad del mismo, a resolver en el plazo de un mes, unido a la no previsión de informes facultativos o preceptivos, puede suponer un riesgo para un adecuado estudio de determinadas cuestiones necesitadas en ocasiones de un análisis profundo, máxime en ocasiones en que pueden estar en juego la seguridad nacional o cuantiosos intereses comerciales.

Por otro lado, el hecho de que la resolución de atribuya a un órgano unipersonal, el Presidente del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, podría ser objeto de reconsideración, toda vez que en órganos administrativos a los que se atribuye la decisión con una especial independencia no es infrecuente su composición como colegiados, precisamente porque la concurrencia de distintas voluntades, con los consiguientes aportaciones y contrapesos entre ellas, refuerza la garantía de la objetividad en su decisión (p. ej., los jurados de expropiación, los tribunales económico-administrativos, etc.), así como la minimización del riesgo de demasiada cercanía con los órganos fiscalizados que sí puede darse con mayor intensidad respecto de cada ocupante del cargo individualmente considerado. Aunque indudablemente no ha sido esto último lo que ha caracterizado al Consejo en su primer lustro de vida, sin duda comprometido con la defensa de la transparencia a ultranza.

Pero, en cualquier caso, sí puede concluirse que, pese a dichas dificultades, la aplicación del derecho de acceso a la información, además del cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa, ha supuesto un decidido impulso en la evolución de nuestro país como una sociedad democrática avanzada.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. (2014). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Cizur Menor: Aranzadi.
- GUTIÉRREZ DAVID, E. (2017). La «Seguridad Nacional» y «Defensa» como excepciones al derecho a la información pública. En A. TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Madrid: Civitas.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2014). Comentario al artículo 14. En E. DE LA NUEZ CASADO, & C. TARÍN QUIRÓS, *Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Las Rozas: La Ley.
- RAMOS DE MOLINS, A. (2014). Comentario al art. 18. En E. DE LA NUEZ CASADO, & C. TARÍN QUIRÓS, *Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Las Rozas: La Ley.

REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Agustín Puente Escobar

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS PECULIARIDADES DE LA REGULACIÓN ACTUAL Y EL PAPEL DEL LEGISLADOR NACIONAL.—3. LOS EJES DEL NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—4. EL CAMBIO DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO. DEL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO AL PRINCIPIO DE LICITUD.—5. EL CAMBIO DEL MODELO DE CUMPLIMIENTO Y SUPERVISIÓN.—6. LA PROBLEMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO, LA ACTUACIÓN CONJUNTA DE LAS AUTORIDADES EUROPEAS Y LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE SU ACTUACIÓN.—7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El análisis del nuevo marco normativo regulador del derecho fundamental a la protección de datos personales constituye un reto para cualquier jurista formado en los principios generales de nuestro Derecho Civil, Administrativo y Constitucional.

En efecto, ese marco normativo, como primera señal singular, aparece recogido en una norma de derecho de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD) y, de forma sólo parcial, en una norma de derecho interno, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Además, ese marco regulador se caracteriza por la aplicación de un modelo de «aproximación basada en el riesgo» totalmente ajeno a la tradición jurídica continental, lo que como veremos se traduce en el establecimiento de un modelo de cumplimiento basado en el principio de rendición de cuentas o «responsabilidad activa» que puede generar en la práctica un alto grado de inseguridad jurídica.

Junto con dicho modelo, se modifica en este marco normativo, como también analizaremos, un modelo de supervisión y coerción en caso de incumplimiento de la norma que exige llevar a cabo una interpretación ciertamente extensiva de los principios propios de la potestad de policía y, sobre todo del derecho sancionador, tal y como los conocemos en nuestro Derecho y se han venido plasmando a lo largo de una extensísima jurisprudencia.

Finalmente, el modelo europeo de protección de datos y la aparición de mecanismos de coordinación, cooperación y coherencia entre las autoridades de los distintos Estados Miembros que, sin crear una instancia Europea, como sucede en otros ámbitos del derecho público, como el regulador de la competencia, exige la adopción de una decisión coordinada, en ocasiones, por las autoridades de la totalidad de los Estados Miembros, implica la desaparición del principio de unidad del procedimiento administrativo que sólo tres años antes había instaurado el artículo 1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Este nuevo procedimiento, unido además a la exigencia de la adopción de resoluciones comunes en el marco de toda la Unión Europea como consecuencia de la existencia de un régimen único de protección de datos personales en todos los Estados de la Unión, supone además una alteración del papel otorgado en nuestro sistema de fuentes a la jurisprudencia. En efecto, el sistema exige, en primer lugar, fundar las resoluciones en el precedente, no sólo nacional, sino europeo y, en segundo lugar, podría relegar el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales, y en particular del Tribunal Supremo, al que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, como creador de la jurisprudencia, dado que esa función, como también veremos, pasará a corresponder, prácticamente en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que será, en última instancia, el intérprete de la legislación europea de protección de datos, pero también de las medidas adoptadas por los Estados Miembros para adaptar su derecho al marco previsto en dicho Reglamento.

Si bien resulta imposible condensar en unas pocas páginas éstas y otras cuestiones de especial complejidad para el intérprete que se enfrenta a este nuevo marco desde la óptica de los principios generales del derecho español y del derecho continental, a lo largo de este capítulo se tratarán de poner de manifiesto las principales novedades de este nuevo régimen, cuya importancia resulta cada vez mayor en el ámbito de la sociedad actual, que evoluciona a pasos agigantados hacia un modelo económico basado en los datos como elemento del que extraer información relevante para la adopción de todo tipo de decisiones personales, empresariales e incluso que afectan al funcionamiento de nuestra sociedad desde una gran multiplicidad de puntos de vista.

2. LAS PECULIARIDADES DE LA REGULACIÓN ACTUAL Y EL PAPEL DEL LEGISLADOR NACIONAL

El reconocimiento de la protección de datos personales como un derecho fundamental en los instrumentos del acervo comunitario¹ y la exigencia de su garantía uniforme en el territorio de la Unión Europea imponían la necesidad de superar el marco legal existente en el momento de la firma del Tratado de Lisboa, en el que la coexistencia de veintiocho normas nacionales distintas, cada una dotada de sus propias especialidades, generaba una diferente protección del derecho en función de la norma que fuera aplicable al tratamiento.

Así lo había puesto de manifiesto el primer informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos, de 15 de mayo de 2003, que apreciaba importantes diferencias en la trasposición llevada a cabo en los distintos Estados y en las normas a través de las cuales se hacían efectivos los poderes de reacción del ordenamiento nacional ante una vulneración del derecho fundamental, dadas las asimismo importantes diferencias entre las competencias atribuidas a las distintas autoridades.

Igualmente, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el seguimiento del programa de trabajo para una mejor aplicación de la Directiva de protección de datos, publicado el 7 de marzo de 2007, ponía de manifiesto que *«algunos Estados miembros no han podido incorporar ciertas disposiciones importantes de la Di-*

¹ Artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada con ocasión del Tratado de Niza el 7 de diciembre de 2000.

rectiva. En otros casos, la transposición o la práctica no se ha llevado a cabo con arreglo a la Directiva o ha quedado fuera del margen de maniobra que se ha dejado a los Estados miembros». No obstante, consideraba que no resultaba necesaria la modificación de la Directiva, poniendo el foco de atención en la relevancia del reconocimiento del derecho a la protección de datos, en el otorgamiento de un carácter vinculante al artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales y en la superación de la división en «pilares» de las materias relacionadas con el derecho de la Unión.

La adopción del Tratado de Lisboa promovió la necesidad de uniformar el régimen de garantías del derecho fundamental a la protección de datos personales, reconocido ya como tal por el carácter jurídicamente vinculante de la Carta y por la inclusión del artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en que se establece lo siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*

2. *El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.*

Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea.

A la vista de este nuevo marco y teniendo en cuenta el desarrollo tecnológico y el papel cada vez más relevante de los datos personales como motor de la economía digital la Comisión adoptó el 4 de noviembre de 2011 una Comunicación, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones con el nombre de «Un enfoque global de la protección de los datos personales en la Unión Europea».

En ella se ponía en primer lugar de manifiesto la importancia creciente de la protección de datos, señalando que «al igual que la tecnología, la forma en que nuestros datos personales se utilizan y comparten en nuestra sociedad está en evolución constante. El reto que esto plantea a los legisladores es el de establecer un marco legislativo que resista al tiempo. Al final del proceso de reforma, las normas europeas de protección de datos deberían seguir asegurando un elevado nivel de protección y garantizando la seguridad jurídica a las personas, a las Administraciones públicas y a las empresas en el mercado interior, durante varias generaciones. Independientemente de la complejidad de la situación o de la sofisticación de la tecnología, es esencial que las normas que deben aplicar las autoridades nacionales y que deben cumplir las empresas y los responsables del desarrollo de tecnologías, estén claramente definidas. Del mismo modo, las personas deben tener claros los derechos de que gozan».

En efecto, como recuerda Leonardo CERVERA NAVAS², «(la) revolución tecnológica ha provocado cambios importantes en el funcionamiento de la economía, el empleo, la política o incluso en los hábitos sociales de la población (véase, por ejemplo, el impacto de las redes sociales). Otros fenómenos tecnológicos más recientes como el big data, el Internet de las

² Leonardo CERVERA NAVAS «El nuevo modelo europeo de protección de datos de carácter personal» en «La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD», Ed. Wolters Kluwer, Madrid 2019, págs. 85 y 86.

cosas, o los incipientes desarrollos de inteligencia artificial, robotización y el aprendizaje de máquinas (*machine learning*) se interpretan como la antesala de la cuarta revolución industrial en la que veremos probablemente vehículos autónomos, drones, la popularización de la impresión 3D, los asistentes virtuales y otros muchos productos y servicios que a día de hoy se desconocen, ya sea porque se encuentran todavía en desarrollo en las plantas de ingeniería o tan sólo en la mente de los ingenieros», añadiendo que «Casi todas estas innovaciones tienen en común que se asientan en el crecimiento exponencial de las capacidades de computación y el almacenamiento digital de la información, que se duplica cada dos años, y en el procesamiento masivo de los datos personales. De ahí la «transfiguración» que ha sufrido el derecho a la protección de datos, nacido en la década de los noventa como un derecho próximo a lo mercantil, ligado a las libertades de circulación del Mercado Interior, y convertido una década más tarde en un derecho fundamental, tras su incorporación a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea».

La existencia de un marco global exigía igualmente la adopción de soluciones coordinadas, al menos, dentro del ámbito de la Unión. Ello imponía un reforzamiento del papel de las autoridades de protección de datos y, al propio tiempo, un desarrollo de mecanismos de cooperación y coherencia en las actuaciones de las mismas cuando el tratamiento tuviera una dimensión transnacional. Así, señalaba la comunicación:

En este contexto, el papel de las autoridades encargadas de la protección de datos es esencial para el control de la aplicación de las normas de protección de datos. Estas autoridades son guardianas independientes de los derechos y libertades fundamentales de las personas respecto al tratamiento de los datos personales. Por esta razón, la Comisión considera que su papel debería reforzarse, en particular vista la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de su independencia, y que deberían dotarse de los poderes y recursos necesarios para realizar correctamente sus tareas tanto a nivel nacional como cuando cooperan entre sí.

Al mismo tiempo, la Comisión considera que las autoridades de protección de datos deberían reforzar su cooperación y coordinar mejor sus actividades, en particular cuando encuentran problemas que revisten, por su naturaleza, una dimensión transfronteriza. Este es especialmente el caso cuando algunas empresas multinacionales están establecidas en varios Estados miembros y ejercen sus actividades en cada uno de estos Estados, o cuando se requiere un control coordinado con el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

Concluía la Comunicación que «tras la elaboración de un análisis de impacto y teniendo en cuenta la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, la Comisión presentará en 2011 propuestas legislativas destinadas a revisar el marco jurídico de la protección de datos, con el objetivo de reforzar la situación de la UE en materia de protección de los datos personales en el contexto de todas las políticas de la UE, incluso en los ámbitos de la prevención de la delincuencia y la aplicación de la ley».

Esta declaración se cumplió mediante la presentación de la Propuesta de Reglamento llevada a cabo por la Comisión el 25 de enero de 2012. Según se indicaba en dicha propuesta, tras considerar como su base jurídica el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento, ya reproducido, «se considera que un Reglamento es el instrumento jurídico más apropiado para definir el marco de la protección de datos personales en la Unión. La aplicabilidad directa de un reglamento, de conformidad con el artículo 288 del TFUE, reducirá la fragmentación jurídica y ofrecerá una mayor seguridad jurídica merced a la introducción de un conjunto armonizado de normas básicas, la mejora de la protección de los derechos fundamentales de las personas y la contribución al funcionamiento del mercado interior».

La propuesta dio lugar a la iniciación de un especialmente largo y complejo proceso legislativo, caracterizado, por una parte, por la defensa por los Estados miembros de sus especialidades nacionales y de su competencia en la protección del derecho fundamen-

tal cuando afectaba a sus nacionales y, por otro, por la importante papel de los distintos grupos de presión, que dio lugar a la presentación ante el Parlamento Europeo de más de 3.900 enmiendas.

Finalmente, el 4 de mayo de 2016 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

La principal característica del texto, seguramente fundada en la necesidad de que, dada la naturaleza derecho fundamental, incluso reconocido por los Textos Constitucionales de un gran número de Estados, de la materia objeto de la regulación, la regulación reglamentaria no se agote en sí misma, es la de otorgar un cierto margen a los legisladores nacionales. Por este motivo, como afirma José LÓPEZ CALVO³ *el Reglamento utiliza técnicas que le acercan al régimen de las Directivas*.

En este sentido, Pablo GARCÍA MEXÍA⁴ señala que *el RGPD da por sentada, no sólo la existencia, cosa obvia, sino también y sobre todo la persistencia de los distintos acervos nacionales de protección de datos, una vez el propio RGPD comience a aplicarse*, permitiendo, frente a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión, incluso la incorporación de sus disposiciones al derecho nacional *por razones de coherencia y para que las disposiciones nacionales sean comprensibles para sus destinatarios*, tal y como señala su considerando 8.

De este modo, se reconoce expresamente el papel del legislador nacional, imponiendo en ocasiones a los Estados Miembros la obligación de adoptar normas que desarrollen en el ámbito interno lo dispuesto en el Reglamento o permitiendo a los mismos en ocasiones establecer especialidades respecto a las previsiones de la norma de la Unión, no sólo en relación con actividades específicas de tratamiento, como las reguladas por su capítulo IX, sino también en lo que podría configurarse como el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, como la especificación de algunos supuestos que pudieran constituir la base jurídica del tratamiento, en los casos en que el mismo se funde en el cumplimiento de una obligación legal o de una misión de interés público o el ejercicio de potestades públicas (artículo 6.2) o la determinación de la edad a partir de la cual el menor pueda prestar su consentimiento al tratamiento de sus datos personales (artículo 8.1, párrafo segundo).

No puede olvidarse, como se ha dicho, que la protección de datos se configura en el acervo de los Estados Miembros como un derecho fundamental, de modo que la regulación íntegra de su contenido esencial por parte de una norma de derecho de la Unión, que resulta además de aplicación directa sin que sea precisa la intervención del legislador nacional, puede resultar extraña desde la perspectiva del Derecho Constitucional.

En efecto, en España el artículo 18.4, en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, reconoce el derecho fundamental a la protección de datos personales, siendo así que, siguiendo el sistema de fuentes consagrado por la propia Norma Fundamental, su desarrollo debería articularse a través de la Ley Orgáni-

³ José LÓPEZ CALVO, *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Ed. SEPIN, Madrid 2017, (pág 63).

⁴ Pablo GARCÍA MEXÍA, «La singular naturaleza jurídica del reglamento general de protección de datos de la UE, en *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, Madrid 2016 (pág. 25).

ca, como fuente interna del derecho (artículo 81.1), siendo así que, conforme al artículo 53.1 sólo una norma con rango de Ley, que respetase además su contenido esencial, podría regularse su ejercicio, lo que además resulta coincidente con el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, conforme al cual «no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Sin embargo, en el marco actual, el derecho fundamental se regula, en cuanto a su contenido esencial, por una norma de rango supranacional, un Reglamento de la Unión Europea, que además perfila el mismo con todo detalle y excluye la legitimidad de los Estados miembros para introducir alteraciones en dicho contenido, salvo que así lo indique expresamente, lo que no deja de resultar ajeno a la tradición jurídico constitucional de los Estados Miembros. No obstante, la adopción de una norma en el ámbito de la Unión resulta necesaria para que la reacción de los Estados Miembros ante una misma situación que pudiera generar un eventual riesgo en el derecho fundamental sea similar en todos los Estados, de forma que ni se autoricen por unos conductas que produzcan en opinión de otros una vulneración del derecho ni tampoco se prohíban conductas que puedan considerarse respetuosas del contenido esencial del derecho como consecuencia de una inadecuada trasposición del derecho de la Unión Europea⁵.

La solución adoptada por el Reglamento, como ya se ha dicho, es la adopción de una técnica normativa más cercana en algunos puntos a la de las Directivas, permitiendo la reproducción de sus preceptos, remitiéndose hasta en 56 ocasiones al derecho de los Estados Miembros imponiéndoles en unas ocasiones la obligación, u otorgándoles en otras la facultad, de adoptar disposiciones en relación con las previsiones del Reglamento y, estableciendo, como también recuerda Pablo GARCÍA MEXÍA⁶, un plazo de *vacatio legis* de dos años, similar al establecido en las directivas para ajustar a las mismas el derecho interno, demorando así en ese plazo su efectiva aplicación, pese a encontrarse en vigor, tal y como establece el artículo 99 del RCPD.

Estas consideraciones son tenidas en cuenta por el legislador español. Así, en la exposición de motivos de la LOPDGGD, tras indicarse que «el Reglamento general de protección de datos pretende con su eficacia directa superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE», añadiendo que «la transposición de la directiva por los Estados miembros se ha plasmado en un mosaico normativo con perfiles irregulares en el conjunto de la Unión Europea lo que, en último extremo, ha conducido a que existan diferencias apreciables en la protección de los derechos de los ciudadanos», recuerda que la intervención del derecho nacional en ámbitos regulados por el Reglamento «puede ser procedente, incluso necesaria, tanto para la depuración del ordenamiento nacional como para el desarrollo o complemento del reglamento de que se trate. Así, el principio de seguridad jurídica, en su vertiente positiva, obliga a los Estados miembros a integrar el orde-

⁵ Una muestra de este último supuesto podría ser la inadecuada trasposición por España del artículo 7 f) de la Directiva 96/46/CE, que reconocía el interés legítimo del responsable, siempre que no prevaleciesen los derechos de los interesados, como base jurídica adecuada del tratamiento. Dicho precepto no había sido trasladado al derecho interno español, lo que motivó, en definitiva, que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C468/10 y C469/10; ASNEF, FECEDM) declarase expresamente el efecto directo de la norma de la Unión en el derecho español.

⁶ Op. cit., pág 27.

namiento europeo en el interno de una manera lo suficientemente clara y pública como para permitir su pleno conocimiento tanto por los operadores jurídicos como por los propios ciudadanos, en tanto que, en su vertiente negativa, implica la obligación para tales Estados de eliminar situaciones de incertidumbre derivadas de la existencia de normas en el Derecho nacional incompatibles con el europeo. De esta segunda vertiente se colige la consiguiente obligación de depurar el ordenamiento jurídico».

En definitiva, la garantía del principio de seguridad jurídica en una materia como la regulación del contenido esencial de un derecho fundamental exige que, aun cuando los perfiles de tal contenido se recojan en una norma de derecho de la Unión Europea, los legisladores nacionales puedan adoptar medidas legislativas que adapten la tradición jurídica del Estado Miembro a los principios configuradores de ese contenido esencial y otorguen a los operadores jurídicos, tradicionalmente sometidos a la legislación nacional reguladora del derecho, de un marco que pueda considerarse comprensible para poder ajustar su actividad a lo dispuesto en la norma de la Unión. De ahí que resulte esencial recordar que la LOPDGDD no adapta, porque no puede hacerlo, el RGPD al derecho español, sino que, tal y como indica en su artículo 1 a), tiene el objeto, aparentemente más ambicioso, de *adaptar el derecho español a la norma europea y completar sus disposiciones*, adquiriendo así un carácter que, pese al rango constitucionalmente exigible, puede asimilarla, en cuanto a su finalidad, a las normas reglamentarias del derecho interno.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto único en que los Estados renuncian a la regulación del contenido esencial de un derecho fundamental, otorgando esta competencia al legislador europeo, siendo así la función del legislador nacional la de adaptar el derecho interno a esa norma superior a partir de los perfiles que la misma determina, desempeñando, en palabras de José AMÉRIGO ALONSO⁷, una función de complemento de la norma europea, y no la de configurar por sí misma tales perfiles.

3. LOS EJES DEL NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La reforma del marco legal de protección de datos personales producida como consecuencia de la aprobación del RGPD supone, por otra parte, la introducción de cambios fundamentales, tanto en la configuración de los principios que configuran el núcleo esencial del derecho en nuestro país como en el modo en que debe garantizarse el cumplimiento de las obligaciones que garanticen una adecuada protección del derecho fundamental.

Por una parte, en cuanto a éstos últimos, *«el marco europeo de protección de datos establecido en el RGPD implica un cambio fundamental en el modelo de protección: la evolución del modelo de cumplimiento desde un sistema de checklist, en que el legislador europeo y nacional describía exhaustivamente los hitos a cumplir por los operadores y éstos debían simplemente comprobar el cumplimiento de dichas obligaciones, a un modelo de responsabilidad activa o accountability, en que los operadores, a la vista de las operaciones de tratamiento que pretendan llevar a cabo y sobre la base de un enfoque orientado al riesgo, propio de los sistemas anglosajones, serán los que habrán de determinar cuáles son esas obligaciones a cumplir para poder mitigar el riesgo. En este modelo, la intervención de los poderes públicos, al margen de ejercicio de las potestades tuitiva y sancionadora, deberá centrarse en*

⁷ José AMÉRIGO ALONSO, «La tramitación del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», en La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD, Ed. Wolters Kluwer, Madrid 2019, pág. 104

el asesoramiento al responsable o al encargado en los supuestos en los que el riesgo residual resultante de las medidas adoptadas pueda considerarse aún inaceptable»⁸.

En nuestro sistema normativo, por su parte, «el nuevo marco europeo implica otros dos cambios esenciales en la aplicación de las normas de protección de datos en España, que no se dan en la misma medida en otros países de la Unión Europea: la evolución desde el principio de consentimiento, presente incluso en nuestra jurisprudencia constitucional, hacia el principio de licitud del tratamiento; y el cambio radical en el modelo de supervisión, no tanto por la aparición del denominado procedimiento de coherencia, sino por la necesidad de reenfocar el papel de las autoridades de control desde un modelo reactivo hacia un modelo preventivo, más vinculado a la realidad del tratamiento llevado a cabo por el sujeto supervisado en su conjunto que por la existencia de una eventual quiebra de las normas de protección de datos»⁹.

Al propio tiempo, la nueva normativa europea de protección de datos personales modifica su ámbito de aplicación territorial a fin de garantizar una protección uniforme de cuantas personas físicas se encuentren¹⁰ en la Unión Europea y persigue una aplicación uniforme de sus disposiciones en todo el territorio de la Unión, de forma que, aun cuando las tradiciones jurídicas de los distintos Estados afectados por un tratamiento de datos personales difieran profundamente, la reacción contra la vulneración del mismo, cuando se lleve a cabo en el territorio de más de un Estado, será única, mediante el establecimiento de un mecanismo de coordinación y coherencia entre todas ellas.

Todo ello genera un marco jurídico que en muchos aspectos resulta extraño a nuestra tradición jurídica, por cuanto, por una parte, asimila el régimen de protección de datos a un sistema de *case law*¹¹ y, por otra, implica una renuncia del legislador nacional a la adopción de medidas coercitivas en caso de vulneración del derecho, atribuyendo la competencia para resolver esta materia a instancias distintas, bien por el consenso con autoridades de terceros Estados bien, en última instancia, por la decisión final del Comité Europeo de Protección de Datos, creado por la Sección 3 del capítulo VII del RGPD.

A continuación se hará una breve referencia a estos cambios sustanciales del modelo de protección de datos.

4. EL CAMBIO DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO. DEL PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO AL PRINCIPIO DE LICITUD¹²

Desde la aprobación de la primera norma reguladora de la protección de datos en España, la Ley Orgánica 5/1992, conocida como «LORTAD», el modelo de protección

⁸ Agustín PUENTE ESCOBAR, «Algunas cuestiones relevantes en la tramitación de la LOPDGDD», en *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid 2019, pág. 159.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La corrección de errores del RGPD, publicada en el DOUE de 13 de mayo de 2018, reemplazó en el artículo 3.2 la expresión «que residan en la Unión» por «que se encuentran en la Unión».

¹¹ Señala Antonio TRONCOSO REIGADA («Autoridades de control independientes» en «Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad», Ed. Reus, Madrid 2016 (pág. 468) que «el Reglamento se aleja de un modelo jurídico de Derecho continental europeo, que proviene del Derecho romano y que se caracteriza por una amplia reguación y una predeterminación de la solución jurídica, para acercarse más a un modelo de Common Law, que se caracteriza por una mayor desregulación y que tiene en cuenta la valoración del caso concreto».

¹² Este apartado parte, esencialmente, de Agustín PUENTE ESCOBAR, «Principios y licitud del tratamiento», en *Tratado de Protección de Datos*; coordinado por Artemi RALLO LOMBARTE, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia (actualmente en preparación).

de datos se centró en el denominado *principio del consentimiento*, configurado, junto con el también denominado *principio de finalidad* en las dos piedras angulares del sistema de protección de datos personales.

El Tribunal Constitucional en su STC 292/2000, de 30 de noviembre se refería a este principio al regular la posible comunicación de datos entre Administraciones Públicas prevista en la LOPD, indicando en el fundamento jurídico decimotercero de su sentencia que:

La cesión de los mismos (datos) a un tercero para proceder a un tratamiento con fines distintos de los que originaron su recogida, aun cuando puedan ser compatibles con éstos (art. 4.2 LOPD), supone una nueva posesión y uso que requiere el consentimiento del interesado. Una facultad que sólo cabe limitar en atención a derechos y bienes de relevancia constitucional y, por tanto, esté justificada, sea proporcionada y, además, se establezca por Ley, pues el derecho fundamental a la protección de datos personales no admite otros límites¹³.

La consagración de este principio generó en nuestro país un modelo de protección de datos que se plasmaba en la estructura de los artículos 6 y 11 de la LOPD. Según este modelo, el consentimiento del interesado se convertía en la única base realmente legítima del tratamiento, que sólo podía ser levantada por una previsión del legislador y, en supuestos muy excepcionales, por la concurrencia de determinadas circunstancias especiales que justificasen el tratamiento, incluso sin contar con el consentimiento o la habilitación legal.

Este modelo no se correspondía con el establecido en el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, que contemplaba seis causas de legitimación, todas con el mismo fundamento y sin prevalencia de unas sobre otras. Además, si bien el modelo español, con las especialidades ya advertidas, recogía como bases legitimadoras esenciales o complementarias del tratamiento las establecidas en las cinco primeras letras del artículo 7, no incorporaba la contenida en su letra f), según la cual el tratamiento es lícito cuando *es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva*.

La omisión de esta última causa de legitimación coadyuvó a la generación en España de una serie de bases legítimas del tratamiento distintas a las concurrentes en otros Estados de la Unión Europea, cuyo objeto era precisamente la necesidad de paliar la ausencia en nuestro derecho de la prevalencia del interés legítimo prevalente del responsable como base jurídica del tratamiento:

- Por una parte, se desarrolló un modelo en que el consentimiento podía considerarse prestado por omisión o, como tradicionalmente se denominó, como «consentimiento tácito», estableciendo una suerte de sistema de *opt-out*, similar al de otros países de nuestro entorno, pero sobre una base que difícilmente podía

¹³ Con mayor claridad si cabe, el fundamento jurídico sexto recordaba que «*el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales (STC 254/1993, F. 7)*».

conciliarse con los principios que configuran desde la perspectiva de nuestro Derecho Civil, la institución del consentimiento¹⁴.

- Por otra, la inclusión en nuestra Ley de las denominadas «fuentes accesibles al público», legitimándose, en la práctica sobre la base del interés legítimo no regulado en la norma, el tratamiento de cualesquiera datos contenidos en dichas fuentes sin necesidad de llevar a cabo análisis alguno de ponderación de la prevalencia del interés legítimo.
- Por último, la interpretación amplia del alcance de la habilitación legal para el tratamiento de datos personales, de forma que el tratamiento no sólo se amparaba en la Ley en los supuestos en los que la misma establecía una obligación o una habilitación general para el tratamiento, sino en aquéllos en que el tratamiento era consecuencia lógica o garantía del pleno cumplimiento de sus disposiciones¹⁵.

La última de las especialidades citadas dio igualmente lugar a que proliferasen en el derecho español numerosas normas con rango de Ley que legitimaban a los operadores sometidos a su ámbito al tratamiento de determinadas categorías de datos personales para determinados fines concretos¹⁶. La causa última de esas legitimaciones era la satisfacción del interés legítimo de los operadores, considerado por el legislador prevalente sobre los derechos de los afectados en caso de que se cumpliesen las garantías contenidas en esas habilitaciones. Sin embargo, la imposibilidad de acudir a esta causa de legitimación forzaba a que dicha habilitación se estableciese de forma expresa en los textos legales, siendo incluso propugnada en muchas ocasiones por la propia AEPD al informar los Proyectos normativos que se sometían a su dictamen preceptivo¹⁷, lo que no obstante generó en nuestro país una tradición basada en el principio de seguridad jurídica, dado que las normas sectoriales establecían previsiones concretas acerca del alcance de los tratamientos permitidos por las normas de protección de datos.

Este modelo se vio afectado por la sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011 (asuntos acumulados C468/10 y C469/10, Asnef, Fecemd), que declaró de forma inequívoca el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE¹⁸, lo que permitió

¹⁴ Su plasmación definitiva se recogió en el artículo 14 del RLOPD que establecía una régimen sumamente detallado acerca de su validez.

¹⁵ Sobre esta base legal la AEPD consideró amparadas por la LOPD, entre otras muchas, las cesiones de datos de abonados a los prestadores de los servicios de información sobre número de abonado (dictamen 5/2001, de 6 de marzo de 2001) o la comunicación de los datos necesarios para la creación de la base de datos de puntos de suministro, sobre la base de la necesaria garantía de la libre competencia en los sectores de las telecomunicaciones y eléctrico (dictamen 21/2008, de 18 de enero de 2008), respectivamente.

¹⁶ A decir verdad, esta tradición la inauguró la propia LORTAD, al regular en su artículo 28 los denominados ficheros de solvencia patrimonial y crédito, en que la causa última que justificaba el tratamiento de los datos era la satisfacción del interés legítimo de las entidades acreedoras y de la propia entidad gestora del fichero común.

¹⁷ Un claro ejemplo de este tipo de habilitación y de la realización del juicio de ponderación previsto en el artículo 7 f) de la Directiva puede encontrarse en el artículo 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (redactado siguiendo en gran parte la propuesta contenida en el dictamen 203/2012, de 5 de junio de 2012 de la AEPD), que legitima la atención del derecho de acceso a la información pública sobre el interés legítimo del solicitante siempre que se lleve a cabo la ponderación prevista en el precepto. En este sentido, cabe hacer referencia a los distintos criterios interpretativos conjuntos emitidos por la AEPD y el CTBG.

¹⁸ En realidad, la AEPD ya había hecho referencia a ese efecto directo en su dictamen 537/2008, de 12 de noviembre de 2008, referido a la licitud de la publicación de los datos de los pasajeros de una aeronave sinistrada, en que se desarrollaban detalladamente los supuestos en que por la misma se había apreciado la concurrencia de un interés legítimo en el responsable del tratamiento o en el cesionario de los datos.

que a partir de ese momento determinados tratamientos de datos pudieran llevarse a cabo al amparo de dicha previsión sin tener que esperar a la aprobación de una norma legal habilitante del tratamiento¹⁹.

En este marco, la aprobación del RGPD, que reproduce en su artículo 6.1 lo que ya disponía el artículo 7 de la Directiva 95/46/CE supone en la práctica una abolición del ya mencionado principio del consentimiento, por cuanto se produce el desplazamiento y la consiguiente inaplicación de los artículos 6 y 11 de la LOPD como fundamento para la determinación de las bases jurídicas del tratamiento. Así, se pasa de un modelo en que el consentimiento se consagraba como piedra angular del sistema (hasta el punto de que muchos operadores acudían indebidamente a él para ver garantizada la licitud del tratamiento) a un sistema en que el consentimiento sólo debe operar en los supuestos en que realmente proceda acudir a él, debiendo ampararse el tratamiento en las restantes bases jurídicas previstas por el RGPD en los demás supuestos.

Este nuevo modelo además implica la desaparición de «habilitación legal» como base jurídica del tratamiento. Ciertamente el RGPD ampara el tratamiento de datos que resulte necesario para el cumplimiento de una obligación legal (art. 6.1 c), pero no se refiere en ningún caso al hecho de que la Ley pueda posibilitar un tratamiento, que el responsable llevará o no a cabo cuando así lo estime conveniente, sobre la base de su interés legítimo legalmente reconocido.

Por otra parte, los operadores jurídicos debían modificar su modo de interpretar las normas de protección de datos, por cuanto el consentimiento dejaba de ser una base jurídica admisible que permitía el tratamiento en todo caso, levantando todo tipo de limitación para ese tratamiento. El propio RGPD ponía de manifiesto esta circunstancia cuando en su considerando 43 recuerda que *«para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha situación particular. Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento»*.

La irrupción del interés legítimo prevalente como base jurídica esencial del tratamiento supone, además, la asunción de un modelo anglosajón de aplicación de la norma, en que el responsable deberá llevar a cabo un análisis de las circunstancias de cada tratamiento concreto para, en atención a ese supuesto, determinar si procede o no la aplicación de la norma. Para ello será esencial la doctrina que, caso a caso, establezca la AEPD al respecto así como los criterios que vaya estableciendo el Tribunal de Justicia de la Unión²⁰. Es decir, se pasa de un modelo continental a un modelo de *case law*, en que

¹⁹ Así, por ejemplo, cabe hacer referencia a los informes de la AEPD a los distintos sistemas de prevención del fraude, de carácter sectorial o multisectorial, creados por entidades privadas.

²⁰ De hecho, el Tribunal ya ha analizado la aplicación de la regla del interés legítimo prevalente en varias sentencias pudiendo citarse la de 13 de mayo de 2014 (asunto C131/12, Google Spain, Google Inc, AEPD y Costeja), 11 de diciembre de 2014 (asunto C212/13, František Ryněš y Úřad pro ochranu osobních údajů), 19 de octubre de 2016 (asunto C582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland) o 4 de mayo de 2017 (asunto C-13/16, Rigas Satiksme).

habrá de tenerse en cuenta la interpretación que para supuesto se establezca por las autoridades administrativas o judiciales competentes.

El Propio RGPD así lo pone de manifiesto, cuando en su considerando 47 señala que *«el interés legítimo de un responsable del tratamiento, incluso el de un responsable al que se puedan comunicar datos personales, o de un tercero, puede constituir una base jurídica para el tratamiento, siempre que no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades del interesado, teniendo en cuenta las expectativas razonables de los interesados basadas en su relación con el responsable. Tal interés legítimo podría darse, por ejemplo, cuando existe una relación pertinente y apropiada entre el interesado y el responsable, como en situaciones en las que el interesado es cliente o está al servicio del responsable. En cualquier caso, la existencia de un interés legítimo requeriría una evaluación meticulosa, inclusive si un interesado puede prever de forma razonable, en el momento y en el contexto de la recogida de datos personales, que pueda producirse el tratamiento con tal fin»*, enumerando a continuación, en ese considerando y los dos posteriores, algunos supuestos en que es posible tomar en consideración el interés legítimo del responsable.

5. EL CAMBIO DEL MODELO DE CUMPLIMIENTO Y SUPERVISIÓN

Junto con el cambio esencial al que acaba de hacerse referencia, el modelo introducido por el RGPD supone también la asunción de un sistema propio del derecho anglosajón en lo que respecta al cumplimiento de las normas de protección de datos personales, introduciendo un sistema basado en el riesgo generado por el tratamiento frente al sistema de cumplimiento normativo establecido tradicionalmente en los modelos propios de derecho continental.

En efecto, el RGPD supera el establecimiento de una serie de obligaciones tasadas que los responsables deberán cumplir para acreditar el cumplimiento de la norma, fijando un modelo en que será cada responsable, en atención a las circunstancias y, fundamentalmente, a los riesgos generados por ese tratamiento, quien determine qué medidas deberían ser las idóneas para *estar en condiciones de acreditar* el cumplimiento de esas disposiciones.

De este modo, el RGPD establece en su artículo 24.1 que *«Teniendo en cuenta la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del tratamiento así como los riesgos de diversa probabilidad y gravedad para los derechos y libertades de las personas físicas, el responsable del tratamiento aplicará medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento es conforme con el presente Reglamento. Dichas medidas se revisarán y actualizarán cuando sea necesario»*. Este mismo modelo se plasma en el artículo 28.1 de la LOPDGGDD, aunque, partiendo de las dificultades de su implantación en nuestro derecho, enumera a continuación en el artículo 28.2 algunos elementos que podrán ser tenidos en cuenta para llevar a cabo esa valoración del riesgo²¹.

²¹ Así, se hace referencia a los supuestos en que el tratamiento pudiera generar situaciones de discriminación, usurpación de identidad o fraude, pérdidas financieras, daño para la reputación, pérdida de confidencialidad de datos sujetos al secreto profesional, reversión no autorizada de la seudonimización o cualquier otro perjuicio económico, moral o social significativo para los afectados o pudiese privar a los afectados de sus derechos y libertades o pudiera impedirles el ejercicio del control sobre sus datos personales, se produjese el tratamiento no meramente incidental o accesorio de las categorías especiales de datos, el tratamiento implicase una evaluación de aspectos personales de los afectados con el fin de crear o utilizar perfiles personales de los mismos, en particular mediante el análisis o la predicción de aspectos referidos a su rendimiento en el trabajo, su situación económica, su salud, sus

El RGPD se limita a poner de manifiesto cuáles deberían ser las medidas que los responsables y encargados de los tratamientos deberían adoptar a fin de garantizar el cumplimiento de las normas de protección de datos, entre las que se encontrarán algunas completamente novedosas en el derecho interno, tales como la creación de un registro de actividades de tratamiento, que reemplaza la obligación de notificación de los ficheros a las autoridades de protección de datos, la aplicación de los principios de *privacidad desde el diseño o privacidad por defecto*, la realización de evaluaciones de impacto en la protección de datos personales o la designación, obligatoria en muchos casos de un Delegado de protección de datos, al que se le encomiendan funciones de asesoramiento y supervisión de las actividades de tratamiento llevadas a cabo por los responsables y encargados, actuando como una suerte de órgano director de cumplimiento normativo en esta materia²².

Sabedor de lo novedoso de este modelo, el legislador español ha tratado de sistematizar algunas de estas medidas, especialmente en lo referente a los supuestos de responsabilidad del tratamiento, el registro de actividades de tratamiento, que en cierto modo se asemeja en su contenido al que debía ser objeto de notificación ante la AEPD o, sobre todo, en la figura del delegado de protección de datos, enumerando de forma no exhaustiva los supuestos en que debería procederse a su designación, estableciendo con mayor detalle sus funciones y su posición en la organización y previendo un estatuto jurídico de dicha figura.

Sin embargo, la materia en la que resulta más significativo el cambio producido por la reforma del marco normativo de la protección de datos personales es en la determinación de las medidas de seguridad que deberán adoptarse sobre los tratamientos de datos personales. En el modelo anterior, dichas medidas se especificaban claramente en las propias normas de protección de datos (título VIII del Reglamento de Desarrollo de la LOPD), teniendo en cuenta determinados aspectos del tratamiento, tales como su naturaleza o la tipología de los datos sometidos al mismo. En el nuevo modelo, el legislador nacional no puede reemplazar, tal y como se ha visto, la actividad que ha de desarrollar el propio operador. De este modo, será éste quien determine, a partir del análisis del riesgo generado por el tratamiento, las medidas que deberán ser adoptadas, no siendo posible establecer un esquema rígido, sino a lo sumo, algunas pautas específicas, por parte de las autoridades de protección de datos, bien en el ejercicio de sus propias competencias, bien mediante la adopción de dictámenes en el seno del Comité Europeo de Protección de Datos, al que pertenecerán todas ellas.

preferencias o intereses personales, su fiabilidad o comportamiento, su solvencia financiera, su localización o sus movimientos, se lleve a cabo el tratamiento de datos de grupos de afectados en situación de especial vulnerabilidad y, en particular, de menores de edad y personas con discapacidad, se produzca un tratamiento masivo que implique a un gran número de afectados o conlleve la recogida de una gran cantidad de datos personales, los datos personales fuesen a ser objeto de transferencia, con carácter habitual, a terceros Estados u organizaciones internacionales respecto de los que no se hubiese declarado un nivel adecuado de protección o «Cualesquiera otros que a juicio del responsable o del encargado pudieran tener relevancia y en particular aquellos previstos en códigos de conducta y estándares definidos por esquemas de certificación».

²² En este sentido, puede considerarse que las normas de protección de datos toman como modelo las establecidas en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, fundamentalmente a partir de la aprobación de la Tercera Directiva en dicha materia, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, siendo el Delegado de Protección de Datos un puesto similar *mutatis mutandi* al de los órganos de control interno desarrollados por las normas europeas de prevención y regulados por el artículo 26 ter de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

A este nuevo modelo de cumplimiento, tradicionalmente denominado de *responsabilidad activa*, se corresponde igualmente un nuevo modelo de supervisión de las actividades sometidas a la normativa de protección de datos por las denominadas autoridades de control, evolucionándose así desde el modelo tradicional de supervisión a otro que podría denominarse, en correlación con el modelo de cumplimiento, de *supervisión activa*, más caracterizado por conocer las razones últimas de un determinado incumplimiento o vulneración del derecho que por ejercer las potestades tradicionales de policía atribuidas a los poderes públicos.

De este modo, el RGPD, tras detallar un catálogo sumamente amplio de funciones y potestades de las autoridades de control en sus artículos 57 y 58, toma especialmente en cuenta su papel de vigilantes del cumplimiento respetuoso de los principios de protección de datos y de las obligaciones de responsabilidad activa, lo que se plasma en un régimen sancionador que resulta a la vez extremadamente más severo y al propio tiempo mucho más liviano que el establecido en las normas nacionales que trasponían la normativa anterior. En efecto, se evoluciona de un modelo en que se exige a los Estados Miembros la imposición de sanciones disuasorias en caso de incumplimiento de las normas de trasposición a otro en que la reacción de la autoridad de control, que con las salvedades establecidas para Estonia y Dinamarca en el considerando 151 deberá tener potestad sancionadora, podrá variar desde la mera advertencia, el apercibimiento o el cumplimiento de una orden concreta hasta la imposición de sanciones que alcancen los 20 millones de euros o «una cuantía equivalente al 4 % como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior, optándose por la de mayor cuantía».

El propio RGPD, sin embargo, pone de manifiesto que la aplicación de estas potestades sancionadoras deberá operar como *ultima ratio*, debiendo su actuación, por una parte, ser esencialmente preventiva, tratando de anticiparse a los posibles problemas que pudieran generarse en la aplicación de la norma y, en segundo lugar, centrarse en el análisis específico de la situación producida.

A este respecto, resulta sumamente clarificador el considerando 131, cuando señala que «en casos en los que otra autoridad de control deba actuar como autoridad de control principal para las actividades de tratamiento del responsable o del encargado pero el objeto concreto de una reclamación o la posible infracción afecta únicamente a las actividades de tratamiento del responsable o del encargado en el Estado miembro en el que se haya presentado la reclamación o detectado la posible infracción y el asunto no afecta sustancialmente ni es probable que afecte sustancialmente a interesados de otros Estados miembros, la autoridad de control que reciba una reclamación o que detecte situaciones que conlleven posibles infracciones del presente Reglamento o reciba de otra manera información sobre estas debe tratar de llegar a un arreglo amistoso con el responsable del tratamiento y, si no prospera, ejercer todos sus poderes».

De este modo, las autoridades deberán, por una parte, conocer con detalle las circunstancias del caso para posteriormente tratar de llegar a un *arreglo amistoso* con el responsable, que igualmente beneficie al afectado cuyo derecho se ha visto vulnerado y, sólo en caso de que ello no sea posible, ejercer sus potestades coercitivas sobre dicho responsable.

Así, de forma gráfica, se supera el modelo en que *el incumplimiento «x» conlleva la sanción «y»*, evolucionándose a otro en que habrá que conocer las circunstancias que rodean al incumplimiento, de forma que si ha sido eventual o accidental y el responsable está en condiciones de acreditar el cumplimiento de las normas es posible que no haya sanción alguna, lográndose el *arreglo amistoso*, mientras que un incumplimiento singu-

lar de la misma naturaleza que revele un profundo incumplimiento de las normas de protección de datos podrá conducir a la imposición de una sanción que multiplique la que se hubiera impuesto por la misma infracción en el modelo anterior.

El legislador español tiene particularmente en cuenta este nuevo modelo de supervisión al regular el procedimiento en caso de reclamación ante la Agencia Española de Protección de datos que, como se ha dicho, no se somete a lo dispuesto en la LPAC por los motivos que veremos inmediatamente, estableciendo una primera fase del procedimiento para determinar la admisión a trámite de la reclamación, dentro de la cual se podrán alcanzar una terminación del procedimiento que determine el no ejercicio por la autoridad de sus competencias sancionadoras, dejando siempre indemne como *conditio sine qua non* la reparación del derecho de quien lleva a cabo la reclamación cuando ésta se refiera a sus datos personales.

Así, el artículo 65.3 de la LOPDGDD prevé en primer lugar la posibilidad de inadmisión del procedimiento, con una mera advertencia al responsable o encargado del tratamiento, siempre que éste *«hubiera adoptado las medidas correctivas encaminadas a poner fin al posible incumplimiento de la legislación de protección de datos»* y conste *«que no se haya causado perjuicio al afectado en el caso de las infracciones cualificadas como leves»* o *«que el derecho del afectado quede plenamente garantizado mediante la aplicación de las medidas»*.

Pero incluso en supuestos que no encajasen en el artículo 65.3, el siguiente artículo 65.4 establece una suerte de mecanismo de mediación tendente a evitar el ejercicio de las potestades coercitivas, pudiendo esa *mediación* llevarse a cabo por la propia entidad contra la que se dirige la reclamación, directamente o con la intervención del delegado de protección de datos, o por una tercera entidad encargada de la resolución extrajudicial de controversias a cuya actividad se hubiera sometido el responsable o encargado a través de mecanismos de autorregulación.

Así, dispone el citado precepto que *«antes de resolver sobre la admisión a trámite de la reclamación, la Agencia Española de Protección de Datos podrá remitir la misma al delegado de protección de datos que hubiera, en su caso, designado el responsable o encargado del tratamiento o al organismo de supervisión establecido para la aplicación de los códigos de conducta a los efectos previstos en los artículos 37 y 38.2 de esta ley orgánica»*, añadiendo que *«la Agencia Española de Protección de Datos podrá igualmente remitir la reclamación al responsable o encargado del tratamiento cuando no se hubiera designado un delegado de protección de datos ni estuviera adherido a mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos, en cuyo caso el responsable o encargado deberá dar respuesta a la reclamación en el plazo de un mes»*.

De este modo, se fomenta la creación de sistemas de mediación, tanto dentro como fuera de la organización de los operadores, ante los que *«cuando el responsable o el encargado del tratamiento hubieran designado un delegado de protección de datos el afectado podrá, con carácter previo a la presentación de una reclamación contra aquéllos ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, ante las autoridades autonómicas de protección de datos, dirigirse al delegado de protección de datos de la entidad contra la que se reclame»*.

Asimismo, el artículo 38.2, al regular los sistemas de autorregulación mediante la adopción de códigos de conducta, establece que los mismos *«podrán ser promovidos por los organismos o entidades que asuman las funciones de supervisión y resolución extrajudicial de conflictos a los que se refiere el artículo 41 del Reglamento (UE) 2016/679»*, exigiendo que *«los responsables o encargados del tratamiento que se adhieran al código de conduc-*

ta se obligan a someter al organismo o entidad de supervisión las reclamaciones que les fueran formuladas por los afectados en relación con los tratamientos de datos incluidos en su ámbito de aplicación en caso de considerar que no procede atender a lo solicitado en la reclamación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 37 de esta ley orgánica. Además, sin menoscabo de las competencias atribuidas por el Reglamento (UE) 2016/679 a las autoridades de protección de datos, podrán voluntariamente y antes de llevar a cabo el tratamiento, someter al citado organismo o entidad de supervisión la verificación de la conformidad del mismo con las materias sujetas al código de conducta». Así, se configura la actuación de la autoridad de control como una suerte de segunda instancia, al concluir el precepto que «en caso de que el organismo o entidad de supervisión rechace o desestime la reclamación, o si el responsable o encargado del tratamiento no somete la reclamación a su decisión, el afectado podrá formularla ante la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, las autoridades autonómicas de protección de datos».

Como puede observarse, el sistema normativo de protección de datos establece una serie de mecanismos de mediación extraños a los principios generales del derecho administrativo sancionador, a fin de garantizar la rápida satisfacción del derecho, pudiendo incluso estos sistemas reconocer la existencia de las responsabilidades civiles que pudieran corresponder como consecuencia del tratamiento.

6. LA PROBLEMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO, LA ACTUACIÓN CONJUNTA DE LAS AUTORIDADES EUROPEAS Y LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE SU ACTUACIÓN

Como se ha indicado, uno de los motores esenciales de la reforma operada por el RGPD es el de establecer un mecanismo que armonice en su totalidad las normas de protección de datos personales en el ámbito de la Unión Europea, superando las discrepancias existentes entre los distintos Estados miembros no sólo en cuanto a la regulación de su régimen sustantivo, sino en cuanto a las medidas que deben adoptarse como reacción en caso de vulneración del derecho fundamental.

El logro del primer objetivo resulta relativamente sencillo al adoptar el legislador de la Unión por el Reglamento y no por la Directiva como instrumento normativo para la regulación del derecho fundamental, pese a las ya referidas especialidades que el recurso a una norma de esta naturaleza presenta en este caso y las específicas delegaciones al derecho interno de los Estados a fin de completar la regulación.

La segunda, sin embargo, resulta más compleja, teniendo en cuenta las especialidades que los distintos sistemas normativos de los Estados miembros establecen para garantizar la plena aplicación de la norma. Al propio tiempo, esta complejidad viene igualmente motivada por el hecho de que, en el marco de una sociedad de la información caracterizada por su elemento globalizador, la actuación de un operador puede afectar por igual a sujetos amparados por el manto protector de las autoridades de todos y cada uno de los Estados miembros, pudiendo éstas dar soluciones diametralmente distintas a un mismo supuesto de hecho²³.

²³ En relación con este punto, José LÓPEZ CALVO (*op. cit.*, pág 70) ilustra esta disparidad al describir las distintas reacciones producidas en os Estados Miembros en dos supuestos concretos: la reacción ante las modificaciones de la política de privacidad de Google, introducidas en 2012 y la detección de la grabación por los vehículos utilizados para la puesta en funcionamiento de la aplicación Google Street View de los datos accesibles a través de las redes wi-fi abiertas que podían encontrarse en su recorrido. En ambos casos, la reacción de las distintas autoridades de protección de datos osciló entre una mera recomendación y multas del entorno del millón de euros.

En este sentido, recuerda el considerando 116 del RGPD que «cuando los datos personales circulan a través de las fronteras hacia el exterior de la Unión se puede poner en mayor riesgo la capacidad de las personas físicas para ejercer los derechos de protección de datos, en particular con el fin de protegerse contra la utilización o comunicación ilícitas de dicha información. Al mismo tiempo, es posible que las autoridades de control se vean en la imposibilidad de tramitar reclamaciones o realizar investigaciones relativas a actividades desarrolladas fuera de sus fronteras. Sus esfuerzos por colaborar en el contexto transfronterizo también pueden verse obstaculizados por poderes preventivos o correctivos insuficientes, regímenes jurídicos incoherentes y obstáculos prácticos, como la escasez de recursos. Por consiguiente, es necesario fomentar una cooperación más estrecha entre las autoridades de control encargadas de la protección de datos para ayudarlas a intercambiar información y a llevar a cabo investigaciones con sus homólogos internacionales»²⁴.

El RGPD trata de dar solución a este problema a través de dos medidas esenciales: por un lado, estableciendo la propia norma el régimen sancionador en materia de protección de datos; por otro, regulando un mecanismo de coherencia que, como señala Irurzun²⁵, pretende eliminar la posible actuación simultánea de varias autoridades de control a través de la diferenciación entre la autoridad principal y las autoridades de control interesadas, atribuyendo sólo a la primera de ellas la tramitación del procedimiento, aunque con una intervención decisiva de las restantes autoridades, de forma que la decisión pueda finalmente adoptarse por una instancia diferente a la citada autoridad principal: el Comité Europeo de Protección de Datos.

La interacción de estas medidas, de aplicación directa, con el derecho español plantea, sin embargo, no pocos problemas que deben ser resueltos por la Ley nacional, dado que sin la intervención de ésta, podría producirse una colisión con los principios que rigen el derecho sancionador y el procedimiento administrativo, en general, y el sancionador en particular.

En efecto, en cuanto al régimen sancionador, el artículo 83 del RGPD se limita a establecer una categorización genérica de conductas típicas, que prácticamente se limita a considerar infracción cualquier vulneración de sus disposiciones, estableciendo simplemente una clasificación de las sanciones, que además compartirán el mismo límite inferior de cero euros. No cabe encontrar en el RGPD ni una definición de las conductas típicas, más allá de las genéricamente mencionadas, ni menos aún la plasmación de principios fundamentales de nuestro derecho sancionador, como el principio de prescripción, toda vez que el legislador europeo considera la prescripción una cuestión meramente formal que habrá de ser resuelta conforme al derecho de los Estados miembros²⁶.

²⁴ Sobre la relevancia de este considerando y de la creación de mecanismos de cooperación en la propuesta de RGPD, véase Artemi RALLO LOMBARTE, Rosario GARCÍA MAHAMUT y Jorge VIGURI CORDERO «Cooperación y coordinación entre autoridades de protección de datos», en *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2015, págs. 757 y ss.

²⁵ Fernando IRURZUN MONTORO, «Cooperación y coherencia entre autoridades de control», en *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Ed. Reus, Madrid 2016 (págs. 515 y ss.).

²⁶ La inexistencia de un régimen europeo de la prescripción puede dar al traste con la armonización pretendida por el Reglamento, al no haber sido considerada una cuestión sustantiva, sino meramente formal. En efecto, si los plazos de prescripción de una misma conducta infractora difieren entre los distintos Estados, podría darse el caso de que una misma actividad sea constitutiva de infracción y susceptible de ser perseguida en unos, cuando no haya prescrito, no siéndolo en otros, precisamente como consecuencia de su prescripción.

El legislador español trata de solventar las lagunas dejadas por el régimen sancionador del RGPD, a fin de garantizar el respeto a los principios del derecho sancionador en nuestro ordenamiento, lo que genera una regulación que resulta extraña a los regímenes sancionadores que se establecen en otras normas, dado que deben conciliarse los principios del derecho interno con el hecho de que el RGPD constituye una norma dotada de efecto directo, cuyo contenido no puede ser alterado por los Estados miembros.

Así, la exposición de motivos de la LOPDGDD recuerda que «*la ley orgánica procede a describir las conductas típicas, estableciendo la distinción entre infracciones muy graves, graves y leves, tomando en consideración la diferenciación que el Reglamento general de protección de datos establece al fijar la cuantía de las sanciones*». No obstante, como se ha dicho, el RGPD tiene la vocación de establecer, pese a su generalidad, una tipificación completa de los supuestos típicos. Por ello, añade inmediatamente después la citada exposición de motivos que «*la categorización de las infracciones se introduce a los solos efectos de determinar los plazos de prescripción, teniendo la descripción de las conductas típicas como único objeto la enumeración de manera ejemplificativa de algunos de los actos sancionables que deben entenderse incluidos dentro de los tipos generales establecidos en la norma europea*».

De este modo, nos encontramos con una norma interna completamente extraña a la tradición jurídica española, que se limita, en sus artículos 72 a 74, a enumerar, a título meramente ejemplificativo (al incorporarse la expresión «*en particular*»), conductas infractoras no constitutivas sino *consideradas* muy graves, graves y leves, vinculando además, de forma inmediata, la descripción con el plazo de prescripción de dichas conductas.

Algo similar sucede en relación con las normas reguladoras del procedimiento, dado que el RGPD establece un régimen sumamente complejo, que exige, en primer lugar, analizar el carácter nacional o transfronterizo del tratamiento llevado a cabo, con arreglo a la definición establecida en su artículo 4.23, diferenciando a su vez, en el primero de los supuestos, si el tratamiento tiene o no relevancia local en España o se lleva a cabo de forma similar en toda la Unión, conforme a las previsiones de los apartados 2 a 4 del artículo 56.

Una vez delimitado el carácter del tratamiento deberá determinarse, con arreglo a los criterios del RGPD, siempre que nos encontremos ante un tratamiento transfronterizo, tenga o no relevancia exclusivamente local, cuál es la autoridad del establecimiento principal en Europa del encartado, que se encargará de coordinar el procedimiento cuando el efecto sea similar en toda la Unión o cuando decida retener su competencia en caso de tratamientos con relevancia local en España llevados a cabo por entidades sometidas a otra autoridad principal.

Fijada la autoridad principal, el artículo 60 del RGPD establece un procedimiento coordinado con intervención de la autoridad principal y las restantes autoridades interesadas, que podrán oponer a las decisiones de la autoridad principal lo que el RGPD denomina *objeciones pertinentes motivadas* para finalmente, en caso de no existir una decisión común, someter la cuestión al Comité Europeo de Protección de Datos, que tomará en ese caso la decisión final sobre la cuestión.

Además, según cual sea la decisión que finalmente se adopte, y a fin de que la misma pueda ser recurrida ante los órganos judiciales de la jurisdicción del perjudicado por la misma, la resolución final del procedimiento puede ser dictada por la autoridad de la entidad que trata los datos personales (en caso de estimarse la reclamación), la del reclamante (si la misma se desestima) o parcialmente por ambas (en caso de estimarse

sólo en parte la reclamación). De este modo, es posible que la resolución del procedimiento deba ser dictada por un órgano distinto del que ha tramitado el procedimiento, sobre la mera base de que fue el órgano ante el que se presentó la reclamación.

De lo que acaba de indicarse se desprende la posible existencia de hasta siete procedimientos distintos²⁷ que, además, no encajan en el procedimiento común establecido por la LPAC, siendo necesario que el legislador español establezca una normativa completa reguladora del procedimiento en los supuestos en que deba intervenir la autoridad española, la AEPD.

Se establecen así unas normas procedimentales en las que la aplicación de la LPAC no es supletoria, sino meramente *subsidiaria*, recogándose además trámites que no aparecen regulados en ninguna otra norma procedimental en nuestro derecho, tales como, entre otros, la admisión a trámite de la reclamación o denuncia o el archivo provisional del procedimiento en caso de reclamaciones planteadas ante la AEPD y que deban ser resueltas por la autoridad de otro Estado, ante la eventualidad de que en caso de no apreciarse indicios de infracción, deba ser la autoridad española la que reabra el procedimiento y dicte resolución.

La última cuestión que plantea el modelo que se ha descrito es la que respecta al papel de los órganos jurisdiccionales españoles en la interpretación de las normas de protección de datos y la revisión de las decisiones de las autoridades españolas, fundamental, pero no exclusivamente, en caso de que sean aplicables las normas reguladoras de los procedimientos transfronterizos. A tal efecto resulta esencial lo indicado en el considerando 143 del RGPD que, no obstante, por su tenor y sus posibles consecuencias, resulta de una enorme complejidad.

En efecto, el segundo inciso del párrafo primero de dicho considerando parte del carácter revisor de los órganos judiciales respecto de la actividad de las autoridades de protección de datos, al señalar que *«sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 263 del TFUE, toda persona física o jurídica debe tener derecho a la tutela judicial efectiva ante el tribunal nacional competente contra las decisiones de una autoridad de control que produzcan efectos jurídicos que le afecten»*. Y añade posteriormente que *«las acciones contra una autoridad de control deben ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que esté establecida y tramitarse con arreglo al Derecho procesal de dicho Estado miembro. Dichos tribunales deben tener plena jurisdicción, incluida la competencia para examinar todos los elementos de hecho y de Derecho relativos a la causa de la que conozcan»*.

No obstante, ya se ha dicho, las decisiones adoptadas por una autoridad de control pueden traer su causa de lo resuelto por otra autoridad de otro Estado miembro o por el propio Comité Europeo de Protección de Datos, cuya actuación, como organismo de la Unión, es fiscalizado por el Tribunal de Justicia. Así lo recuerda el primer inciso del párrafo primero del citado considerando 143, recordando que *«toda persona física o jurídica tiene derecho a interponer ante el Tribunal de Justicia recurso de anulación de decisiones del Comité, en las condiciones establecidas en el artículo 263 del TFUE»*. Esta vía de recurso podrá corresponder, conforme indica el considerando a las propias autoridades cuyo criterio no sea tenido en cuenta en la decisión final, al responsable en caso de que

²⁷ Resulta imposible en un estudio de estas características describir con detalle estos distintos procedimientos. Para una mayor comprensión sobre los mismos y su alcance cabe remitirse al informe emitido por la AEPD al Anteproyecto de Ley, accesible en la página web de la misma, cuyos apartados XXVII y siguientes detallan las especialidades del régimen sancionador del Reglamento y su difícil encaje en el derecho administrativo español.

se adopte una resolución sancionadora o limitativa de sus derechos o al reclamante en caso de desestimación de su reclamación.

El problema se plantea en los supuestos en los que la decisión de la autoridad nacional provenga de la aplicación del procedimiento coordinado o de una decisión del Comité Europeo. En estos supuestos, el párrafo segundo del considerando 143 recuerda, en primer lugar, la facultad de los órganos jurisdiccionales de plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, al indicar que *«en el contexto de las acciones judiciales relacionadas con la aplicación del presente Reglamento, los tribunales nacionales que estimen necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo pueden, o en el caso establecido en el artículo 267 del TFUE, deben solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión, incluido el presente Reglamento»*.

Pero el Reglamento va más allá, por cuanto si la resolución de la autoridad nacional proviene a su vez de una decisión del Comité Europeo de Protección de datos, los órganos jurisdiccionales nacionales carecen de capacidad para resolver por sí mismos, dado que si *«se cuestiona la validez de la decisión del Comité, dicho tribunal nacional no es competente para declarar inválida la decisión del Comité, sino que, si la considera inválida, tiene que remitir la cuestión de la validez al Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 267 del TFUE, según la interpretación de este»*, pudiendo además inadmitir a limine el recurso en caso de que *«habiendo tenido la oportunidad de interponer recurso de anulación de dicha decisión, en particular si dicha decisión la afectaba directa e individualmente, no lo hizo en el plazo establecido en el artículo 263 del TFUE»*.

Ciertamente, este considerando establece las pautas de revisión en el caso de procedimientos transfronterizos, en que el papel del tribunal nacional parece quedar limitado a la desestimación del recurso o al planteamiento de la cuestión prejudicial para posteriormente actuar en consecuencia. Sin embargo, de su contenido se deduce obviamente que será la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión la que resultará, en definitiva, aplicable en esta materia. De esta forma, incluso en caso de que la resolución de la autoridad de control no se refiera a un tratamiento transfronterizo, la misma deberá resultar ajustada a la jurisprudencia del Tribunal. Y ello plantea nuevamente cuál habrá de ser la intervención del órgano judicial nacional en caso de que la decisión de la autoridad nacional no encaje con la citada doctrina, lo que en principio debería abocar nuevamente al planteamiento, incluso en estos supuestos, de una cuestión prejudicial, a fin de garantizar la aplicación uniforme de las normas de protección de datos, incluso en relación con responsables o encargados no sometidos más que a la supervisión de una sola autoridad de control.

Todo ello plantea, en definitiva, cuál será el papel de los órganos jurisdiccionales nacionales en la revisión de los actos de las autoridades de control que apliquen el RGPD, pudiendo incluso plantearse si el especial régimen que el mismo instaura no implica una renuncia *de facto* a la jurisdicción de los tribunales nacionales.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos, Editores Artemi RALLO LOMBARTE y Rosario GARCÍA MAHAMUT, Editorial. Tirant lo Blanc, Valencia 2015.

Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad, Director José Luis PIÑAR MAÑAS, Coordinadores María ÁLVAREZ CARO y Miguel RECIO GAYO, Editorial Reus, Madrid 2016.

Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos, José LÓPEZ CALVO, Editorial SEPIN, Madrid 2017.

La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGDD, Coordinador José LÓPEZ CALVO, Editorial Wolters Kluwer, Madrid 2019.

Tratado de Protección de Datos, Coordinador Artemi RALLO LOMBARTE, Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2019 (en preparación).

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, NORMATIVA EUROPEA Y LA ADECUACIÓN A LAS EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA LEY DE TRANSPARENCIA

Zaida Isabel Fernández Toro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—3. PRINCIPALES CONCEPTOS. 3.1. Dato de carácter personal. 3.2. Tratamiento de datos de carácter personal. 3.3. Responsable y encargado del tratamiento de datos de carácter personal. 3.4. Seudonimización y anonimización. 3.5. Tratamiento transfronterizo.—4. ANÁLISIS DEL REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016. 4.1. Estructura y novedades. 4.2. Objeto y ámbito de aplicación. 4.3. Principios. 4.4. Derechos del interesado. 4.5. Responsable, encargado y delegado de protección de datos. 4.6. Autoridad de control independiente. Agencia Española de Protección de Datos. 4.7. Procedimiento en caso de vulneración de la normativa de protección de datos y régimen sancionador.—5. TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El derecho, en su tarea de dar respuesta a las constantes transformaciones y solventar pacíficamente las controversias que la sociedad va experimentando, ha ido ampliando su base y sus contenidos, dando lugar a nuevas realidades e instituciones. Ejemplo de esta evolución y adaptación es el objeto de análisis del capítulo que nos ocupa, manifestación que por algunos autores ha sido colocada en el ámbito de los nuevos derechos fundamentales o «derechos de última generación».

La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales, es, efectivamente, un derecho fundamental. El derecho a la protección de los datos personales, como cualquier otro, no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. Son muchos los derechos y libertades que en su ejercicio, se interrelacionan, de modo, que en el derecho a la protección de los datos personales tendremos en cuenta, entre otros, el respeto de la vida privada y familiar, protección del domicilio y de las comunicaciones, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, la libertad de expresión y de información, la libertad de empresa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo así como la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

No puede negarse la originaria vinculación entre protección de datos de carácter personal y la informática, y así queda reflejado en el artículo 18.4 de la Constitución Española: «La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». En similar dirección se pronunciaba la disposición transitoria primera 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, derogada por la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, primera ley en España que se encargó de regular esta materia, que vuelve a poner de manifiesto el vínculo

entre la protección de los datos de carácter personal, intimidad personal familiar y los riesgos derivados, para ambos, del empleo de los recursos informáticos. Esta conexión, al menos normativa, pronto se advirtió insuficiente para dar protección a determinados datos y tratamiento de los mismos que quedaban desprovistos de tutela. Fue la Directiva 95/1946 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos mismos datos, la que materializó la ruptura de dicha conexión o vínculo, al incluir, dentro de su ámbito de aplicación, el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como el tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero. En el derecho interno español, la norma de referencia es la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que no limita su contenido al tratamiento automatizado de los datos, es decir, al uso de la informática, sino a cualquier clase de tratamiento.

A pesar de la referida emancipación de la protección de datos de carácter personal, es innegable, y así lo afirmó Tim Beneres-Lee, uno de los padres de Internet, que los datos serían «*la nueva materia prima del siglo XXI*». La vida digital ha implicado cambios en nuestras relaciones personales, intercambios económicos, en la actividad política y, en general, en todos los aspectos de las relaciones humanas y que ha implicado, en definitiva, el acceso permanente a un volumen infinito de información y a una capacidad de comunicación sin precedentes. Resulta destacable, que en el informe sobre riesgos globales del Foro Económico Mundial de 2018, el fraude o robo de datos personales aparezca como uno de los cinco primeros riesgos del mundo contemporáneo. La protección de los datos personales, frente a un uso ilegítimo de los mismos, se configura, como una de las prioridades en el terreno de las libertades públicas, y así lo anticipó la Constitución Española de 1978 en su artículo 18.4 ya referenciado, cuyo desarrollo correspondió al legislador orgánico.

Al legislador se le plantean, en esta tarea, grandes retos, como son la integración económica y social, que ha llevado a un aumento sustancial de los flujos transfronterizos de datos personales, la rápida evolución tecnológica y la globalización; el aumento significativo y magnitud de la recogida e intercambio de datos personales. La tecnología permite que las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar actividades y las personas físicas difunden un volumen, cada vez mayor, de información personal a escala mundial. En definitiva, la tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, así como se ha incrementado la necesidad de facilitar, aún más, la libre circulación de datos personales no solo dentro de la Unión Europea, sino también su transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, todo ello sin que se deje de garantizar, al mismo tiempo, un elevado nivel de protección de los datos personales. Ante este nuevo contexto, es necesario un nuevo objetivo: dotar un marco jurídico más sólido y más coherente para la protección de datos que, por un lado, eleve el nivel de confianza que permita a la economía digital desarrollarse en el mercado interior y en el mercado global, y por otro, que permita a las personas físicas tener el control de sus propios datos personales; en definitiva, reforzar la seguridad jurídica y práctica, para las personas físicas, operadores económicos y las autoridades públicas.

Esta última afirmación, nos lleva, necesariamente, a configurar, como veremos, un mapa jurídico complejo, destacando, como prueba de esa imperiosa armonización y coherencia en el ámbito de los países que integran la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo a la protección

de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de Protección de datos, «RGPD») y que constituye el eje central del presente artículo. Este reglamento, que entró en vigor el 25 de mayo de 2018, ha supuesto la primera manifestación de desarrollo de la protección de este derecho fundamental por una norma europea. Se ha hecho necesaria una armonización de sensibilidades, tradiciones jurídicas y procedimientos en materia de protección de datos personales en la Unión Europea, sin perjuicio del respeto a ciertos ámbitos de decisión que se mantienen reservados a los Estados Miembros, y precisamente para responder a esas reservas (el reglamento contempla cerca de 60 remisiones al derecho interno de los Estados miembros, y así lo refleja el Consejo de Estado en su dictamen 757/2017 de 26 de octubre), se ha producido la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que entró en vigor el 7 de diciembre de 2018.

El derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad, con el que comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada, personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste, en su mayor parte, en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la ley (Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000). El derecho fundamental a la protección de datos, persigue garantizar, a las personas, un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho afectado. Se trata del poder de resguardar la vida privada de una publicidad no querida. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas medidas de control, así como el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información, si bien, el poder de disposición sobre los propios datos personales de nada vale, y así lo entiende el Tribunal Constitucional, si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quienes los poseen y con qué fin.

Para concluir, el objeto de la tutela del derecho fundamental a la protección de datos, no sólo se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no, cuyo conocimiento y empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal; los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona.

2. REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Actualmente podemos afirmar la existencia de un marco jurídico complejo en materia de protección de datos que implica abordar no solo normativa nacional sino también europea.

La primera ley promulgada en este ámbito, fue la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal. Sin embargo, pronto se advirtió que los archivos informáticos no son los únicos capaces de afectar la privacidad de las personas y a su intimidad como derecho constitucional autónomo. Por ello dicha Ley Orgánica 5/1992 fue derogada y sustituida por la Ley Or-

gánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que contiene una regulación más amplia y protectora que su antecesora.

Hecha esta breve referencia, nos remitimos a las normas esenciales que conforman el contexto jurídico de la protección de datos:

- **Constitución Española** (arts. 10.1 y 18.4) y arts. 8.1 de la Carta de Derechos de la Unión Europea y 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
 - Art. 10.1 CE: *«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y la paz social».*
 - Art. 18.4 CE: *«La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».*
- **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE** (Reglamento General de Protección de Datos, en adelante RGPD).
- **Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.** El objeto de la ley orgánica es doble. Así, en primer lugar, pretende lograr la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, Reglamento General de Protección de Datos, y completar sus disposiciones. A su vez, establece que el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales, amparado por el artículo 18.4 de la Constitución, se ejercerá con arreglo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2016/679 y en esta ley orgánica. Las comunidades autónomas ostentan competencias de desarrollo normativo y ejecución del derecho fundamental a la protección de datos personales en su ámbito de actividad, y a las autoridades autonómicas de protección de datos que se creen, les corresponde contribuir a garantizar este derecho fundamental de la ciudadanía. En segundo lugar, es también objeto de la ley, garantizar los derechos digitales de la ciudadanía, al amparo de lo dispuesto en el artículo 18.4 de la Constitución.
- **Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal** (con matices).
- **Real Decreto Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos**, ya derogado, pero que dio una respuesta imprescindible y transitoria para la garantía del derecho fundamental, en tanto se aprobara la nueva ley orgánica. Se circunscribía a tres cuestiones concretas: inspección, régimen sancionador y procedimiento.

Para concluir, esta referencia normativa tiene que completarse, con una mención a la protección de datos en el ámbito sectorial, destacando:

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la Información y del comercio electrónico.
- Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (artículo 3 j).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

- Directiva 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, sobre el tratamiento de los datos personales con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de delitos.
 - Esta Directiva, junto al Reglamento UE 2016/679, integra lo que se conoce como el nuevo marco europeo de protección de datos; si bien la Directiva 2016/680 limita su incidencia en el ámbito policial y judicial.
 - Pretende asegurar que los datos de las víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos, se encuentren debidamente protegidos en el ámbito de una investigación criminal o de aplicación de la ley. A la vez, esta normativa armonizada facilitará la cooperación transfronteriza de la policía y los fiscales para combatir más eficazmente el crimen y el terrorismo en toda Europa.

Este complejo mosaico normativo, atiende a nuevas circunstancias, principalmente al aumento de los flujos transfronterizos de datos personales como consecuencia del funcionamiento del mercado interior, los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y la globalización, que ha hecho que, los datos personales, sean el recurso fundamental de la sociedad de la información. Si bien el RGPD pretende, con su eficacia directa, superar los obstáculos que impidieron la finalidad armonizadora de la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, no excluye toda intervención del Derecho interno, que se hace necesario para el desarrollo y complemento del mencionado Reglamento. En definitiva, sin perjuicio de que el RGPD se configura como el eje central normativo en materia de protección de datos de carácter personal, la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y así lo contempla su exposición de motivos, se configura como una manifestación del necesario desarrollo y complemento del Derecho de la Unión Europea.

3. PRINCIPALES CONCEPTOS

3.1. Dato de carácter personal

Toda información sobre una persona física identificada o identificable («el afectado»).

Se considera persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, o varios elementos propios de la identidad física, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.

Las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea, facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet, identificadores de sesión en forma de cookies u otros identificadores como etiquetas de radiofrecuencia. Esto puede dejar huellas que, en particular, al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores pueden ser usados para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas.

3.2. Tratamiento de datos de carácter personal

Cualquier actividad en la que estén presentes datos de carácter personal constituirá un tratamiento de datos, ya se realice de manera manual o automatizada, total o parcial-

mente, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.

Se trata de una definición muy amplia, de manera que *casi cualquier operación que se haga con datos personales será considerada como tratamiento*. Y puede ser un tratamiento «total o parcialmente automatizado de datos personales». El hecho de que sea un concepto amplio se debe a la intención del legislador de establecer un alcance lo más amplio posible para proteger a la persona física cuyos datos personales son objeto de tratamiento.

3.3. Responsable y encargado del tratamiento de datos de carácter personal

El responsable del tratamiento o responsable, es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros determine los fines y medios del tratamiento.

El encargado del tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos por cuenta del responsable del tratamiento.

3.4. Seudonimización y anonimización

La **seudonimización** consiste en generalizar a un grupo de individuos no permitiendo su identificación de manera directa. Este tipo de técnica es especialmente útil a la hora de llevar a cabo investigaciones científicas o estadísticas sin poner en riesgo o utilizar datos innecesarios para dicha finalidad como serían los personales. Los datos de carácter personal desvinculados de la persona no la harían identificable.

La principal garantía de esta técnica consiste en establecer la máxima seguridad para evitar o dificultar la **reidentificación**, siendo, ésta, lo más costosa posible. La seudonimización es por lo tanto un procedimiento **reversible**. No debemos olvidar que un dato seudonimizado sigue teniendo el carácter de dato personal. Es importante destacar la diferencia que existe con la **anonimización**, y que se configura como el procedimiento por el cual la reidentificación se vuelve imposible, sus elementos de identificación ya no están disponibles, y por tanto, dejan de ser considerados datos personales.

Estos conceptos de seudonimización y anonimización residen en la ciencia de la **criptografía**, ciencia que estudia cómo tratar un mensaje para que solo pueda ser descifrado por personas autorizadas. Sin entrar en detalles técnicos, diremos que esta ciencia se basa en **algoritmos matemáticos**, un conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.

El uso de datos de carácter personal de manera abierta en procesos como el Open Data, Big Data o la transparencia del sector público, exige un ejercicio constante de ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la protección de los datos personales. En este contexto surge la anonimización como una herramienta para mitigar los riesgos que presentan la obtención y tratamiento masivo de los datos de carácter personal, consistente en un proceso que permite identificar y ocultar la información sensible contenida en los documentos, permitiendo su divulgación sin que ello implique

vulnerar los derechos a la protección de datos de las personas y organizaciones que se puedan referenciar en los mismos. Por tanto, **cuando los datos pierden su condición de personal y dejan de estar vinculados a un titular concreto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos.**

- Resulta muy ilustrativo en este punto el Informe 0283/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos, en el que estableció que será suficiente la mera posibilidad, incluso remota, de que, mediante la utilización, con carácter previo, coetáneo o posterior de cualquier medio (proceso informático, programa, herramienta del sistema, etc.), la información concerniente a los titulares de los datos, pueda revelar la identidad de los mismos, para que quede plenamente sometida a la Ley Orgánica de Protección de Datos.

Las dos técnicas de anonimización más usadas son la **aleatorización**, consistente en modificar la veracidad de los datos a fin de eliminar el estrecho vínculo existente entre los mismos y la persona, y por otro lado, la **generalización** que trata de generalizar y diluir los atributos de los interesados modificando las respectivas escalas u órdenes de magnitud.

3.5. Tratamiento transfronterizo

Tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de establecimientos en más de un Estado miembro, si el responsable o encargado está establecido en más de un Estado miembro así como el tratamiento de datos personales realizado en el contexto de las actividades de un único establecimiento de un responsable o encargado pero que afecta sustancialmente o es probable que afecte sustancialmente a interesados en más de un Estado miembro.

4. ANALISIS DEL REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016

El Reglamento Europeo de Protección de Datos unifica y moderniza la normativa europea sobre protección de datos, permitiendo, a los ciudadanos, un mejor control de sus datos personales, y a las empresas, aprovechar al máximo las oportunidades de un mercado único digital, reduciendo la burocracia y beneficiándose de una mayor confianza de los consumidores.

Según su artículo 99, el Reglamento «entrará en vigor **a los veinte días** de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Sin embargo, solo **será aplicable «a partir del 25 de mayo de 2018».**

Como tal reglamento de la Unión y según establece su frase final, «será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro».

4.1. Estructura y novedades

Se trata de una norma muy extensa, que consta de 173 considerandos previos y 99 artículos, agrupados en once capítulos.

Entre las múltiples novedades, vamos a destacar las más relevantes en función del impacto que tendrá en las empresas, autoridades y ciudadanos.

- Se amplía la obligación respecto al deber de informar a los usuarios y clientes y se obliga a que el consentimiento del usuario deberá ser siempre explícito, bajo una declaración o acción afirmativa.
- En cuanto al **ámbito de aplicación**, se estipula que este reglamento afectará a los responsables que se dirijan y traten datos de ciudadanos europeos, independientemente del lugar donde radique su negocio. Esto quiere decir que el Reglamento es aplicable a aquellos responsables que no están en la Unión Europea, pero que ofrecen productos o servicios dentro de ella.
- La figura del delegado de Protección de Datos adquiere una importancia vital, siendo obligatorio para multitud de empresas, para encargarse de garantizar el cumplimiento, notificar las violaciones de seguridad y tramitar las autorizaciones que sean necesarias. Por tanto, designar a un DPO (Data Protection Officer) será imprescindible para los organismos públicos y para aquellas empresas que traten datos personales a gran escala. Esta figura podrá formar parte de la plantilla o ser un trabajador externo.
- Se exigirán evaluaciones de impacto, sobre todo en aquellos casos que se vayan a tratar datos sensibles, teniendo que hacer esta evaluación antes de poder iniciar el tratamiento de los datos personales.
- La privacidad desde el diseño se convierte en pieza clave para que las empresas responsables determinen, desde el primer momento, qué medidas de seguridad deberán aplicar para el tratamiento de los datos que van a realizar.
- Se exige a los responsables de los datos que cuando observen una violación de seguridad deberán ponerlo en conocimiento de la autoridad correspondiente. Esto quiere decir, que una empresa responsable deberá ser la encargada de acusarse, a sí misma, de que en su propia empresa se ha producido una brecha de seguridad. Desde luego, este punto será uno de los más polémicos.
- El régimen sancionador, se vuelve más severo, sobre todo para aquellas empresas que tenga mayor facturación, y que afectarán tanto a los responsables como a los encargados de protección de datos. Las multas podrán alcanzar hasta los 20 millones de euros o el 4% del volumen de negocios total anual del ejercicio financiero anterior.
- Inscripción de ficheros: se suprime la obligación de inscribir los ficheros de datos ante las autoridades nacionales de protección de datos. Cada responsable deberá llevar un registro interno de los tratamientos de datos que vaya realizando.
- Derechos ARCO: nos referimos a los clásicos derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Sigue siendo gratuito el ejercicio de dichos derechos por parte del interesado, sin embargo, como novedad, si la solicitud es manifiestamente excesiva, el responsable de los datos puede negarse a responder o cobrar un canon razonable en función de los costes administrativos afrontados para facilitar la información. Como novedad, destaca la incorporación del derecho de supresión, lo que comúnmente conocemos como derecho al olvido, que hasta el momento únicamente gozaba de reconocimiento jurisprudencial. Asimismo, se introduce la posibilidad de que los herederos puedan ejercer los derechos ARCO que correspondían a los fallecidos.

- Prueba del cumplimiento: Se exige al responsable que pueda acreditar, en cualquier momento, que todos y cada uno de los tratamientos de datos que ha tramitado ha cumplido con los requisitos legales establecidos. Ello implica, por tanto, un refuerzo de la prueba de ese cumplimiento. El Reglamento *cambia el tradicional enfoque reactivo por uno preventivo*, lo que implica que aquellos que tratan datos personales deben adoptar las medidas oportunas para estar en condiciones de demostrar que cumplen el marco normativo.

La Comisión Europea, antes del día 25 de mayo de 2020, presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la evaluación y revisión del presente Reglamento, informes que se harán públicos. Por otro lado, el artículo 98 encarga a la Comisión la labor de presentar, si procede, propuestas legislativas para modificar otros actos jurídicos de la Unión en materia de protección de datos personales a fin de garantizar la protección uniforme y coherente de las personas físicas en relación con el tratamiento.

4.2. Objeto y ámbito de aplicación

Según su artículo 1, el RGPD establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos, que no podrá ser restringida por motivos de protección de datos

Por otro lado, se aplicará, y así reza su artículo 2, *«al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, así como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero»*. Y no se aplicará, en particular:

- a. Al ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del derecho de la Unión.
- b. A la actividad de las autoridades con fines de prevención o investigación de delitos o de protección de la seguridad pública.
- c. A las actividades de los Estados miembros comprendidas en el ámbito de aplicación del capítulo 2 del título V del TUE.
- d. Ni al tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

Es importante resaltar que, conforme a su artículo 3, *«el presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no»*. Y, muy especialmente, según el número 2 del mismo artículo, el Reglamento se aplica también al tratamiento de datos personales de residentes en la Unión *«por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión»*. Es decir, se aplica, también, al tratamiento de datos fuera de la Unión, lo que amplía notablemente su ámbito de aplicación.

No obstante, se crea en este contexto el concepto de ventanilla única. Esto significa, que en caso de que el responsable o el encargado del tratamiento tengan múltiples establecimientos dentro de la Unión Europea, la autoridad supervisora del Estado miembro donde el responsable tenga su establecimiento principal, será la competente para super-

visar y hacer cumplir la normativa de protección de datos en toda la Unión Europea. Mediante la creación de esta Autoridad de Control se pretende, en definitiva, la reducción de burocracia y el consiguiente ahorro de recursos.

4.3. Principios

En el ámbito actual de la economía digital, los datos personales han adquirido una enorme relevancia económica, en particular en el área del Big Data. Ello tiene, además, directas consecuencias en el derecho a la privacidad de los ciudadanos. En consecuencia, el RGPD, ha dedicado su capítulo II a los principios que han de inspirar el marco jurídico de la protección de datos de carácter personal y que podemos sintetizar del modo que sigue:

- **Licitud en el tratamiento.** El tratamiento de datos de carácter personal solo será lícito cuando cumpla, al menos, alguna de las condiciones que establece el artículo 6.1 del RGPD:
 - a) *el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;*
 - b) *el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;*
 - c) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;*
 - d) *el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;*
 - e) *el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;*
 - f) *el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.*

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

- La **finalidad determinada y limitada en el tratamiento**, es decir, que se respete el motivo o fin para el cual se recogieron los datos y se conserven en tanto dicha finalidad se mantenga. No obstante, se establecen excepciones a ese plazo limitado de conservación (artículo 89 del RGPD).
- **Deber de confidencialidad y privacidad** de los datos de carácter personal, configurada como una privacidad desde el diseño tal y como la contempla el artículo 25 del RGPD.
- **El consentimiento**, como requisito para legitimar el tratamiento de datos de carácter personal, es objeto de una regulación específica en los artículos 7 y 8 del RGPD. No obstante, con carácter previo, el artículo 4.11) del RGPD, recoge su definición y establece: «*Toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración*

o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen». Es necesario que pueda probarse por el responsable, que sea diferenciable si se da en el contexto de otros asuntos y ha de ser fácilmente revocable. El artículo 7.4 establece una serie de criterios para evaluar la libertad en su otorgamiento. El consentimiento libre, implica una opción real de control por parte de los interesados; de tal forma, si el consentimiento se configura como una parte no negociable de los términos y condiciones se presumirá no libre

- El RGPD, considera lícito el consentimiento prestado por los menores mayores de 16 años, dejando a los Estados Miembros libertad de fijar una edad menor con el límite de los 13 años. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, fija a estos efectos, en su artículo 7, la edad de 14 años.
- Se declara **prohibido el tratamiento de determinados** datos de carácter personal que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física, con las excepciones que prevé el artículo 9.2 del RGPD, entre las que destacamos la que prevé el apartado e) del referido artículo 9.2 que se refiere a aquellos datos que el interesado ya haya hecho manifiestamente públicos y que es una consecuencia de la teoría de no ir contra los actos propios, y revela un principio de coherencia

4.4. Derechos del interesado

El capítulo III del RGPD regula los derechos de los interesados articulándolos en diferentes secciones. Por su parte, la Ley Orgánica 3/2018, sistematiza estos derechos en dos capítulos separados, el primero, relativo a la transparencia e información que se configuran como correlativas obligaciones de los responsables y encargados del tratamiento de datos de carácter personal, y el segundo, relativo al ejercicio concreto de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación en el tratamiento, a la portabilidad y el derecho de oposición.

El responsable del tratamiento deberá informar de manera clara y sencilla, especialmente cuando la información va dirigida a niños, y facilitar al interesado los aspectos básicos del tratamiento como son: la identidad del responsable, finalidad del tratamiento y la posibilidad y forma de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación en el tratamiento, a la portabilidad y el derecho de oposición. El RGPD es más explícito en la información que ha de remitirse al afectado y la relaciona en los distintos apartados de su artículo 13 y fija la obligación de que dicha información sea remitida en un plazo razonable y, a lo más tardar, dentro de un mes una vez obtenidos los datos personales. Este derecho admite sus excepciones, que se recogen en el artículo 13.5 RGPD, entre las que destacamos el supuesto en el que el interesado ya disponga de la información o la comunicación de dicha información resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado.

Por otro lado, los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación en el tratamiento, a la portabilidad y el derecho de oposición pueden ejercitarse directamente o por medio de representante legal o voluntario. En cualquier caso, los titulares de la pa-

tria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la normativa de protección de datos. El alcance de estos derechos podrá ser limitado, a través de medidas legislativas oportunas, con la finalidad de salvaguardar la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública, prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, ejecución de demandas civiles y demás supuestos que detalla el artículo 23.

El derecho de supresión o el denominado «derecho al olvido» se regula en el artículo 17 del RGPD. Esta supresión tendrá que efectuarse por el responsable del tratamiento, sin dilación, cuando dichos datos dejen de ser necesarios para los fines para los que fueron recogidos, se retire el consentimiento por el interesado o se oponga a su tratamiento, cuando hayan sido tratados ilícitamente o en cumplimiento de una obligación legal. No obstante este derecho al olvido no es absoluto, pues puede ceder en beneficio de un interés prevalente, como puede ser el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información, cumplimiento de una obligación legal, razones de interés público o fines de archivo.

La LO 3/2018 dedica su título VIII, a los procedimientos, tramitados por la Agencia Española de Protección de Datos, en los supuestos en los que un afectado reclame que no ha sido atendida su solicitud de ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 15-22 del RGPD. El plazo máximo para resolver estos procedimientos será de seis meses a contar desde la fecha en que hubiera sido notificado al reclamante el acuerdo de admisión a trámite. Transcurrido ese plazo, el interesado podrá considerar estimada su reclamación.

Finalmente, e íntimamente relacionado con los derechos de los interesados, hacemos referencia al título X de la LO 3/2018, que acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la neutralidad de la Red y el acceso universal o los derechos a la seguridad y educación digital así como los derechos al olvido, a la portabilidad y al testamento digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la protección de los menores en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la libertad de expresión y el derecho a la aclaración de informaciones en medios de comunicación digitales. Finalmente, y en relación con la garantía de los derechos digitales, también se introducen modificaciones en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, así como en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

4.5. Responsable, encargado y delegado de protección de datos

El responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas técnicas y organizativas para garantizar y demostrar el adecuado tratamiento de datos, medidas que se revisarán y actualizarán cuando sea necesario (artículo 24 RGPD). En esta tarea, el RGPD establece una serie de instrumentos como son los códigos de conducta y certificaciones y que regulan los artículos 40 a 43. De igual manera, aplicarán las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, que garan-

tice la seudonimización o cifrado de datos, así como la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas y servicios de tratamiento.

Se designará un representante, en aquellos casos en los que el responsable o el encargado no estén establecidos en la Unión Europea, salvo que el tratamiento sea ocasional o se trate de autoridades u organismos públicos. El encargado no podrá recurrir a otro encargado sin la autorización escrita del responsable.

Se configura, como ya se advirtió anteriormente, una protección de datos desde el diseño y por defecto, lo que implica que se adoptarán medidas desde el origen y que garanticen una intervención mínima (artículo 25).

Por otro lado, cada responsable, y en su caso su representante, llevarán un registro de las actividades de tratamiento efectuadas bajo su responsabilidad (con la excepción que prevé el artículo 30.5 del RGPD).

El artículo 32 de la LO 3/2018 se refiere al bloque de datos, al que estará obligado el responsable del tratamiento cuando se proceda a su rectificación o supresión, y que consiste en la identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas. Los datos bloqueados no podrán ser tratados para ninguna finalidad distinta de la señalada en el apartado anterior.

Se prevé que el responsable y el encargado designen un delegado de protección de datos cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público o realicen un tratamiento a gran escala de los que prevén los artículos 9 y 10 o precisen una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala. La LO 3/2018, en su artículo 34.1 detalla las entidades, que en todo caso han de designar un delegado de protección de datos. Este delegado formará parte de la plantilla o se designará a través de un contrato de servicios; no recibirá instrucciones en el ejercicio de sus funciones ni será sancionado y deberá rendir cuentas al responsable o al encargado.

4.6. Autoridad de control independiente. Agencia Española de Protección de Datos

Cada Estado miembro establecerá uno o varias autoridades públicas independientes, denominadas «autoridad de control», para supervisar la aplicación del RGPD. Cada Estado miembro garantizará que su autoridad de control elija y disponga de su propio personal y autonomía presupuestaria, así como la fijación de la condiciones de idoneidad y cualificación, normas de nombramiento y duración del mandato. En ningún caso, la autoridad de control, tendrá competencia para controlar las operaciones efectuadas por los tribunales en el ejercicio de la función judicial (artículo 55.3 RGPD). La competencia para el tratamiento transfronterizo de datos de carácter personal, corresponderá a la autoridad de control principal, que será la autoridad de control del establecimiento principal o la del único establecimiento del responsable o encargado del tratamiento.

El artículo 57 del RGPD, detalla el catálogo de funciones de la autoridad de control, si bien esta enumeración reviste el carácter de «*numerus apertus*». Entre ellas destacamos las de controlar la aplicación del RGPD, promover campañas de sensibilización, asesorar al Parlamento, Gobierno y otras instituciones y organismos, facilitar informa-

ción a los interesados en relación con el ejercicio de sus derechos, tramitar reclamaciones, alentar la elaboración de códigos de conducta y de mecanismos de certificación. Estas funciones serán gratuitas, salvo que se trate de solicitudes manifiestamente infundadas o excesivas, en cuyo caso podrá exigirse tasas (para hacer frente a los costes administrativos) o negarse a actuar (artículo 57.4 RGPD). El artículo 58 se refiere a los poderes de estas autoridades, que se clasifican en poderes de investigación, correctivos y de autorización o consultivos, sin perjuicio de aquellos otros que pudieran establecer los Estados miembros. Cada autoridad elaborará un informe anual de sus actividades que remitirá al parlamento nacional, Gobierno y demás autoridades y se pondrá a disposición del público, de la Comisión y del Comité.

En España, la autoridad pública independiente que vela por la privacidad y la protección de datos de carácter personal es la Agencia Española de Protección de Datos, autoridad administrativa independiente de ámbito estatal, de las previstas en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con personalidad jurídica y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, y se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia. Además de los poderes que ya hemos referenciado, la Agencia Española de Protección de Datos goza de potestad de regulación, de modo que dictara disposiciones, denominadas «Circulares de la Agencia Española de Protección de Datos» que fijarán los criterios a que responderá la actuación de esta autoridad; dichas circulares serán obligatorias una vez publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*. Por otro lado, corresponde a la Agencia la titularidad y ejercicio de las funciones relacionadas con la acción exterior del Estado en materia de protección de datos. Las funciones y competencias de la Agencia Española de Protección de Datos de carácter personal, se entienden sin perjuicio de las que se correspondan a las autoridades autonómicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Nos remitimos a los artículos 44 y siguientes de la LO 3/2018, dedicados a las Autoridades de protección de datos.

Los artículos 60 a 76 del RGPD establecen un mandato de cooperación y coherencia entre las autoridades de control de los distintos Estados miembros, regulando un deber de asistencia mutua y la realización de operaciones conjuntas. A nivel institucional, se crea el Comité Europeo de Protección de Datos, organismo independiente de la Unión Europea que estará compuesto por el director de la autoridad de control de cada Estado Miembro y por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (o sus representantes respectivos). Corresponde al Comité supervisar la aplicación coherente del RGPD, llevar a cabo funciones de asesoramiento a la Comisión, emitir directrices, recomendaciones y buenas prácticas, así como acreditar organismos de certificación; elaborará un informe anual que se hará público y se remitirá al Parlamento, al Consejo y a la Comisión.

4.7. Procedimiento en caso de vulneración de la normativa de protección de datos y régimen sancionador

Tanto el RGPD como la LO 3/2018 recogen y regulan el derecho que asiste a los afectados de presentar reclamaciones en la defensa de los derechos que la normativa, en materia de protección de datos, les reconoce. Sin perjuicio de cualquier recurso administrativo o judicial, se podrá accionar ante una autoridad de control, contra una autoridad de control y contra un responsable o encargado del tratamiento. El artículo 82 del RGPD, reconoce el derecho de toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o

inmateriales como consecuencia de una infracción del Reglamento, a recibir del responsable o encargado del tratamiento, una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Corresponde a los Estados miembros, y así lo dispone el artículo 84 del RGPD, articular el procedimiento y régimen sancionador, lo que nos remite, por un lado, al título VIII y al título XIX de la LO 3/2018, que regulan, respectivamente, el procedimiento en caso de vulneración de la normativa de protección de datos y el régimen sancionador, todo ello sin perjuicio de la protección penal que se otorga a las conductas que vulneran la protección de datos y puedan ser constitutivas de delito.

El procedimiento previsto en la LO 3/2018 es aquel que se tramitará por la Agencia de Protección de datos en los supuestos que el afectado reclame que no ha sido atendida su solicitud de ejercicio de los derechos ARCO y a la que ya nos hemos referido, como aquellos en los que aquella investigue la existencia de una posible infracción de lo dispuesto en el RGPD o la misma LO, aplicándose, de manera subsidiaria, las reglas generales de los procedimientos administrativos. Se encomienda al Gobierno, para que regule, por medio de Real Decreto, los procedimientos que tramite la Agencia Española de Protección de Datos, en el que se asegurará, en todo caso, los derechos de defensa y audiencia de los interesados. Este procedimiento podrá iniciarse mediante una decisión de admisión a trámite de la Agencia, previa reclamación de un afectado, de oficio, o como consecuencia de una comunicación de una autoridad de control de otro Estado Miembro. Se reconoce a la Agencia facultades de investigación para lograr una mejor determinación de los hechos y circunstancias que justifiquen la tramitación de procedimientos, así como la adopción de medidas provisionales y de garantía de los derechos, el bloqueo cautelar de datos y la obligación inmediata de atender el derecho solicitado.

El artículo 70 de la LO, dedicado al procedimiento sancionador, enumera los sujetos responsables, refiriéndose a los responsables de los tratamientos, los encargados de los tratamientos, los representantes de los responsables o encargados de los tratamientos no establecidos en el territorio de la Unión Europea, las entidades de certificación y las entidades acreditadas de supervisión de los códigos de conducta. No se aplicará el régimen sancionador al delegado de protección de datos. Se define como infracción, los actos y conductas a las que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 83 del RGPD, así como las que resulten contrarias a la LO. Se utiliza una clasificación tripartita de las infracciones (muy graves, graves y leves) y se fijan sanciones pecuniarias que oscilan entre 10.000 euros o el 2% del volumen total anual de negocio y 20.000 euros o el 4%; también podrán adoptarse, de manera complementaria o alternativa, medidas correctivas (artículo 76.3 de la LO 3/2018). Las multas administrativas se impondrán en función de las circunstancias de cada caso particular, estableciéndose, para ello, criterios de graduación que regulan los artículos 83.2 del RGPD y 76.2 de la LO.

Por último, el artículo 81 del RGPD, prevé la suspensión del procedimiento más moderno, a resultas del más antiguo, cuando se constate la pendencia de varios procedimientos, en distintos Estados miembros, en los que estén implicados el mismo responsable o encargado relativo a un mismo asunto.

5. TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La finalidad de este último apartado es el análisis de la dicotomía entre transparencia y protección de datos, que se afrontará desde el análisis de la normativa y los precedentes jurisprudenciales y doctrinales, habida cuenta del escenario actual en el ordena-

miento jurídico español generado por la entrada en vigor de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG), el RGPD y la reciente LO 3/2018, siendo estas tres normas, y así lo dispone la disposición adicional segunda de la LO 3/2018, las que resolverán las colisiones o conflictos que puedan surgir en el ejercicio y manifestación de la publicidad activa, acceso a la información pública y la protección de datos de carácter personal. Sin bien con frecuencia, la protección de datos de carácter personal se ha visto como un límite a la transparencia pública, invocado de manera genérica para evitar el conocimiento de la actividad de las Administraciones Públicas, la aprobación de la LTBG, ha sentado de las bases para la convergencia y convivencia de ambos regímenes.

Partiendo del texto constitucional, el artículo 20.d) reconoce el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 105.b) establece que «*la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*». Por otro lado, el artículo 12 de la LTBG consagra el derecho que toda persona tiene a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española. De esta referencia normativa se extrae la conclusión que la regla general es el libre acceso a la información pública, pero que el derecho de acceso del administrado a los registros públicos no es absoluto, sino que cede ante la preponderancia de otros intereses legítimos también merecedores de protección, como puede ser el derecho a la intimidad (art. 18 CE).

- En definitiva, actualmente la sociedad demanda información en mayor medida y con mayor rapidez, pues los propios avances tecnológicos han permitido acostumar a las personas a ello, en sus propias relaciones personales y profesionales, y por extensión, en su interacción con los entes públicos, reclamando un acceso más amplio y dinámico a los asuntos atinentes a la cosa pública. *La transparencia es fundamental en un Estado de derecho* para que los ciudadanos puedan tener un conocimiento global de los asuntos públicos que redundan en su persona y en la sociedad en general, y poder decidir con libertad la identidad de sus dirigentes de entre las opciones posibles. En palabras de Guichot, la circulación y contraste de la información sobre la organización, la actividad o el gasto público es necesario para la creación de una opinión pública que pueda decidir su propio destino como sociedad, controlando la actuación del poder y participando activamente en su ejercicio.
- Aun reconociendo el valor loable que ostenta la transparencia en un Estado de derecho, es preciso analizar en profundidad dicho concepto y sopesarlo con otros derechos o intereses sensibles, susceptibles de protección, de manera que esos bienes jurídicos adquirirán mayor o menor peso dependiendo de diversos factores, tales como, la identidad del sujeto y su vinculación mayor o menor a la vida pública, o el contenido de la información que se demanda; en definitiva, será necesario desplegar un juicio de valoración, poniendo sobre el terreno de análisis los intereses jurídicos afectados.

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, nace con una vocación de procurar y acrecentar la transparencia en los asuntos públicos, tratando de facilitar en mayor medida el acceso del ciudadano a dicha información, procurándole, de este modo, una participación más efectiva en tales asuntos, así como, trata de garantizar, dicha ley, los principios del buen gobierno, al establecer un código de conducta a los miembros del Gobierno y altos cargos, de la misma forma, que unas consecuencias a su inobservancia. Por otro lado, la configuración legal

del derecho a la protección de datos personales, adquiere, en la normativa sobre transparencia, una relevancia particular y diferenciada respecto a los límites al derecho de acceso a la información pública regulados en su artículo 14. No obstante, con carácter general, se debe advertir, que la mera concurrencia de datos de carácter personal en la información que se quiera difundir o a la que una persona quiera acceder, no determina, en sí misma, la imposibilidad de su conocimiento público. En efecto, la aplicación de los límites no es automática y deben tenerse en cuenta diversos elementos. En primer lugar, las Administraciones Públicas no disponen de potestad discrecional para denegar o limitar el acceso a la información pública, la aplicación de los límites ha de ser motivada, los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos y es necesario que la difusión o acceso suponga un perjuicio concreto, definido y evaluable (Criterio interpretativo del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno 2/2015 de 24 de junio).

El artículo 5 de la LTBG, dedicado a los principios generales, establece en su párrafo tercero que *«serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos»*.

El artículo 15, modificado por la reciente LO 3/2018, regula, en definitiva, la protección de datos personales de forma exhaustiva e independiente respecto a los límites al derecho de acceso a la información pública, del que destacamos lo siguiente:

- Si la información solicitada contuviera datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.
- Si la información incluyese datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud o a la vida sexual, incluyese datos genéticos o biométricos o contuviera datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevaran la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.
- Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.
- Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Se exceptúa lo anterior, si el acceso se realiza previa disociación de los datos de carácter personal, de modo que se impida la identificación de las personas afectadas. Para la realización de la citada ponderación, dicho órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:

- a) El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.
 - b) La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.
 - c) El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.
 - d) La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad.
- Hay que recordar que si la información solicitada pudiera afectar a derecho o intereses de terceros, se les debe conceder un plazo de 15 días para que puedan hacer las alegaciones que consideren oportunas (artículo 19.3 de la LTBG). Cuando se de este trámite de alegaciones, la Administración Pública debe informar al solicitante, y también acordar la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación. En el caso de que existan terceros afectados, también se les notificará la resolución cuando así lo hayan solicitado (artículo 20.1). Si el tercero se opone a facilitar el acceso, la resolución que permita el acceso deberá ser motivada (art. 20.2).
- Por otro lado, el artículo 16, habla de la posibilidad de un acceso parcial a la información, en caso de que los límites al derecho de acceso no se proyecten sobre la totalidad de la información y siempre que la información que se proporcione no carezca de sentido ni quede distorsionada. Si se concede esta información parcial, habrá que especificar qué datos han sido omitidos.

Como una prueba de la previsión por el legislador de la aparición de frecuentes y números conflictos entre el derecho de acceso a la información y la protección de datos personales, la disposición adicional quinta de la LTBG, contempla la obligada colaboración entre el órgano de control en materia de transparencia, Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, y la Agencia Española de Protección de Datos, colaboración que algunas Comunidades Autónomas, como la andaluza, han convertido en simbiosis al crear la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, como autoridad independiente de control no sólo en materia de transparencia, sino también en materia de protección de datos. En el ámbito estatal, la LTBG establece que ambos órganos adoptarán, conjuntamente, los criterios de aplicación, en su ámbito de actuación, de las reglas contenidas en el artículo 15 de la LTBG, en particular en lo que respecta a la ponderación del interés público en el acceso a la información y la garantía de los derechos de los interesados cuyos datos se contuviesen en la misma. Esta previsión legal ya ha sido materializada a través de la aprobación de diversas resoluciones conjuntas, como el Criterio 1/2015, de 24 de junio, relativo al Alcance de las obligaciones de los órganos, organismos y entidades del sector público estatal en materia de acceso a la información pública sobre sus Relaciones de Puestos de Trabajo y las retribuciones de sus empleados o funcionarios», Criterio 4/2015, de 23 de julio, relativo a la publicidad activa sobre los datos del DNI y la firma manuscrita» o el Criterio 2/2016 relativo a la «información relativa a las agendas de los responsables públicos».

El informe conjunto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Agencia Española de Protección de datos de 23 de marzo de 2015 afirma que, «con carácter general, habrá que entender que, en cuanto el acceso a la información contribuya a un mejor conocimiento de los criterios de organización y funcionamiento de las instituciones o a la asignación de los recursos, cabrá considerar la existencia de un interés público prevalente sobre derechos a la protección de datos y a la intimidad en los términos y con las excepciones establecidas por las Ley de Transparencia. Por el contrario, cuando la información no contribuya a un mayor conocimiento de la organización y funcionamiento de las instituciones o de la asignación de los recursos públicos, prevalecerá el respeto a los derechos a la protección de datos o a la intimidad».

Resulta imposible concluir de manera taxativa cuando se trata de conciliar el principio de transparencia y acceso a la información pública, y el derecho a la protección de datos de carácter personal. No obstante, sí podemos advertir la existencia de mecanismos que permitan articular y materializar la adecuada ponderación que siempre ha de regir en este propósito, como es el empleo de datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad del órgano, o a través de la figura del acceso parcial o la disociación de datos, ya referenciados.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- CAMPOS ACUÑA, M.^a Concepción. Transparencia y Protección de datos. Tres claves para resolver el conflicto. *El consultor de los Ayuntamientos*, n.º 15, Agosto 2016
- CERRILLO I MARTINEZ, Agustí. El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales. *Quaderns de dret local*. ISSN 1696-0955, n.º 45, 2017.
- DELGADO CARRAVILLA, Enrique. *La implantación del nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, 2018.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Nuevos retos para la protección de datos personales: en la era del big data y de la computación ubicua*. Dykinson, 2015.
- GARROS FONT, Inma. El principio de transparencia y el derecho a la protección de datos personales. *Actualidad Administrativa*, n.º 2. Febrero 2018.
- GIL GONZALEZ, Elena. Directrices del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre el consentimiento en el Reglamento General de Protección de Datos. *Revista Digital Administrativa*, n.º 25. Febrero 2018.
- GUDÍN RODRIGUEZ-MAGARIÑOS, Faustino. *Nuevo Reglamento europeo de protección de datos versus big data*. Tirant lo Blanch, 2018.
- LOPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe. *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*. Francis Lefebvre-El Derecho, 2016.
- LÓPEZ CALVO, José. *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*. Sepin, 2017.
- ORTEGA MARTÍN, Eduardo. *Enciclopedia jurídica*, volumen 18. La Ley (Grupo Wolters Kluwer España)
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *Manual de protección de datos*. Dykinson, 2017.

ESPECIALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL MINISTERIO DE DEFENSA

Juan Alfonso Domenech Gil, David Javier Santos Sánchez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Evolución histórica. 1.2. Situación actual.—2. NORMATIVA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA. 2.1. El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2.2. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad. 2.3. Especial referencia al contrato «Gobierno a Gobierno». 2.4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.—3. OTRAS CONSIDERACIONES DE TIPO PRESUPUESTARIO QUE INCIDEN EN LA CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El Ministerio de Defensa español, para el cumplimiento de las funciones asignadas, desarrolla una importante actividad contractual que solo en el año 2017 supuso la celebración de 25.665 contratos. Una de las principales características de dicha contratación viene determinada por los diferentes regímenes jurídicos a los que puede quedar sometida. En el presente capítulo se pretende analizar desde una perspectiva genérica el citado marco contractual, haciendo especial referencia, por su novedad y las dificultades que ha planteado su aplicación, al denominado contrato «Gobierno a Gobierno».

1.1. Evolución histórica

En principio, la contratación administrativa en el Ministerio de Defensa, en cuanto órgano de la Administración General del Estado, queda sujeta a las reglas generales aplicables a todos los órganos de dicha Administración y, consiguientemente, entraba dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública. No obstante, presenta una característica esencial, derivada de la trascendental misión que el artículo 8 de nuestra Constitución atribuye a las Fuerzas Armadas como garantes de la soberanía e independencia de España y defensoras de su integridad territorial y del ordenamiento constitucional. Es precisamente esa relación con la Defensa Nacional, o, en términos más actuales, con la Seguridad Nacional¹, competencia exclusiva y excluyente de los Estados miembros, la que determinaba que parte de su actividad quedara excluida del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, tal y como se recogía en el artículo 223 del Tratado de Roma², de donde pasó al artículo 296 del Tratado de Maastricht³ y se mantiene en el actual artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴.

¹ Regulada por la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, y cuyo primer componente fundamental es la defensa nacional (artículo 9).

² Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957.

³ Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992.

⁴ <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Dicho precepto determinaba la exclusión de la normativa comunitaria de una importante parte del mercado europeo de productos de defensa, y era frecuentemente utilizado por los Estados miembros para potenciar su industria nacional de defensa, lo que implicaba una importante fragmentación del mercado. De ahí que la Comisión Europea, desde su Comunicación de 24 de enero de 1996 sobre los «Problemas de la Industria europea relacionada con la defensa: propuesta de actuación a nivel europeo» haya venido realizando notorios esfuerzos para incidir y limitar la actuación de los Estados miembros en este sector con el pretexto de proteger el mercado interior, lo que no deja de ser sorprendente al tratarse de un ámbito tan directamente relacionado con la soberanía de cada Estado.

Dentro de este proceso, interesa destacar la Comunicación de 23 de septiembre de 2004, sobre el «Libro Verde. Los contratos públicos en defensa»⁵ que daría pie a importantísimas actuaciones en esta materia, que integran el denominado «Paquete de Defensa»:

- La Comunicación Interpretativa de la Comisión de la Unión Europea COM (2006) 779 final sobre la «aplicación del artículo 296 del Tratado en el ámbito de los contratos públicos de defensa»⁶.
- La Directiva 2009/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 sobre la simplificación de los términos y las condiciones de las transferencias de productos relacionados con la defensa dentro de la Comunidad⁷.
- La Directiva 2009/81/CE DEL Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE⁸.

Esta importante directiva trata de conjugar las necesidades de «la seguridad nacional, que sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro, tanto en el ámbito de la defensa como de la seguridad», con la creación de un marco europeo de equipos de defensa. Para ello establece una regulación que se aparta de las reglas generales de contratación en el ámbito de la Unión Europea y que se basa en tres factores:

1. Las especiales características de determinados bienes en cuanto que atienden directamente a las necesidades de la seguridad nacional, entre los que se incluyen el equipo militar, en el que quedan incluidos las categorías de productos incluidas en la lista de armas, municiones y material de guerra adoptada por el Consejo en su Decisión 255/58, de 15 de abril de 1958. Ahora bien, como señala la propia Directiva, «la lista es genérica y debe ser interpretada de manera amplia a la luz de la naturaleza cambiante de la tecnología, las políticas de contratación y las necesidades militares resultantes en el desarrollo de nuevos tipos de equipos, por ejemplo, sobre la base de la Lista común de equipo militar de la Unión» y «el término equipo militar debe abarcar asimismo los productos que, aunque inicialmente diseñados para un uso civil, hayan sido adaptados posteriormente a fines militares para su utilización como armas, municiones o material de guerra».

⁵ COM (2004) 608 final. 23.09.2004. Libro Verde. Los contratos públicos en defensa.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0608:FIN:ES:PDF>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0779&from=ES>

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:146:0001:0036:ES:PDF>

⁸ <https://www.boe.es/doue/2009/216/L00076-00136.pdf>

2. La necesidad de garantizar la seguridad del abastecimiento y proteger la seguridad de la información, unido a la complejidad técnica de los equipos de defensa y seguridad.

3. Uso de procedimientos específicos que limiten la publicidad y la concurrencia, convirtiéndose el procedimiento restringido y el negociado con publicidad o el diálogo competitivo en los procedimientos ordinarios, admitiéndose en supuestos excepcionales el procedimiento negociado sin publicidad. La Directiva justifica este régimen particular en que «los contratos a que se refiere la presente Directiva se caracterizan por sus particulares exigencias en términos de complejidad, o de seguridad de la información o del abastecimiento» y en que «satisfacer tales necesidades suele requerir intensas negociaciones durante el procedimiento de adjudicación del contrato».

En transposición de esta última directiva, que como hemos visto pretendía concretar y armonizar a nivel europeo determinados contratos relacionados con la industria de defensa en los que fuera necesario garantizar la seguridad del suministro y la seguridad de la información pero sin necesidad de acudir a la exclusión total del artículo 346 TFUE, se aprobó la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

1.2. Situación actual

Por consiguiente, el marco actual de la contratación del Ministerio de Defensa quedaría configurado por:

- 1) La normativa contractual aplicable al conjunto del sector público, actualmente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y 2014/24/UE, sobre contratación pública. Esta normativa tiene especial incidencia en la contratación del Ministerio de Defensa, quien en determinadas ocasiones ha sido pionero en la aplicación de las nuevas figuras contractuales, como ha ocurrido en el ámbito de la contratación centralizada, a través de la figura de los acuerdos marco, en el uso de la subasta electrónica o en la planificación de la contratación a través del Plan Anual de Contratación del Ministerio de Defensa que aprueba el secretario de Estado de Defensa.
- 2) En determinados supuestos previstos por la normativa comunitaria, dicha contratación se regirá por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (que incorpora al ordenamiento jurídico español las normas contenidas en la Directiva 2009/81/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada el 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad). La aplicación de dicha normativa requiere acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en la misma y que concurren necesidades especiales de protección de la confidencialidad de la información o de garantía del suministro que no puedan tutelarse por los cauces de la normativa general de contratación pública, lo que no siempre es fácil especialmente si tenemos en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre con la normativa comunitaria, la Ley 24/2011 prevé como uno de los procedimientos de adjudicación el procedimiento abierto.

- 3) En supuestos excepcionales, cuando así lo requiere la protección de los intereses esenciales de la seguridad y concurren los presupuestos del artículo 346, apartado I, letra b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dicha contratación podrá quedar al margen de la normativa comunitaria, si bien esta excepción, conforme a lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Comisión Europea, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.
- 4) Por otro lado, dado la esencial atribución de las Fuerzas Armadas, las especialidades derivadas del ámbito de actuación del Ministerio de Defensa, la pertenencia a organizaciones internacionales de seguridad y defensa y la participación en operaciones internacionales junto con nuestros socios y aliados, la contratación del Ministerio presenta una serie de especialidades, como la contratación a través de organismos internacionales o la contratación en zona de operaciones.
- 5) Asimismo, el apoyo a la internacionalización de la industria española de defensa con la finalidad de garantizar el mantenimiento de las capacidades industriales consideradas estratégicas ha introducido una nueva figura, el contrato Gobierno a Gobierno, regulado por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, y la normativa que la desarrolla, con una naturaleza jurídica mixta, como contrato internacional de mandato, cuya aplicación práctica no está exenta de problemas.
- 6) Por último, la actividad del Ministerio de Defensa pueda articularse a través de otros negocios jurídicos diferentes del contrato, siendo frecuentes la suscripción de convenios de colaboración, como el Convenio con HISDESAT Servicios Estratégicos, S.A., de 13 de octubre de 2009, relativo al desarrollo del Satélite Radar «Paz», o la realización de encomiendas de gestión a medios propios, especialmente a los que dependen del propio Ministerio de Defensa, como el INTA o ISDEFE.

Por otro lado, se observa una evolución en el ámbito de la Unión Europea tendente a consolidar una mayor cooperación en el ámbito de la seguridad y defensa, como lo ha puesto de manifiesto el establecimiento por el Consejo de la Unión Europea el 11 de diciembre de 2017 de la cooperación estructurada permanente (PESCO) con la participación de 25 Estados miembros, incluido España. Esta cooperación existe asimismo en el ámbito de la industria de defensa y el desarrollo de los grandes programas de armamento como el Eurofighter, y se pretende potenciar mediante la consolidación de un mercado europeo de equipos de defensa más integrado, como se propone en la Comunicación de la Comisión Europea de 24 de julio de 2013 que lleva por título «Hacia un sector de seguridad y defensa más competitivo y eficiente».

2. NORMATIVA APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ÁMBITO DE LA DEFENSA

2.1. El artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

Comenzando con las excepciones a la norma general, la más importante es el artículo 346 del TFUE que, como hemos visto, excluye la aplicación de la normativa contractual comunitaria y deja a los Estados miembros un importante ámbito de apreciación a la hora de determinar los criterios de selección de la empresa contratista y el proceso de adjudicación, así como las condiciones a las que deba sujetarse la ejecución del contrato. De acuerdo con el citado precepto:

1. Las disposiciones del presente Tratado no obstarán a las normas siguientes:

Ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;

Todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares.

2. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1.

Para evitar el abuso en la aplicación de dicha exclusión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido perfilando los requisitos necesarios para su aplicación⁹:

- 1) Las excepciones que se establecen en dicho artículo, al igual que todos aquellos artículos que permiten no aplicar los principios y normas del tratado, han de ser objeto de interpretación estricta.
- 2) La carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ellas.
- 3) Las autoridades nacionales disponen de cierto margen de apreciación al adoptar las medidas que consideran necesarias para garantizar la seguridad pública de un Estado miembro.
- 4) El concepto de seguridad pública se refiere tanto a la seguridad interior de un Estado miembro como a su seguridad exterior.
- 5) No se puede deducir la existencia de una reserva general, inherente al Tratado, que excluya del ámbito de aplicación del derecho comunitario cualquier medida adoptada por motivos de seguridad pública.
- 6) Corresponde a las autoridades nacionales demostrar que esas disposiciones son necesarias para alcanzar el objetivo invocado, y que éste no puede alcanzarse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud o que afecten en menor medida al comercio intracomunitario (principio de proporcionalidad).

Por otro lado, aunque el análisis detallado de los presupuestos del citado precepto excede del ámbito de este artículo, sí interesa destacar que a fin de concretar el concepto jurídico indeterminado de «intereses esenciales de la seguridad» por Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de mayo de 2015 se han determinado las capacidades industriales y áreas de conocimiento que afectan a los intereses esenciales de la defensa y la seguridad nacional¹⁰. Por otro lado, la excepción del apartado segundo, a diferencia de la del primero, queda limitada a los fines específicamente militares, por lo que no ampa-

⁹ Sentencia TJUE de 4 de octubre de 1991, Asunto C-367/89, Caso Rickardt y Les Accessoires Scientifiques; Sentencia TJUE de 3 de mayo de 1994, Asunto C-328/92 Caso Comisión contra España; Sentencias TJUE 11 de enero de 2000, Asunto C-285/98, Caso Tanja Kreril contra Bundesrepublik; Sentencia de 28 de marzo de 1995 Asunto C-234/93, Caso Evans Medical; Sentencia 11 de septiembre de 2008, Asunto C-141/07 Caso Comisión contra Alemania; Sentencia de 2 de octubre de 2008, Asunto C-157/06, Caso comisión contra Italia; Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Asunto C-414/97, Caso Comisión contra España; Sentencia de 15 de diciembre de 2009, Asunto C-372/05, Caso Comisión contra Alemania; Sentencia de 4 de septiembre de 2014, Caso Schiebel; Sentencia 15 de mayo de 1986, Asunto 222/84, Johnston, entre otras muchas.

¹⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8843

ra ni el material de doble uso ni otros fines no militares (especialmente, los *offsets* o compensaciones industriales).

2.2. La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad

La segunda excepción vendría determinada por la aplicación de la Ley 24/2011, que introduce importantes especialidades en la tramitación de los procedimientos de contratación con la finalidad de garantizar tanto la seguridad de la información como la continuidad del suministro, potenciando tanto el procedimiento restringido como el negociado, pero suponiendo una especialidad de la normativa española, no específicamente prevista en la directiva comunitaria, la de admitir incluso en este ámbito el procedimiento abierto, con el fin de potenciar la transparencia y la concurrencia.

Dicha ley resulta de aplicación, en los términos de su artículo 2, a los contratos relacionados con las actividades de la defensa y de la seguridad pública, cualquiera que sea su valor estimado, y que tengan por objeto:

- a) El suministro de equipos militares, incluidos las piezas, componentes y subunidades de los mismos.
- b) El suministro de armas y municiones destinadas al uso de las fuerzas, cuerpos y autoridades con competencias en seguridad.
- c) El suministro de equipos sensibles, incluidos las piezas, componentes y subunidades de los mismos.
- d) Obras, suministros y servicios directamente relacionados con los equipos, armas y municiones mencionados en las letras a), b) y c) anteriores para el conjunto de los elementos necesarios a lo largo de las posibles etapas sucesivas del ciclo de vida de los productos.
- e) Obras y servicios con fines específicamente militares u obras y servicios sensibles.

Por otro lado, el artículo 7 regula los negocios que quedan excluidos del ámbito de aplicación de dicha Ley que se regirán por su normativa especial, entre los que destacan, además de los contratos amparados por el artículo 346 del TFUE, los de los servicios de inteligencia y contrainteligencia, los programas de cooperación en investigación y desarrollo o los que se tengan un procedimiento de adjudicación específico establecido en acuerdos convenios o tratados internacionales o normas internacionales o por las normas de una organización internacional, entre las que destacan la Agencia de Adquisición y Apoyo de la OTAN (NSPA) y la Organización Conjunta de Cooperación en Materia de Armamento (OCCAR).

2.3. Especial referencia al contrato «Gobierno a Gobierno»

El artículo 7.1.g) de la Ley 24/2011 excluye de su ámbito de aplicación «los contratos a celebrar entre el Gobierno de España y otro Gobierno y que tengan por objeto alguna de las prestaciones que se indican a continuación:

- 1.º) El suministro de equipo militar o equipo sensible.
- 2.º) Los trabajos y servicios ligados directamente a tales equipos.

3.º) Los trabajos y servicios con fines específicamente militares, o las obras y los servicios sensibles»

Pese a dicha previsión normativa, la legislación española no había desarrollado la figura del contrato Gobierno a Gobierno, desarrollo que no se produce hasta después del inicio de la crisis económica en 2007, que supuso una contracción del gasto público y afectó notablemente al presupuesto del Ministerio de Defensa (que pasó de 10.826,2 millones de euros en 2008 a 8.296,4 millones de euros en 2011¹¹). Partiendo de que la industria de defensa es una capacidad asociada a la defensa en cuanto que suministra el material utilizado por las Fuerzas Armadas y, por tanto, afecta en términos de soberanía al ejercicio de la Defensa Nacional el contrato Gobierno a Gobierno fue configurado en nuestro país como un «mecanismo de apoyo a la exportación», introduciéndose su regulación en una norma de carácter comercial, el Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios¹².

Precisamente, las razones expuestas son las que sirven para fundamentar en su exposición de motivos la urgencia y la necesidad de la norma, al tratarse de medidas que:

[...] tienen como objetivo fundamental afrontar las carencias advertidas en esta etapa crucial para el sector español industrial de la defensa, caracterizada por la contracción del gasto español en este sector esencial de la actividad económica del país, el aumento de la demanda internacional de material de defensa, la creciente competencia internacional en los procesos de adjudicación de grandes programas por ciertas potencias emergentes, y la existencia de un interés declarado y actual, por parte de las mismas, en que sea el Gobierno español su único interlocutor en procesos de adquisición de material de defensa que, teniendo en cuenta su envergadura, no admiten demora.

De este modo, se equipara a España a la práctica totalidad de los países de nuestro entorno utilizan el sistema Gobierno a Gobierno siguiendo las pautas del FMS (Foreign Military Sales) norteamericano, como ocurre con el Reino Unido, Francia, Alemania, Suecia, Canadá, Noruega, etc. Así, por ejemplo, en Francia, destaca la creación de una entidad de derecho privado pero controlada en un 51 % por el Gobierno francés para la celebración de los contratos Gobierno a Gobierno. Esta empresa, ODAS, creada en el año 2008, está integrada tanto por el Gobierno francés como por las principales empresas de la industria de defensa francesa.

Dicho contrato, basado en el sistema FMS norteamericano y caracterizado por actuar el Gobierno español como un mandatario del Gobierno extranjero, actuando en su nombre y representación, supuso una novedad en nuestro ordenamiento jurídico en que la intervención del Gobierno (Ministerio de Defensa) como parte vendedora en la enajenación de material militar solo se contemplaba en los supuestos en que se tratara de material empleado por las Fuerzas Armadas y que por lo tanto había estado previamente

¹¹ PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017. Madrid, IDS, mayo de 2017, p. 22. <http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2017/10/171013-Informe-Presupuestos-defensa-y-Seguridad-2017.pdf>.

¹² Sustituido por la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Completa esta regulación el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, y la Resolución 330/00737/2016, del Secretario de Estado de Defensa, por la que se aprueba y se hace pública la Guía para el Apoyo a la Exportación de Material de Defensa.

te afectado a la defensa nacional (material Surplus, regulado por el Real Decreto 1638/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la enajenación de bienes muebles y productos de defensa en el Ministerio de Defensa). Por el contrario, sí que se regulaba la intervención del Gobierno español en un contrato con otro Gobierno u Organismo público extranjero como parte compradora en el Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

Todo ello sin perjuicio de los supuestos en los que el Ministerio de Defensa ha venido prestando apoyo a las exportaciones directas de material de defensa mediante la suscripción de los correspondientes Memorandos de Entendimiento¹³ con los Gobiernos adquirentes, entre cuyas actividades de apoyo se incluían, entre otras el aseguramiento oficial de la calidad, ensayos y pruebas de recepción, adiestramiento, apoyo logístico, apoyo a la transferencia de tecnología o la creación de Oficinas de Programas encargadas de ejercer el control y seguimiento de todos los aspectos del programa.

Por consiguiente, el contrato Gobierno a Gobierno se caracteriza, desde la perspectiva internacional por ser un verdadero contrato con obligaciones jurídicamente exigibles, que no es suscrito por sujetos de derecho internacional (que serían los Estados), sino por Gobiernos y que no se rigen por el derecho internacional sino por el derecho Interno, que podrá ser tanto el de uno de los dos Estados contratantes como el de un tercer Estado.

La segunda característica esencial es, tal y como destaca la exposición de motivos de la Ley 12/2012 que [...] *la puesta en marcha de este mecanismo oscila sobre dos relaciones jurídicas; una horizontal, de Gobierno a Gobierno, entre el Gobierno solicitante y el Gobierno español, y una vertical, entre el Gobierno español (por medio del Ministerio de Defensa) y una o más empresas suministradoras. [...] estableciéndose un régimen jurídico inspirado en la figura del negocio jurídico del mandato representativo, en virtud de la cual el Gobierno de España «podrá llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa» (artículo 6 de la Ley 12/2012).*

La regulación de la nueva figura del contrato Gobierno a Gobierno requería delimitar su objeto y su contenido, así como recoger aquellas especialidades que incidían en la normativa legal vigente en materia de contratación del sector público, patrimonio de las Administraciones Públicas, comercio exterior de material de defensa y control de la gestión económica financiera.

Para la regulación de dichas especialidades debía partirse de dos de los caracteres esenciales del contrato de mandato que se estaba regulando:

- a) En primer lugar, el contrato Gobierno a Gobierno se articula jurídicamente sobre la base del mandato representativo, produciéndose los efectos jurídicos derivados de la intervención del mandatario en la esfera jurídica del mandante, que es quien queda directamente obligado con los terceros. Esta circunstancia se subraya en el artículo 9 de la Ley 12/2012, destacando que *«en ningún caso el material de defensa, cuyo suministro fuere contratado por el Ministerio de Defensa, al que hace referencia el artículo 8.1 pasará a formar parte del patrimonio de las administraciones públicas»*. Igualmente era preciso garantizar que en ningún caso figuraría el Ministerio de Defensa como exportador de los contratos, de

¹³ Sin efectos jurídicos obligatorios, conforme a la definición del «acuerdo no normativo» contenida en el artículo 2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

modo que «a los efectos de la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, la realización por el Ministerio de Defensa de las actividades descritas en el artículo 8.1, no alterará la condición de exportador del contratista» (artículo 10 de la Ley 12/2012).

- b) En segundo lugar, se mantiene la característica natural de la gratuidad del mandato, articulada sobre la base del principio de «sin coste ni beneficio» conforme al cual la realización de actividades «*que impliquen actos de contratación por el Ministerio de Defensa por cuenta de un Gobierno extranjero, en ningún caso supondrá coste o beneficio económico para el Ministerio de Defensa*» (artículo 8.2. Ley 12/2012), lo que requiere que todos los costes derivados de la ejecución de un contrato Gobierno a Gobierno, incluidos aquellos en los que incurra el Ministerio de Defensa, sean sufragados por el Gobierno extranjero, y que además quede garantizado en el procedimiento el mecanismo a través del cual se harán efectivos dichos cobros. En este caso, y siguiendo de nuevo el modelo FMS, se ha optado por la apertura de una cuenta de situación de fondos del Gobierno extranjero y a la exigencia previa de fondos como condición para la ejecución del contrato Gobierno a Gobierno, con cargo a los cuales se reembolsarán los costes en que incurra el Gobierno de España y sin perjuicio de las garantías que resulten exigibles.

El principio «sin coste ni beneficio» incide directamente en el régimen de responsabilidades del contrato Gobierno a Gobierno derivado de posibles incumplimientos de las partes. Partiendo de la base del régimen jurídico del contrato de mandato, el mandatario debe salir indemne de la ejecución del mismo, salvo en aquellos casos en que intervenga culpa o negligencia por parte del mismo. Sin embargo, en el régimen instaurado por la Ley 12/2012, se confunde el concepto coste con el de responsabilidad, eximiendo de ésta al Ministerio de Defensa en todo caso lo que va a obligar a incluir cláusulas en el contrato que eximan en todo caso de responsabilidad al Ministerio de Defensa (admisibles sobre la base del principio de libertad de pactos), lo que puede dificultar la suscripción de dichos contratos. Así ocurre por ejemplo en relación con los daños y perjuicios ocasionados por el contratista a terceros como consecuencia inmediata y directa de una orden dada por el Ministerio de Defensa español o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por aquel mismo para el suministro de fabricación, demora en el pago del precio por parte del Ministerio de Defensa, demora en el pago del saldo de liquidación una vez cumplido el contrato, resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos. En todos estos supuestos, la ley no diferencia en función de quién sea el responsable, si el Gobierno extranjero (directamente o en función de las instrucciones transmitidas al Ministerio de Defensa) o directamente el Ministerio de Defensa, haciendo en todo caso responsable al Gobierno extranjero y abonando las responsabilidades con cargo a la cuenta de situación de fondos.

Esta circunstancia dificultará, sin duda, la redacción de los contratos, pues dichas cláusulas de exoneración deberán recogerse expresamente en los mismos, pero sobre todo su negociación y suscripción, pues el Gobierno extranjero deberá resultar responsable en todo caso.

Por otro lado, la regulación española presenta una esencial diferencia respecto al sistema del FMS en el que se ha inspirado y que seguramente ha incidido, junto a lo expuesto anteriormente, en que hasta la fecha no se haya suscrito ningún contrato Gobier-

no a Gobierno. Así, el FMS se configura¹⁴ como una herramienta de política exterior y de seguridad nacional con el fin de facilitar la «defensa común», por lo que responde a criterios de política internacional de un país con intereses estratégicos en todo el planeta y con una potente industria de defensa, configurándose el FMS como una política de Estado en la que intervienen los principales poderes del país. Sin embargo, la regulación española se ha realizado de manera sectorial y parece atender a criterios exclusivos de capacidades militares limitando la intervención al Ministerio de Defensa, sin tener en cuenta que se trata de una política de Estado en la que debería haberse recogido una mayor intervención de otros órganos del Estado y en la que las medidas de fomento a adoptar no se limiten a las que pueda prestar el Ministerio de Defensa, sino que puedan incluir otro tipo de medidas, incluidas las de carácter financiero.

2.4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Por último, siempre que no resulte de aplicación el artículo 346 del TFUE ni la Ley 24/2011 o alguna de las excepciones contenida en esta última, será de aplicación la normativa general sobre contratación del sector público y a la que se sujeta más del 80 % de la contratación anual del Ministerio de Defensa.

No obstante, hay que tener en cuenta que también hay supuestos especiales que quedan excluidos de la misma, algunos similares a los previstos en la Ley 24/2011, aunque no siempre se utilice la misma terminología. En este punto interesa destacar de la nueva Ley que ha sistematizado los negocios y contratos excluidos por ámbitos, siguiendo en este punto lo que venían haciendo las directivas, en vez de hacer una única enumeración como hacían sus predecesoras. Dedicar el artículo 5 al ámbito de la Defensa y de la Seguridad, aunque hay otras exclusiones que también serán aplicables.

En cuanto al artículo 5, excluye, además de los convenios del 346 TFUE y los contratos sujetos a la Ley 24/2011, otros supuestos como los contratos que deban sujetarse a un procedimiento de contratación específico establecido en virtud de un acuerdo o convenio internacional o por una organización internacional o por una institución financiera internacional, o relacionados con el estacionamiento de tropas.

No obstante, la principal novedad la constituye la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 de determinados contratos de concesiones de obras y concesiones de servicios que se celebren en el ámbito de la seguridad y de la defensa, en los siguientes casos:

- a) Que sean adjudicados en el marco de un programa de cooperación basado en la investigación y el desarrollo de un nuevo producto y, en su caso, también relacionados con el ciclo de vida del mismo o partes de dicho ciclo, siempre que participen en el programa al menos dos Estados miembros de la Unión Europea.
- b) Los que se adjudiquen en un tercer Estado no miembro de la Unión Europea para efectuar compras, incluidas las de carácter civil, cuando las Fuerzas Armadas estén desplegadas fuera del territorio de la Unión y las necesidades operativas hagan necesario que estos contratos se concluyan con los empresarios situados en la zona de operaciones. A los efectos de esta ley, se entenderán incluidos en la zona de operaciones los territorios de influencia de ésta y las bases logísticas avanzadas.

¹⁴ Foreign Assistance Act of 1961 (FAA) y The Arms Export Control Act of 1976 (AECA).

- c) Las concesiones que se adjudiquen a otro Estado en relación con obras y servicios directamente relacionados con el equipo militar sensible, u obras y servicios específicamente con fines militares, u obras y servicios sensibles.

Hasta ahora, dichos contratos no estaban excluidos de la legislación sobre contratos del sector público y tampoco entraban en el ámbito de aplicación de la Ley 24/2011 (que excluía los contratos de concesión de obras públicas, el de gestión de servicios públicos o los contratos administrativos especiales).

Por otro lado, existen otros supuestos de exclusión no directamente relacionados con la defensa y la seguridad pero que pueden tener una importante incidencia en ella, como es el caso de los convenios de colaboración del artículo 6, especialmente los que se celebran por las Fuerzas Armadas con diferentes universidades, o los contratos de I+D+I del artículo 8.

Asimismo, tiene especial incidencia en el ámbito del Ministerio de Defensa la nueva regulación de los encargos a medios propios personificados contenida en el artículo 32 de la Ley 9/2017 y completada por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ya que tienen esta consideración tanto el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas»¹⁵ como la Sociedad Mercantil Estatal Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España, S.A. (ISDEFE).

3. OTRAS CONSIDERACIONES DE TIPO PRESUPUESTARIO QUE INCIDEN EN LA CONTRATACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Por último, una vez analizado, si bien someramente, el régimen jurídico aplicable a la contratación del Ministerio de Defensa, conveniente hacer referencia a uno de los principales problemas con los que se encuentran los órganos de contratación del ministerio y que deriva de que los créditos presupuestarios necesarios no se encuentran en su totalidad disponibles al inicio del ejercicio presupuestario, sino que los mismos se van generando a lo largo del mismo con cargo al Fondo de Contingencia de Ejecución Presupuestaria definido en el artículo 50.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: *«El presupuesto del Estado, a fin de hacer frente durante el ejercicio presupuestario a necesidades inaplazables, de carácter no discrecional para las que no se hiciera en todo o en parte, la adecuada dotación de crédito, incluirá una sección bajo la rúbrica «Fondo de Contingencia de ejecución presupuestaria», por importe del dos por ciento del total de gastos para operaciones no financieras, excluidos los destinados a financiar a las comunidades autónomas y entidades locales en aplicación de sus respectivos sistemas de financiación y consignados en una sección presupuestaria independiente de dicho presupuesto».*

En el ámbito del Ministerio de Defensa, el recurso al Fondo de Contingencia tiene una extraordinaria importancia, ya que tradicionalmente la participación de nuestras Fuerzas Armadas en las diferentes misiones internacionales de mantenimiento de la paz viene financiándose a través de dicho Fondo, lo que ha dado lugar a numerosas críticas y a que el Tribunal de Cuentas recomiende abandonar ese sistema (Informe de fiscalización de la participación de las Fuerzas Armadas Españolas en misiones internacionales, ejercicios 2009 y 2010,», n.º 943). El mecanismo utilizado consiste en dotar en los Presupuestos Generales del Estado para cada año una pequeña dotación y configurar dicho

¹⁵ Real Decreto 925/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial «Esteban Terradas».

crédito como ampliable, procediendo posteriormente a su ampliación con cargo al Fondo de Contingencia. De ahí que el Tribunal de Cuentas haya denunciado la «falta de rigor y realismo» de dicho modelo, por no tratarse de gastos imprevistos puesto que «como se ha podido analizar, la práctica totalidad de las misiones llevadas a cabo en estos ejercicios tuvieron su origen en ejercicios anteriores, por lo que su gasto pudo y debió preverse y planificarse». Por ello recomendaba diferenciar claramente las operaciones en curso de las operaciones imprevistas «procediendo, en el primer caso, a la inclusión de estos costes en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio y continuando con el procedimiento actual de ampliación con cargo al Fondo de Contingencia en el supuesto de nuevas operaciones aprobadas con posterioridad a la tramitación de los presupuestos», a lo que habría que añadir también la posibilidad de financiar con cargo al Fondo de Contingencia las necesidades imprevistas que pudieran surgir en las operaciones en curso.

De ahí que lo correcto sería incluir esos créditos en el presupuesto del Ministerio de Defensa, tal y como hacen los países de nuestro entorno. En este sentido, en el estudio realizado por Antonio Fonfría Mesa («Presupuesto de Defensa 2015: Sin Novedad», IEEE¹⁶) destaca que frente a España, en el que la dotación inicial para operaciones en el exterior es entre el 2 y el 5% aproximadamente del crédito necesario, en Reino Unido, Alemania y Canadá es cercano al 100%, en Francia es del 70%, y va creciendo, y en Holanda oscila entre el 70% y el 90%.

En este punto, si bien es cierto que los Presupuestos Generales del Estado para 2018 han incrementado esta dotación, todavía queda un largo camino que recorrer.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARIÑO Y ASOCIADOS, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Editorial Comares, Granada, 2005.
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS J.A. *Comentarios a la contratación de las Administraciones Públicas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, IUGM, Madrid, 2013.
- CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJAS J.A. *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2018.
- ESCRIHUELA MORALES, *La contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y servicios*. Editorial La Ley, Madrid, 2011.
- FONTAINE, M. y DE LY, F. *La redacción de contratos internacionales*, Editorial Civitas, Madrid, 2013.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. *Manual de contratación del Sector Público*, Editorial Comares, Granada 2011.
- GIMENO FELIÚ, J.M. *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2014.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.). *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2018.
- HUERTA BARAJAS, J.A., El Artículo 346 del TFUE a la vista de la legislación española de Defensa en VV.AA. La contratación y el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, CESEDEN, marzo de 2017.

¹⁶ http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO07-2015_Presupuesto2015_AntonioFonfría.pdf

- JIMÉNEZ APARICIO, E. (coord.). *Comentarios a la legislación de contratación pública*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016.
- MOLL FERNÁNDEZ-FÍGARES, L.S. *Los encargos a medios propios en la legislación actual*, Editorial Reus, Madrid, 2017.
- MORENO GIL, O. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. Editorial Civitas, Pamplona, 2012.
- PALOMAR OLMEDA, A. (dir.). *Régimen Jurídico de la Industria al Servicio de la Defensa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dir.). *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- PÉREZ MUINELO, F., JIMÉNEZ BASTIDA, J.L. y MARTÍN CASARES, G. Análisis de los Presupuestos en Defensa y Seguridad de España en 2017. IDS, mayo de 2017.
- RUIZ OJEDA, A. y GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a su Reglamento de desarrollo parcial* (Doctrina, jurisprudencia y concordancias), Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.). *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J. *La modificación de los contratos públicos*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2015.
- VV. AA. *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Ministerio de Defensa, Madrid 2012
- VV.AA. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídico militares. Ministerio de Defensa, Madrid, 2001.
- VV.AA. *La nueva regulación de los convenios de colaboración y memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2005.
- VV.AA. *Las privatizaciones de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2000.

LA GESTIÓN DE LAS AGUAS DESALINIZADAS

José Manuel de la Peña Sánchez

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PLANTEAMIENTO.—3. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS PRIVADAS.—4. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE AGUAS DESALINIZADAS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS PRIVADAS INCLUIDAS EN LA PLANIFICACIÓN.—5. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN CONTENIDAS EN EL PLAN HIDROLÓGICO DE CUENCA.—6. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALINIZACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS CON UNA LEGISLACIÓN SINGULAR.—7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La desalinización, desalobración o desalación es una actividad que técnicamente consiste en extraer de aguas no aptas para su aprovechamiento aguas que sean susceptibles de aprovechamiento útil para la actividad humana ya sea para el abastecimiento a poblaciones ya sea para su uso agrícola o industrial.

El desarrollo tecnológico de la actividad de desalinización ha supuesto un cambio en los presupuestos fácticos para su consideración jurídica, ya que ha pasado de una actividad que supone la alteración/aceleración del ciclo hidrológico a basarse en una técnica extractiva del agua útil de las aguas saladas, cuyo problema principal como actividad es precisamente el destino del rechazo o vertido de las aguas/salmueras residuales del proceso.

Paralelamente, la aparición de una agricultura fuertemente tecnificada supone que en cuanto necesidad no baste el agua común o natural del aprovechamiento para su utilización en las nuevas formas de cultivos, sino que estos nuevos sistemas de cultivos (invernaderos, sistema de riego por goteo, etc.) exigen que el agua empleada tenga determinadas características físicas y químicas (determinado nivel de microconductividad, ausencia de ciertos elementos químicos en las sales disueltas) que implica la necesidad de que el agua natural sea tratada para su uso, y este tratamiento es mayoritariamente un tratamiento de desalinización. En este punto, y a título de ejemplo, basta señalar que en el ámbito de la demarcación hidrográfica del Segura existen más de novecientas instalaciones de desalinización para este fin de satisfacer las necesidades del uso agrícola, lo que da una idea aproximada de la magnitud de la cuestión.

De otro lado, el desarrollo de actividades económicas ligadas a auténticos nuevos derechos sociales planteados como irrenunciables en la sociedad occidental, como es el caso del derecho al ocio, las vacaciones ligadas a la actividad turística o la ampliación de la expectativa de vida superada la edad de jubilación ha supuesto un aumento de la demanda de agua, en muchos casos estacionalizada, que además en las cuencas mediterráneas suele coincidir con un período de estiaje o menor aportación de los recursos hidráulicos convencionales, lo que lleva a la necesidad de aplicar tales técnicas de desalinización para satisfacerla.

2. PLANTEAMIENTO

Sobre esa compleja realidad social que supone considerar el agua no como un recurso natural que necesita una ordenación sino como un auténtico factor de producción y por tanto susceptible de un valor económico o precio de transacción surge la necesidad de ordenar jurídicamente tanto la actividad de desalinización como el contenido del aprovechamiento de las aguas que se obtienen con el desarrollo de esta actividad de desalinización.

El artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, define la obra hidráulica en los siguientes términos:

A los efectos de esta Ley, se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada a la captación, extracción, **desalación**, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas, así como el saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización de las aprovechadas y las que tengan como objeto la recarga artificial de acuíferos, la actuación sobre cauces, corrección del régimen de corrientes y la protección frente a avenidas, tales como presas, embalses, canales de acequias, azudes, conducciones y depósitos de abastecimiento a poblaciones, **instalaciones de desalación**, captación y bombeo, alcantarillado, colectores de aguas pluviales y residuales, instalaciones de saneamiento, depuración y tratamiento, estaciones de aforo, piezométricos, redes de control de calidad, diques y obras de encauzamiento y defensa contra avenidas, así como aquellas actuaciones necesarias para la protección del dominio público hidráulico.

De esta enumeración reiterativa se extrae la conclusión de que las instalaciones de desalación y las obras destinadas a desalación son obras hidráulicas. Queda fuera de este breve comentario si las instalaciones de desalación que además para su aprovechamiento forman una unidad integrada de explotación con instalaciones de almacenamiento y conducción constituyen una única obra hidráulica o son varias.

El primer eje para analizar la regulación del aprovechamiento de las aguas desalinizadas es su íntima conexión con la obra hidráulica que las genera. Desde esta primera perspectiva, el criterio rector será la titularidad de las obras hidráulicas, y así tendremos instalaciones de desalinización que serán obras hidráulicas privadas e instalaciones de desalinización que serán obras hidráulicas públicas.

El segundo eje del análisis del aprovechamiento de las aguas desalinizadas es su vinculación con la planificación hidrológica, de manera que podremos encontrar aprovechamientos de aguas desalinizadas incluidas en la planificación hidrológica, tal y como establece el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta Ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.

Determinando además en el artículo 42 del citado texto legal como uno de los contenidos del Plan Hidrológico de Cuenca las infraestructuras básicas requeridas por el plan.

De otra parte, no podemos olvidar una secular tradición administrativa español en materia de obras hidráulicas consistente en regular las obras hidráulicas y los aprovechamientos que de ellas se derivan a través de leyes singulares, excluyentes de la aplicación de la ley general de la materia.

Del juego de ambos ejes de ordenación vamos a analizar las siguientes situaciones:

- Instalaciones de desalación que son obras hidráulicas privadas que generan aprovechamientos privados no incluidos en la planificación hidrológica.
- Instalaciones de desalación que son obras hidráulicas privadas que generan aprovechamientos privados incluidos en la planificación hidrológica.
- Obras hidráulicas de desalación incluidas en la planificación hidrológica que determinan aprovechamientos correspondientes a demandas incluidas en el plan.
- Obras hidráulicas de desalación que suponen instalaciones de desalación no contenidas en la planificación hidrológica y cuyo aprovechamiento viene también regulado por la ley singular que le sirve de cobertura.

3. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS PRIVADAS

Como hemos expuesto anteriormente en la introducción, aunque al lector le puede resultar extraño acostumbrado a la consideración de las instalaciones de desalinización como grandes obras hidráulicas, lo cierto y verdad es que constituye una realidad usual en aquellas zonas de agricultura altamente tecnificada que aprovecha recursos de aguas subterráneas, precisamente para que las aguas empleadas se encuentren dentro de los parámetros exigidos por esa actividad agrícola.

El artículo 13.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, dispone:

1. Con carácter general, la actividad de desalación de agua marina o salobre (que es mayoritariamente el caso del presente supuesto) queda sometida al régimen establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley 22/1988, de Costas, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable.

Remisión que nos lleva al apartado 1 del artículo 52 de la citada Ley de Aguas, que establece:

1. El derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.

En este caso, la actividad genera unos vertidos del agua sobrante o salmuera que determinaría como actividad que estuviese sometida a concesión, aunque por razones de espacio no vamos a desarrollar la cuestión que queda en este punto planteada.

En cuanto al uso, es precisamente la expresión «disposición legal» la que con carácter general va a plantear los problemas de interpretación atendiendo especialmente a la circunstancia de la existencia transitoria de aprovechamientos privados contenidos en la Ley de Aguas de 1985.

El artículo 54.2 de la Ley de Aguas establece un límite de 7.000 metros cúbicos que pueden ser atribuidos al propietario del predio en el que se encuentre el pozo, y por tanto podría plantearse como primera cuestión que un dueño de una finca podría abrir un pozo de caudal inferior a 7.000 metros cúbicos que necesitase instalaciones de desalación para su uso, bastando una autorización de vertidos de las salmueras.

La cuestión polémica que queremos dejar planteada no está en el supuesto anteriormente descrito dada su escaso volumen, sino en la consideración de la actividad de desalación como *adminicula iuris* del aprovechamiento transitorio de aguas privadas o

por el contrario su relevancia en cuanto modificación de las condiciones del aprovechamiento. Todo ello en relación con al apartado 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley de Aguas de 1985 y recogida en el texto refundido de la misma aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

Recordemos lo que dice el citado precepto:

3. En cualquiera de los supuestos anteriores (aprovechamientos de pozos derivados de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879), el incremento de caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley.

Si consideramos principal la actividad de desalinización que requiere concesión por la cuestión de los vertidos de las salmueras y que ello arrastra la situación transitoria preexistente, la conclusión será la necesidad de transformar el aprovechamiento temporal de aguas privadas en una concesión administrativa.

Si por el contrario consideramos que la actividad de desalinización no es la principal sino como una actuación accesoria del aprovechamiento transitorio para mantener su virtualidad, habrá que determinar si esa necesidad de desalinización que está vinculada al tipo y modo de cultivo supone una modificación de tal naturaleza del aprovechamiento que requerirá de una concesión y por tanto la transformación de la totalidad de la explotación en concesión declarando extinguido el régimen transitorio

Por el contrario, si consideramos que la instalación de desalación lo que supone incluso es una reducción de caudales y no un aumento del mismo y realmente es mantener el mismo uso agrícola a través de la consideración de la desalinización como una intervención en la calidad del recurso precisamente para mantener ese uso agrícola amparado por la disposición transitoria de la Ley de Aguas de 1985, la conclusión será una separación entre el aprovechamiento y la intervención en la actividad y el mantenimiento del aprovechamiento temporal de aguas privadas.

4. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE AGUAS DESALINIZADAS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS PRIVADAS INCLUIDAS EN LA PLANIFICACIÓN

Dentro de este apartado, nos encontramos con dos supuestos: de un lado, la existencia de pronunciamientos generales sobre la cuestión de las instalaciones de desalinización ligadas a aprovechamientos preexistentes; el otro aspecto, es el desarrollo de las instalaciones de desalinización vinculadas a la concurrencia competencial con las comunidades autónomas y eventualmente con las corporaciones locales.

El primer aspecto se refiere a instalaciones de desalinización anteriores al año 2005, que constituían una actividad privada y que generaban un recurso privado al tener tomas directas los usuarios sin discurrir por dominio público. Estos recursos en algún caso significativo de cultivos costeros simplemente se han integrado dentro de las unidades de demanda agrícola sin que se haya producido una actividad administrativa de intervención más allá de esa declaración del plan de inclusión de la producción para satisfacer esa demanda agrícola, quedando en una situación de indefinición, atendiendo a la circunstancia que la Ley 11/2005, de 23 de junio, de modificación del Plan Hidrológico Nacional, que demanializa la actividad de desalación, aplicando la norma transitoria sobre las instalaciones y aprovechamientos preexistentes.

Y ello tal vez para evitar la situación conflictiva de una posible expropiación legislativa derivada de la declaración de demanialidad del agua desalinizada con los correspondientes costos por las indemnizaciones y o el mantenimiento de las instalaciones.

El segundo aspecto se trata de instalaciones de desalación generalmente vinculadas a proyectos turísticos que desarrollan actividades urbanísticas y que suponen un aumento de la demanda de aguas para abastecimiento de poblaciones con la intervención de la Administración competente en la materia, ya sea la comunidad autónoma o la corporación local.

En este apartado interesa destacar y dejar señalado dos aspectos jurídicos importantes:

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que las instalaciones de desalación promovidas en este caso han tenido como finalidad la de acreditar la suficiencia de recursos para atender a las demandas derivadas de los instrumentos de planeamiento territorial, y que la integración en la actividad de la administración hidráulica se ha producido mediante la técnica del informe como medio de colaboración entre administraciones y como forma de ejercicio de competencias propias en una situación concurrente, tal y como se desprende de lo establecido en el párrafo segundo del número 4 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

Quando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos para satisfacer tales demandas.

Es de sobra conocida la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de declarar la nulidad de pleno derecho de los instrumentos de planeamientos en los que el informe de la Confederación Hidrográfica correspondiente sea negativo.

El segundo aspecto a señalar es la consecuencia imprevista producida por la intervención de entes instrumentales de la comunidad autónoma o de la corporación local (sociedades municipales, empresas mixtas o sociedades de obras) por las restricciones presupuestarias y/o huida del derecho administrativo.

La intervención de esa persona instrumental interpuesta supone que el concesionario no va a hacer uso directo y exclusivo del agua desalinizada, lo que va a causar la atribución de la potestad tarifaria del aprovechamiento a la Administración hidráulica competente, a tenor de lo establecido en el artículo 13.5 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

5. En el supuesto de que el uso no vaya a ser directo y exclusivo del concesionario, la Administración concedente aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras.

5. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALACIÓN CONTENIDAS EN EL PLAN HIDROLÓGICO DE CUENCA

Como ya hemos señalado en el planteamiento de esta colaboración, uno de los objetivos de la planificación hidrológica es la adecuada satisfacción de las demandas de agua para lo cual el propio plan puede prever la realización de una serie de obras hidráulicas entre las que se pueden encontrar las instalaciones de desalinización.

Es un dato legislativo que ninguno de los planes hidrológicos intercomunitarios ha utilizado esa posibilidad reconocida a las normas planificadoras por la Ley de Aguas, con lo que el análisis que se va a realizar responde a las meras previsiones legislativas.

Para ello es necesario partir de la configuración legal contenida en el artículo 2.e) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en la redacción dada por la disposición final 1.1 de la Ley 11/2005, de 22 junio:

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

(...)

e) Las aguas procedentes de la desalación de agua del mar.

Es decir, la finalidad de la actividad de desalación es crear dominio público hidráulico que se incorpora como recurso a la planificación hidrológica.

El otro factor para el estudio del uso de las aguas desalinizadas es el régimen de las instalaciones de desalinización contenidas en un plan hidrológico atendiendo a por las previsiones contenidas en el título VIII del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que establece la posibilidad de que las obras se hagan por la Administración hidráulica o a través de sociedades estatales de obras reguladas en el capítulo II del referido título VIII.

Íntimamente ligada a la construcción de la obra pública hidráulica que es la instalación de desalinización, se encuentra la financiación de la misma y su repercusión a los usuarios, que excede del contenido del presente trabajo, pero que dejamos planteado, y cuya alternativa consiste en determinar si es de aplicación a los usuarios un canon que como tasa por uso de dominio público hidráulico tiene su fundamento en el artículo 114.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

2. Los beneficiados por otras obras hidráulicas específicas financiadas total o parcialmente a cargo del Estado, incluidas la corrección del deterioro del dominio público hidráulico, derivado de su utilización, satisfarán por la disponibilidad o uso del agua una exacción denominada «tarifa de utilización del agua», destinado a compensar los costes de inversión que soporte la Administración estatal y a atender los gastos de explotación y conservación de tales obras.

Y todo ello con las limitaciones tanto de fijación de los importes contenidos en el apartado 3 y la necesidad de su aprobación anual en los términos señalados en el apartado 7 del citado artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

O, por el contrario, es posible para la financiación de la construcción y explotación de la instalación de desalinización establecer un canon contractual incluido en el contenido de la concesión de uso del dominio público hidráulico que no se vea constreñido por el carácter de tributo que es la denominación de la tarifa de utilización del agua.

Por su parte, la finalidad que puede satisfacer esa instalación de desalación dentro de la planificación hidrológica es doble: la redotación de volúmenes para usos preexistentes o su vinculación a nuevos usos del agua.

En el primer caso, dado que el uso del dominio público hidráulico que es el agua procedente de la desalación exige un título habilitante que según el artículo 52 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, sólo puede ser en este caso la concesión del uso privativo.

Ahora bien, no conviene olvidar que en el caso de la redotación ya existe un aprovechamiento privado con su propio título habilitante pero que materialmente no es sufi-

ciente para el uso privativo previsto. Nuevamente aquí nos encontramos con varios supuestos:

En primer lugar, puede que el usuario del agua desalinizada tuviera una concesión de aguas superficiales o subterráneas para el uso privativo. En este caso, no puede hablarse de que sobre una misma finca existieran dos concesiones, la de aguas superficiales o subterráneas y la del agua desalinizada, sino que nos encontraríamos ante una modificación de la concesión que debería de ser única por aplicación analógica del artículo 59.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos.

En segundo lugar, la redotación puede ser necesaria para complementar un aprovechamiento temporal de aguas privadas inscrito en el Registro o anotado en el Catálogo a tenor de las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas de 1985. En este supuesto, sería de aplicación las previsiones prevista en el número 3 de la disposición transitoria segunda y tercera de la Ley de Aguas de 1985 y que tienen una redacción similar:

3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo previsto en esta Ley.

Precisamente el hecho de que estas disposiciones transitorias hablen de una «concesión que ampare la totalidad de la explotación.», refuerza el argumento analógico de que en todo caso nos encontraremos ante una única concesión y, por tanto, caso de que el título preexistente fuera una concesión, lo que procede es la modificación de la concesión original.

En el caso de que se trate de nuevos usos, nos encontramos con lo previsto en el artículo 123.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

1. Las obras hidráulicas pueden ser de titularidad pública o privada

No podrá iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de nuevos usos del agua, sin que previamente se obtenga o declare la correspondiente concesión, autorización o reserva demaniales, salvo en el caso de declaración de emergencia o de situaciones hidrológicas extremas.

Aun cuando ciertamente los nuevos usos casan mal con declaración de emergencia o situaciones hidrológicas extremas, y no se alcanza a comprender cuáles son esas situaciones de emergencia, lo importante es evitar la contradicción irresoluble que podría suponer tener una concesión para el uso privativo antes de la construcción de la instalación de desalinización que va a producir el recurso que fundamenta el uso privativo concedido.

Una primera solución bastante obvia sería determinar que la producción de agua desalinizada derivada de la obra pública hidráulica que se va a construir de acuerdo con las previsiones del plan hidrológica de cuenca es una reserva demanial de inicio o declarada así por el propio plan hidrológico que determine posteriormente la concesión en los términos establecidos en el artículo 55.3 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

3 Cuando existan caudales reservados o comprendidos en algún plan del Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, podrán otorgarse concesiones a precario que no consolidarán derecho alguno ni darán lugar a indemnización si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones.

Otra posibilidad sería que la concesión o autorización encuentre su fundamento en la aprobación de una intervención administrativa material con otro título competencial (por ejemplo, en la transformación en regadío de zonas de secano). En este caso, la nueva demanda de agua se incorporaría al plan hidrológico, lo que justificaría la planificación de la obra en los términos del artículo 42 de la Ley de Aguas antes transcrito, y se desarrollaría al amparo de esa actuación por otro título competencial un procedimiento de otorgamiento de concesiones que serían meras expectativas hasta la terminación de la obra pública hidráulica de desalinización que debe satisfacer esa necesidad. Incluso podría pensarse en tales concesiones virtuales de uso del dominio público como declaraciones que sirvieran para financiar la aportación exigible a los usuarios para la realización de la obra si tenemos en cuenta por ejemplo el principio de vinculación que en el caso del riego establece el artículo 61.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

6. APROVECHAMIENTOS DERIVADOS DE INSTALACIONES DE DESALINIZACIÓN QUE SON OBRAS HIDRÁULICAS CON UNA LEGISLACIÓN SINGULAR

Como ha señalado la doctrina administrativista, la legislación de fomento en materia de obras hidráulicas se ha caracterizado por una tendencia encaminada a regular actuaciones singulares para zonas o actividades concretas que permiten su calificación en muchos casos como auténticas leyes-medida

De esta tendencia secular no se ha librado la actuación en materia de instalaciones de desalinización que impulsadas a través de programas o planes individualmente aprobados han operado fuera de los parámetros de referencia de la planificación hidrológica regulándose de manera individualizada o singular y bajo unos condicionantes distintos de los contenidos en aquella.

En este sentido, ya la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social en su disposición adicional vigésimo tercera declara de interés general la desalación de agua de mar como aportación de nuevos recursos hidráulicos en el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Segura.

Por su parte, la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional recoge nuevamente obras públicas hidráulicas que son instalaciones de desalinización de agua de mar en su Anexo II. Obras que tampoco son asumidas por la revisión de la planificación hidrológica posterior.

Además, la ejecución y explotación de las mismas son asignadas a las sociedades estatales recogidas en el capítulo II del título VIII del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que en su artículo 132 señala:

1. Se autoriza al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción, explotación o ejecución de las obras públicas hidráulicas que al efecto determine el propio Consejo de Ministros.

Añadiendo a los efectos que ahora interesan en su apartado 2 el citado artículo 132:

2. Las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales a las que se refiere el apartado anterior se regularán mediante los correspondientes convenios, previo informe favorable del Ministro de Economía, que habrán de ser autorizados por el Consejo de Ministros y en los que se preverán al menos, los siguientes extremos:

El régimen de construcción o explotación de las obras hidráulicas de que se trate.

En consecuencia, el aprovechamiento privado de estas obras singulares de instalación de desalación construidas por sociedades estatales de obras públicas hidráulicas que fácticamente son las únicas existentes en la actualidad se rige por el convenio de explotación autorizado por el Consejo de Ministros.

Dicha interpretación tiene su acogida en el artículo 194.2.b) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en la redacción dada por el Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, que establece en cuanto a los requisitos de anotación de las características especiales de los aprovechamientos de aguas desalinizadas, la posibilidad de esa regulación por convenios con comunidades de usuarios como beneficiarios de dichas obras de desalinización.

El que el convenio de explotación regule el contenido del aprovechamiento privado de aguas desalinizadas no supone una vulneración de las formas de adquirir el derecho al uso privativo previsto en el artículo 52 de la Ley de Aguas, antes transcrito, desde el momento en que se trata de una previsión contenida en una disposición legal, cumpliendo con el principio de legalidad por la remisión habilitante al acto administrativo que recoge el propio artículo 132.2. de la Ley de Aguas.

Por tanto, la gradación en la adquisición del aprovechamiento privativo pasaría por la determinación genérica del sistema de explotación que prevea el convenio de gestión aprobado por el Consejo de Ministros y posteriormente el cumplimiento individualizado por el usuario de las condiciones previstas en el mismo, lo que se puede articular mediante un acuerdo o contrato singular entre la sociedad gestora y el usuario, su participación en una oferta pública del agua, etc.

Y lo que es interesante señalar es que la contraprestación del usuario a la sociedad estatal por el suministro del agua desalinizada se recoge en el propio convenio de explotación aprobado por el Consejo de Ministros, lo que también lo excluye de la aplicación de la tarifa por utilización del agua prevista en el artículo 114.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, considerándose pues como una contraprestación pública de carácter pecuniario aceptada por el usuario en el clausulado que regula el derecho al aprovechamiento privado mediante el suministro del agua por parte de la sociedad estatal.

A la misma conclusión, esto es que la adquisición del aprovechamiento privado se produce en virtud de las condiciones establecidas en el convenio de explotación aprobado por el Consejo de Ministros se llega si partimos de categorías generales del derecho administrativo tratando de encajar en las consideraciones contenidas en la Ley de Aguas

Como señala la Abogacía del Estado en su informe de 27 de abril de 2006:

La explotación por parte de una sociedad estatal de las aguas públicas resultantes de la obra pública hidráulica supone una cuestión novedosa en el Derecho español de Aguas, que no encontraría más encaje, a juicio de esta parte, que en la figura de la reserva demanial.

Calificación jurídica que también puede derivarse del artículo 123.1 de la Ley de Aguas transcrito ut supra en cuanto que por definición y al tratarse de obras singulares excluidas de la justificación jurídica derivada de la planificación hidrológica sólo puede referirse a nuevos usos.

Además, se carecerá de la cobertura para otorgar concesiones desde el momento en que las concesiones del aprovechamiento de aguas desalinizadas no pueden encontrar cobertura en la planificación hidrológica, a tenor de lo establecido en el artículo 59.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 d julio:

4. Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años.»

Lo que por exclusión sólo permite calificarla como reserva.

Al ser una reserva demanial a favor de la Administración General del Estado es ésta quien decide cómo gestionar esa reserva, e inicialmente lo hace de una forma directa a través de la sociedad estatal de obras públicas. Esta gestión directa a su vez no impide el uso de todas las formas posibles de gestión de la misma, y así podría utilizarse la fórmula de la concesión a precario prevista en el artículo 55.3 de la Ley de Aguas para asignar un aprovechamiento privativo del uso del agua desalinizada o incluso la figura de la autorización especial prevista en el apartado 59.5 de la Ley de Aguas cuando esa agua desalinizada sea el medio para el cumplimiento o satisfacción de una actuación administrativa en el ámbito competencial de una comunidad autónoma, como puede ser el caso de una actuación turística de interés regional o una actuación en el ámbito de la agricultura o de la ordenación del territorio.

Pero no es esto lo que en este caso concreto y en el desarrollo de la actuación singular de la obra pública hidráulica ha querido el Estado. Lo que ha querido el Estado es reservarse y gestionar directamente el recurso del dominio público hidráulico consistente en las aguas desalinizadas a través de unas instrucciones directas y concretas a una sociedad estatal de obras públicas que no es más que la personificación de una gestión directa del Estado.

Pueden argumentarse múltiples razones de índole política, económica o presupuestaria para justificar dicha opción, y en este sentido en diversos informes de la Dirección General del Agua y de la propia Abogacía del Estado se ha señalado con acierto que la reserva demanial tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de las directivas comunitarias en materia de agua en cuanto pretenden la recuperación de costes.

De esta manera, el aprovechamiento privativo del uso de las aguas desalinizadas se configura a través de una jerarquía escalonada de decisiones que comienza con la determinación de la reserva demanial a favor de la Administración General del Estado; en el segundo escalón, la Administración General del Estado decide gestionar la reserva demanial a través de una sociedad estatal cuyo capital es 100% público, y establece ese modo de gestión en unas instrucciones que se recogen en un convenio de gestión directa con la sociedad estatal; a partir de las disposiciones contenidas en el convenio de gestión directa en el tercer escalón, la sociedad estatal conviene con los usuarios las características del aprovechamiento privativo del recurso del dominio público que es el agua desalinizada, incluyendo el régimen de aportación para la financiación de la obra y en su caso el régimen económico de las obligaciones que deben soportar los usuarios cuyo importe en todo caso deberá cubrir los costes de explotación y los costes de amortización de las obras realizadas.

Y esto también lo ha entendido la Dirección General del Agua que en su contestación de 2 de abril de 2018 a una consulta planteada por la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Segura dice:

En tanto que estas sociedades estatales realizan explotación, se puede entender el convenio de gestión directa y/o sus modificaciones como paraguas de la actividad de desalinización

y, por tanto, ese convenio y/o su modificación que ampara la explotación de una planta desalinizadora, podemos considerarlo que hace las veces de una concesión para la actividad de desalinización, en el sentido del artículo 13 del TRLA (texto refundido de la Ley de Aguas).

En relación al segundo punto de su escrito (inscripción de los convenios) y en base a lo expresado para el primero, sí resultaría pertinente y convendría a juicio de esta unidad, la inscripción de tales convenios en el Registro de Aguas del organismo de cuenca.

Aunque la resolución no tenga una precisión jurídica («hacer las veces de concesión»), lo que sí viene a reconocer es una meridiana voluntad de regular el aprovechamiento privativo del uso del agua desalinizada a través de los correspondientes convenios de gestión, esto es mediante una regulación derivada de una disposición legal y no obligando a los usuarios a recurrir a la figura concesional.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- EZQUERRA HUERVA, Antonio: «El régimen jurídico de las obras hidráulicas», Fundación Instituto Euromeditarráneo del Agua (2007)
- JIMENEZ SHAW, Concepción: «Régimen Jurídico de la desalación de agua marina», Tirant Lo Blanch (2003)
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián: «Las obras hidráulicas en la Ley de Aguas», Civitas (2000)

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL SECTOR ELÉCTRICO Y SU REGULACIÓN

Rafael Ramos Gil, Pascual Sala Atienza

Aún está reciente en la memoria de muchos de nosotros el fallecimiento del que fuera gran preparador de muchas generaciones de Abogados del Estado, D. Manuel Goded Miranda. Nosotros pertenecemos a dos promociones distintas, la de 1989 es la de Rafael Ramos Gil y la de 1994 es la correspondiente a Pascual Sala Atienza. Diversas circunstancias de la vida, sin embargo, nos llevaron a abandonar la Abogacía del Estado e hicieron que coincidiéramos en el mismo sector, el eléctrico, y ciertamente podemos afirmar hoy en día que ello ha sido durante un período de tiempo prolongado puesto que éste abarca, ya, aproximadamente, más de quince años en ambos casos.

Durante todo este tiempo el sector eléctrico español se ha visto sometido a profundos avatares y cambios regulatorios, de tal manera que es ciertamente difícil reconocer hoy algunos de sus rasgos característicos iniciales. Por esta razón, pensamos en su momento que sería interesante para todos aquellos que se quisieran acercar al presente libro conocer un poco de la historia del sector eléctrico español, de su pasado, del presente, y del futuro que tiene que venir. En definitiva, ofrecer a los lectores una «breve historia del sector eléctrico español», de su regulación, que permita aproximarse a él de una manera comprensible para todos pero sin olvidar los importantes retos futuros que tiene que afrontar.

SUMARIO: 1. EL PASADO. 1.1. Desde los inicios hasta 1940. 1.2. La década 1940-1950. 1.3. La década 1950-1960. 1.4. La década 1960-1970. 1.5. La década 1970-1980. 1.6. La década 1980-1990. 1.7. La década 1990-2000. 1.8. La década 2000-2010.—2. EL PRESENTE.—3. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO. 3.1. Introducción. Los pilares de la política energética de la Unión Europea. 3.2. El Paquete de Energía Limpia para todos los ciudadanos europeos.—4. DESARROLLO NORMATIVO EN REDES, MERCADOS Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA. 4.1. El transporte y la distribución. 4.2. La competitividad y sostenibilidad económica del sistema. El mercado interior de la energía. 4.2.1. El MIBEL como mercado regional europeo. 4.2.2. La transparencia en los mercados.—5. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA.—6. EL RÉGIMEN DE GOBERNANZA. GOBERNANZA EUROPEA Y REGULACIÓN NACIONAL. 6.1. Gobernanza europea. 6.1.1. Gobernanza para la energía y el clima. 6.1.2. Gobernanza de ACER. 6.2. Gobernanza española.—7. CONCLUSIONES

1. EL PASADO¹

1.1. Desde los inicios hasta 1940

La historia comienza, más o menos, hace más de cien años, a finales del siglo XIX y principios del XX. El año 1873 constituye —según se dice— el punto de partida de la

¹ Para la redacción del pasado del sector eléctrico español se han utilizado y consultado los siguientes libros: *El sector eléctrico a través de UNESA, 1944-2010* y *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, de Javier Salas Hernández, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1977.

utilización industrial de la energía eléctrica en nuestro país. En esa fecha, los señores Xifrá y Dalmau montaron en la barcelonesa Rambla de Canaletas la primera central desde la que distribuyeron, poco después, energía eléctrica a varios establecimientos comerciales y fabriles de la ciudad de Barcelona entre los que destacaba «la Maquinista Terrestre y Marítima».

Desde la perspectiva regulatoria, las características técnicas y económicas de la producción y suministro de electricidad durante los primeros años de su explotación explican que la intervención administrativa originaria estuviese en manos, fundamentalmente, de los Ayuntamientos. En efecto, de acuerdo con las Leyes Municipales de 20 de agosto de 1870 y 2 de octubre de 1877, tales corporaciones tenían atribuida «competencia exclusiva» en materia de «alumbrado»; competencia que se hallaba enmarcada dentro del «establecimiento y creación de servicios municipales referentes al arreglo y ornato de la vía pública, comodidad e higiene del vecindario» y enunciada junto a las funciones de «policía urbana» de las mismas entidades.

Sin embargo, poco a poco, y quizá como consecuencia del incipiente desarrollo industrial por el que atravesaba nuestro país, la Administración del Estado fue asumiendo funciones cada vez más relevantes en este campo, comenzando a estos efectos con el tema— que, a partir de ahí, ya sería universal y permanente en el tiempo— de los contadores. El Real Decreto de 26 de abril de 1901, justificado en base a las tradicionales competencias sobre «pesas y medidas», tenía como objeto la regulación de los aparatos contadores y la correspondiente verificación de los mismos a través del cargo de nueva creación de verificador de contadores de electricidad, y el dictado en el año 1904, el Real Decreto de 7 de octubre de ese año, pretendía establecer la obligación de las compañías suministradoras de electricidad de comunicar a la Oficina de Verificación cuántas reclamaciones recibieran de sus abonados, precisamente para con ello garantizar los intereses de los consumidores. Junto al tema de los contadores, el Real Decreto de 15 de junio de 1901, sobre instalaciones eléctricas y servidumbre forzosa de paso de las mismas, establecía, además de la competencia para el otorgamiento de la concesión para la construcción de dichas instalaciones, una serie de reglas técnicas a las que habían de someterse todas las instalaciones eléctricas, incluidas las de generación, quedando asimismo sujetas a la potestad inspectora por parte de la Administración. Este último Real Decreto fue sustituido, posteriormente, por el Real Decreto de 7 de octubre de 1904 anteriormente citado y, más tarde, por el Real Decreto de 27 de marzo de 1919. En resumen, a través de los reglamentos citados, de 1901, 1904 y 1919, la Administración no sólo sienta las bases de la intervención en el transporte de energía eléctrica mediante la técnica autorizatoria y la imposición de la servidumbre de paso a los terrenos por los que habían de discurrir, sino que también fija las reglas a que habían de sujetarse todas las instalaciones eléctricas. Otro de los ámbitos donde se manifiesta el poder regulatorio de la Administración fue, durante esas fechas y como no podía ser de otra manera, el relativo al suministro de electricidad propiamente dicho, por el efecto que tuvo sobre él en particular, y sobre la economía española en general, la crisis de subsistencia y el encarecimiento de los precios durante y después de la Primera Guerra Mundial. Son las llamadas Leyes de Subsistencias de 1915 y 1916 que habilitaban, en términos suficientemente amplios, las actuaciones de la Administración relativas al suministro de energía eléctrica, particularmente en su aspecto tarifario, limitando en este caso la libertad de la que hasta entonces gozaban las empresas para establecer el precio de aquella energía o prohibiendo la suspensión del suministro, salvo que se contase con autorización del Gobernador civil de la provincia respectiva quién podía denegarla cuando de la cesación o suspensión pudieran originarse graves alteraciones del orden público. Particular interés

tiene, a estos efectos, la Real Orden de 14 de agosto de 1920, que establecía ya, con carácter general, determinadas limitaciones al régimen contractual entre empresas suministradoras de electricidad y abonados sobre la base de tres principios fundamentales: I) los precios aplicables serían las tarifas fijadas por la Administración vigentes en la fecha de su publicación y cualquier elevación de los mismos debería autorizarse por el Gobierno, previa solicitud tramitada a través del Gobernador Civil de la provincia respectiva; II) las empresas estaban obligadas a suministrar energía a todo aquél que lo solicitase y a no suspender el suministro a quien estuviese al corriente del pago de sus cuotas; III) el título de imposición de estas limitaciones por parte de la Administración era la concesión o autorización por parte del Estado, la provincia o el municipio en favor de la empresa de producción o distribución o el uso de vías o terrenos de dominio público para el tendido de sus líneas o redes de distribución. Estos principios se desarrollaron, después, por el Real Decreto de 12 de abril de 1924 que utilizaba los títulos concesionales, autorizatorios o demaniales para justificar las limitaciones antes citadas, y que culmina el proceso de publicación comenzado años antes al declarar formalmente como servicio público el suministro eléctrico a los usuarios, sin que esta declaración, sin embargo, se extendiera a las demás actividades (generación, transporte y distribución). Debe señalarse que la potestad tarifaria se ejercía en aquellos momentos por la Administración de un modo singularizado, empresa por empresa, y en relación con cada una de las diferentes concesiones o autorizaciones otorgadas, quedando las empresas vinculadas singularmente con la Administración a la aplicación de unas tarifas determinadas en función del coste de la actividad y de la amortización de las correspondientes instalaciones. Los Reglamentos de Verificaciones de 19 de marzo de 1931 y de 5 de diciembre de 1933 unifican ciertas reglas de aplicación del servicio, estableciendo un régimen de «tarifas de aplicación» a fijar por Industria dentro de los límites permitidos por las «tarifas concesionales». No obstante, es de destacar que el ejercicio por la Administración de la potestad tarifaria no era— ni es en la actualidad— pacífico pues ya durante estos inicios existían enfrentamientos entre las empresas suministradoras de electricidad y la Administración a propósito de las tarifas. Buena prueba de ello son las Sentencias del Tribunal Supremo que declararon que toda modificación de las tarifas era improcedente si no iba precedida de una autorización administrativa y que, en ausencia de ésta, la elevación de las tarifas por parte de las empresas constituía un «hecho arbitrario» que forzosamente daba lugar a la devolución a los abonados de las cantidades cobradas de más (Sentencia de 23 de abril de 1930, de lo Contencioso-Administrativo).

1.2. La década 1940-1950

La electricidad, producida entonces mediante saltos de agua casi en su totalidad, se regía y gobernaba por el instrumento concesional, por la concesión propia de cada salto, que fijaba el caudal concedido, la potencia en caballos resultante de cada aprovechamiento, así como las tarifas de venta de la electricidad correspondientes a cada uno de ellos, que eran distintas atendiendo a su singularidad y al nivel de inversión y producción estimado. La guerra civil, como es obvio, fue un factor determinante de la crisis de este sistema primario tanto por la destrucción de muchas de las instalaciones como por la congelación de las tarifas eléctricas, y todo ello unido además a la inflación galopante y a la correlativa devaluación del dinero. Es a partir de 1940 cuando el Gobierno, para salir de la situación descrita, se decide a promover la producción de energía térmica, encomendándola a empresas del Instituto Nacional de Industria —creado en el año

1941—, que a su vez entregaban la energía producida a las empresas privadas distribuidoras conforme a las tarifas aprobadas por la Administración. Sin embargo, no es hasta el año 1944 cuando se consigue un ligero avance respecto a la situación anterior al dividirse el territorio nacional en «zonas eléctricas» interconectadas— obviamente, de un modo modesto— para poder articular así una respuesta global a la situación de restricciones, aprobándose además un «plan de conjugación de sistemas regionales de producción de energía eléctrica» a nivel nacional que suponía la ruptura con el sistema anterior, el sistema casuístico de las concesiones de saltos de agua. Y, en la presentación de ese plan jugó un papel fundamental una Sociedad de nueva creación, UNESA, si se recuerda el texto literal del artículo uno y dos de la Orden Ministerial de 2 de diciembre de 1944: «Artículo 1º. Se aprueba el plan de conjugación de sistemas regionales de producción de energía eléctrica propuesto por Don Jose María de Oriol y Urquijo, Presidente de UNESA, a quien se encomienda su ejecución. [] Artículo 2º. La Dirección General de Industria dará las órdenes oportunas para el cumplimiento del plan aprobado en el artículo anterior».

En efecto, 1944 es el año, también, de la creación y constitución de Unidad Eléctrica, S.A.» (UNESA)², sociedad anónima creada por las diecisiete empresas más importantes del sector cuya producción representaba el 80 %, aproximadamente, del total nacional, y que tenía como antecedente más inmediato la Asociación de Productores y Distribuidores de Electricidad, constituida el 16 de noviembre de 1920. Según los estatutos de UNESA, aprobados por Orden Ministerial de 3 de agosto de 1944, los fines de esta Sociedad eran los siguientes: a) conjugar las producciones de las distintas empresas integrantes de la misma mediante los programas de utilización de la energía, conducentes a lograr el aprovechamiento más completo posible de las fuentes generadoras y un amplio abastecimiento de los mercados; b) estudiar la tipificación de los materiales e instalaciones eléctricas de más frecuente aplicación con vistas a reducir su coste, nacionalizar su fabricación y perfeccionar los servicios eléctricos; c) estudiar cuantas cuestiones de carácter general interesen a la economía y a la técnica eléctrica, creando al efecto los centros de investigación y asesoramiento adecuados y contribuyendo a facilitar la formación profesional de los técnicos españoles; y d) ejercer las demás misiones y facultades que el consejo de administración estime de interés común. El fin fundamental de la sociedad era, no obstante, solventar el problema relativo a la conjugación de la producción y el transporte de electricidad entre distintas empresas y zonas del país y que era consecuencia tanto del desequilibrio entre zonas de producción y consumo de energía eléctrica como de la falta de redes generales de transporte e interconexión entre estas empresas y las zonas respectivas. Precisamente, para organizar la actividad misma de intercambio y cesión de energía entre empresas y zonas y con la colaboración de los llamados «*dispatchings*» regionales, se constituyó un órgano en la citada Sociedad, el RECA o Repartidor Central de Cargas, que a su vez se encontraba sometido a las normas y directrices de la Dirección General de Energía, haciendo de este modo que UNESA tuviera la consideración de entidad privada que ejercía «por delegación de la Administración» funciones públicas, algo que no era ni es inusual en nuestro Derecho a través de las figuras de los «delegados de la Administración» o de los «agentes o mandatarios» de la misma (por ejemplo, el artículo 20 de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, dentro del capítulo referente a la legitimación).

² UNESA ese transformó en asociación empresarial en el año 1999, adoptando la denominación social de «Asociación Española de la Industria Eléctrica». Posteriormente, el 27 de julio de 2018 ha cambiado su denominación social en «Asociación de Empresas de Energía Eléctrica» (AELEC).

Y esta situación no fue momentánea o coyuntural sino que se extendió de forma notable a lo largo del tiempo. Baste recordar, a estos efectos, el artículo 6 de la Orden de 31 de julio de 1969, que aprobaba el Plan Eléctrico Nacional, según el cual, «el Repartidor Central de Cargas de UNESA, siguiendo normas y directrices de la Dirección General de la Energía, continuará efectuando la conjugación de las diferentes zonas de producción de energía eléctrica, utilizándolas como una sola unidad de explotación para el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos [] La prioridad de funcionamiento de las centrales se ordenará por costes marginales de menor a mayor, teniendo en cuenta los gastos inherentes a la interconexión y transporte de la energía, procurando la máxima utilización de los recursos nacionales compatibles con la economía de la explotación y tendiendo a la colocación en la base del diagrama de cargas de las centrales nucleares y de las centrales térmicas de carbón a bocamina, con vistas a lograr una utilización mínima anual en año y medio de seis mil horas a las centrales de carbón y nucleares». O también puede recordarse la Orden de 23 de diciembre de 1972 por la que se establecían las bases para el desarrollo y explotación conjunta del sistema eléctrico peninsular, conforme a la cual el RECA recibiría de las empresas «información sobre la situación y evolución de las demandas y sus mercados y de las condiciones de explotación de los medios de producción y transporte» (artículo 9); prepararía, siguiendo las directrices de la Dirección General de Energía, «planes de explotación del Sistema Peninsular con periodicidad mensual», que actualizaría y desarrollaría cada semana (artículo 10); determinaría la «energía de socorro» que hubieran de prestar unas empresas a otras, «para corregir una eventual situación deficitaria» (artículo 11); y programaría el «oportuno intercambio», cuando una empresa «no pudiera colocar sus excedentes de energía» (artículo 12).

1.3. La década 1950-1960

Pero volvamos años atrás, concretamente a la década de los cincuenta del pasado siglo, donde se dieron los primeros pasos para una mayor liberalización de la economía al incrementarse de forma notable la renta nacional. Precisamente, para consolidar el nuevo ciclo inversor, fue necesario modernizar la gestión del sistema eléctrico y reformar y actualizar sus tarifas eléctricas. Éste fue el objetivo del Decreto de 12 de enero de 1951, de especial importancia en la historia de la electricidad en nuestro país. En aquella disposición, el Gobierno comenzaba recordando que la nacionalización de la industria eléctrica acontecida en otros países por medio de la creación de empresas públicas para gestionar el negocio eléctrico (Francia, Inglaterra, Portugal o Italia) tenía como razón económica la coordinación de los medios a través de las redes de transporte. Sin embargo, en nuestro caso, el Estado, que se declaraba respetuoso con la iniciativa privada, se proponía conseguir esos mismos objetivos por medio de regulaciones que produjeran resultados similares a los que se obtendrían con la concentración de las empresas en una sola sociedad pública. La nueva organización del servicio eléctrico mantenía la propiedad privada entonces existente y la pluralidad de sus gestores pero procedía a la unificación de la explotación del sistema eléctrico en todo el ámbito nacional, actividad en la que UNESA desempeñaba un papel fundamental puesto que, como afirmaba el preámbulo del Decreto, esta Sociedad «coordina la actividad de las sociedades eléctricas en ella integradas mediante el ejercicio de una acción pública realizada como si una sola entidad produjera, transportara y distribuyera la energía eléctrica en nuestro país». El Decreto de 1951 estableció y reguló el régimen de la Red General Peninsular, integrada

por los sistemas eléctricos de las sociedades que produjeran o distribuyeran al menos 25 GWh anuales (esto es, 25 millones de KWh por año) que supuso, de facto, la ruptura definitiva con el sistema anterior de diversos y múltiples sistemas concesionales y que obligaba a las empresas integradas en la Red a efectuar los transportes e intercambios de energía acordados con otras empresas u ordenados por la Administración por razones de utilidad pública. El Decreto de 1951 estableció, además, un sistema único de tarifas, las denominadas «tarifas tope unificadas», de aplicación en todo el país, que dejaron sin efecto las «tarifas de concesión propias de cada salto hidroeléctrico», y que se determinaron según una fórmula polinómica que tomaba en consideración los diferentes factores de coste de la electricidad con referencia al año 1935. El valor resultante de la aplicación de esta fórmula se incrementaba en un porcentaje que una Oficina Liquidadora de nueva creación (OFILE) destinaba a compensar el mayor coste de producción de la energía térmica, el mayor coste de la instalación de las centrales construidas a partir de 1939 y ciertos suministros especiales para los que la tarifa generaba pérdidas. Esta Oficina era, también, un Organismo de base fundamentalmente privada pues en ella se integraban las empresas eléctricas acogidas al sistema de tarifas tope unificadas quienes debían presentar además una propuesta al Ministerio para su organización y funcionamiento, si bien debía figurar permanentemente en el Organismo Rector de la misma un representante de la Dirección General de Industria a fin de aprobar y fiscalizar los acuerdos que se adoptaran y garantizar el cumplimiento estricto de las normas dictadas por el Ministerio para la aplicación de los recargos y la liquidación de las compensaciones. En fin, al término de la década de los cincuenta, la situación había cambiado notablemente: existía un sistema interconectado y un régimen jurídico uniforme para todo el territorio. Faltaba, quizás, un desarrollo más potente del parque generador, hecho que se produjo a partir de la década siguiente.

1.4. La década 1960-1970

La década de los sesenta tiene como referente inmediato el Plan de Estabilización de 1959, que supuso la apertura de nuestra economía al exterior y el crecimiento económico que ello conllevó, lo que se tradujo desde el punto de vista que aquí interesa en un importante crecimiento también de la demanda de electricidad, de la potencia instalada —que pasó de 6.500 MW aproximadamente a principios de 1960 a más de 23.000 a inicios de los setenta— y de la producción de electricidad —que se cuadruplicó en el período anteriormente mencionado—. Igualmente, se modificó también sustancialmente el parque generador, incrementándose con las centrales de carbón (tres grupos de la central de Compostilla; dos grupos de Soto de Ribera; uno de Guardo y otro de la Robla), las de fuelóleo (Escombreras, Santurce y Castellón) y la central nuclear de José Cabrera, en Zorita de los Canes, Guadalajara; lo que supuso a su vez una modificación de la estructura de la generación, fundamentalmente hidroeléctrica a principios de la década (85%, más o menos) y que disminuyó a más de la mitad a finales (40%, aproximadamente). Durante esta época, al igual que las anteriores, UNESA desarrolló un papel relevante pues a dicha Sociedad se le encomendó, por Orden Ministerial comunicada de 30 de noviembre de 1968, la elaboración del primer Plan Eléctrico Nacional, que fue aprobado definitivamente por Orden de 31 de julio de 1969, y que comprendía el período de 1 de enero de 1972 a 31 de diciembre de 1981. La importancia de este primer Plan era innegable pues supone un cambio trascendental, desde el punto de vista jurídico, de la situación de la planificación del sector eléctrico en España. Antes era fragmentaria y parcial,

bien desde el punto de vista territorial como los planes relativos a áreas territoriales determinadas que preveían la realización de obras destinadas a la producción de energía hidroeléctrica para riego, bien desde el punto de vista de la actividad a la que se referían como el «Plan de conjugación de sistemas regionales de producción» aprobado por Orden de 2 de diciembre de 1944 a que antes se ha hecho referencia, o la creación de la «Red General Peninsular» por el Decreto de 12 de enero de 1951, pues ambos hacían referencia fundamental a la planificación del transporte dejando fuera a muchas pequeñas empresas distribuidoras —sobre todo, en núcleos rurales— que no formaban parte de UNESA y, por consiguiente, no estaban conectadas a la Red, con lo que sus usuarios no podían beneficiarse de las ventajas que suponía el funcionamiento conjunto del sistema eléctrico. Ahora, el Plan Eléctrico —o la planificación eléctrica a través de este instrumento— va a suponer no solo la fijación, de un modo preciso, de las previsiones del desarrollo de la demanda de energía y de la potencia necesaria para cubrirla entre centrales hidráulicas, térmicas de combustibles convencionales y nucleares, sino también el establecimiento de una serie de condicionamientos concretos en relación con la instalación y funcionamiento de las centrales productoras de energía. Así, en primer lugar, se determinaba el tamaño de los grupos térmicos generadores de energía (entre 350 MW Y 500 MW, salvo en las provincias insulares en que podían autorizarse, excepcionalmente, grupos de menor potencia) y se fijaba un criterio para la localización de las nuevas centrales (la proximidad a los centros de consumo principales); en segundo término, se señalaba un porcentaje mínimo de participación de tecnología, equipo y trabajo de procedencia nacional, según el tipo de centrales, en el proyecto y la ejecución de las instalaciones que hubieran de construirse con arreglo al Plan Eléctrico Nacional; en tercer lugar, se mantenía la función del repartidor central de cargas (RECA) en UNESA y se establecía cuál había de ser la prioridad en el funcionamiento de las centrales (por costes marginales de menor a mayor, teniendo en cuenta los gastos inherentes a la interconexión y transporte de la energía, procurando la máxima utilización de los recursos nacionales compatibles con la economía de la explotación y tendiendo a la colocación en la base del diagrama de cargas a las de las centrales nucleares y alas de las centrales térmicas de carbón a bocamina); y, en cuarto lugar, se establecía el principio general de que las instalaciones de energía eléctrica que hubieran sido autorizadas con posterioridad al 30 de octubre de 1968 y las que se autorizaran en lo sucesivo quedarían incluidas en el Plan Eléctrico Nacional y sometidas a sus prescripciones. De este modo, las previsiones del Plan constituían, de facto, modulaciones de la actividad de las empresas eléctricas, que dejaban de estar sometidas a la discrecionalidad de la Administración en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones para venir sujetas a unos condicionamientos específicos.

1.5. La década 1970-1980

La década de los setenta viene caracterizada, desde una perspectiva general, por la situación de crisis económica iniciada en 1973 por la espectacular escalada de los precios del petróleo que no se detendrá en su camino ascendente sino hasta finales de 1983. En el campo económico general, dentro de nuestro país, la crisis del petróleo trajo consigo un fuerte incremento del precio de las materias primas y el correlativo planteamiento, como objetivo, de reducir la dependencia al mismo, lo que tenía unas consecuencias directas sobre las centrales de fuelóleo recientemente construidas en el ámbito energético en particular: por un lado, sustituir el empleo de derivados del petróleo en la pro-

ducción de electricidad, potenciando la utilización de fuentes energéticas alternativas, fundamentalmente entonces carbón y energía nuclear; y, por otro, aplicar tarifas eléctricas que permitieran que el precio de la electricidad se correspondiera con los costes reales del suministro, asegurando un uso racional de la misma. La primera revisión del Plan se produjo por Orden de 17 de julio de 1972, a iniciativa también de UNESA, y se aprobó por Orden de 17 de julio de 1972, abarcando el período entre 1 de enero de 1974 y el 31 de diciembre de 1983. Pero el año 1972 también es importante por otro hecho, concretamente por la implantación por el Decreto de 21 de diciembre de ese año del «sistema integrado de facturación de energía» (SIFE), régimen tarifario que sustituyó a las «tarifas tope unificadas» de 1951 mediante la creación de unas tarifas de estructura binómica (posteriormente sustituida por dos términos dentro de la tarifa) cuyo objetivo era estimular el uso racional de la electricidad y mejorar las condiciones de explotación de las instalaciones eléctricas. Con la nueva normativa, consecuencia en su mayor parte de las previsiones y condicionamientos establecidos por el Plan Eléctrico Nacional de 1969, se retribuía no solo la energía consumida sino también la potencia contratada con la finalidad —como se ha dicho— de estimular el uso racional de la electricidad. Además, en dicho Decreto se extinguió OFILE, la Oficina Liquidadora creada por el Decreto de 12 de enero de 1951, y se sustituyó por OFICO, la Oficina de Compensaciones de la Energía Eléctrica, que asumió casi la misma estructura y funciones anteriormente desempeñadas por aquélla. Un dato conviene resaltar a los efectos del presente trabajo y es que tanto los acuerdos de la Junta Administrativa de OFICO, imponiendo sanciones a las empresas integradas en ella, como los fallos del Jurado de Estimación, para resolver las discrepancias que pudieran surgir entre OFICO y las empresas a propósito de las inspecciones ordenadas por aquélla, eran actuaciones recurribles ante la Dirección General de Energía, lo que probaba el carácter administrativo de tales actos y la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo a continuación, a diferencia del carácter firme e inapelable de la resolución de la Dirección General a que aludían las Ordenanzas de OFILE. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1972 analizó, admitiéndolo previamente, un recurso interpuesto por una empresa eléctrica contra una resolución de la Dirección General de la Energía que, a su vez, había confirmado un acuerdo del Jurado de Estimación.

La finalización de la década de los setenta y la entrada en los ochenta se encuentra marcada por las consideraciones anteriormente realizadas, si bien con la sustitución de los denominados Planes Eléctricos por los Planes Energéticos Nacionales al igual que hacían los demás países de la Agencia Internacional de la Energía, institución creada durante la crisis del petróleo y con sede en París con la finalidad de sustituir el consumo de derivados del mismo por el de otras materias primas energéticas, potenciando el aprovechamiento de las fuentes autóctonas y diversificando también al máximo el abastecimiento procedente del exterior tanto en lo referente a las energías primarias utilizadas (carbón, gas, uranio, etc.) como en cuanto a los países de procedencia de las mismas. Se trataba de documentos cuya elaboración correspondía al Ministerio de Industria y Energía, que luego pasaban a ser debatidos y aprobados por el Congreso de los Diputados, y concluido el proceso de aprobación se presentaban también en la Agencia Internacional de la Energía dado que a ella le correspondía el encargo de repartir el petróleo disponible en caso de haber escasez en su abastecimiento. En ellos, pues, quedaban integrados los anteriormente denominados Planes Eléctricos, con todo su contenido característico: previsiones sobre la evolución de la demanda de energía eléctrica y fijación de los criterios de actuación, que abarcaban aspectos tan concretos como las centrales que debían ser construidas a lo largo del período de vigencia del mismo (habitualmente,

diez años), los recursos autóctonos que debían ser desarrollados, las medidas de ahorro eléctrico a establecer u otras consideraciones similares. El primer Plan Energético Nacional se aprobó en el año 1975, aún con fuerte dependencia del petróleo (en ese momento, el 70 % del consumo de energía primaria), y en unas circunstancias políticas y sociales difíciles como consecuencia del cambio de régimen político que se estaba operando en nuestro país; circunstancias todas ellas que determinaron que las cuentas del Estado tuvieran que absorber buena parte del incremento del coste de los productos petrolíferos. No obstante, es en 1975 también cuando se aprueba por Decreto un régimen de concierto entre la Administración Pública y el sector eléctrico, llamado la Acción Concertada, en virtud del cual se concedían beneficios y desgravaciones fiscales a las empresas para asegurar el cumplimiento de los objetivos fijados en el Plan Energético Nacional —y, de esta manera, aproximar los precios de la electricidad a los costes reales del suministro— a cambio de desarrollar el parque eléctrico contemplado en la planificación energética. En realidad, no es hasta 1979, con la aprobación del Segundo Plan Energético Nacional, cuando empezó a ponerse en marcha verdaderamente en España una estrategia de diversificación y sustitución del uso del petróleo; plan que se complementó con la aprobación en el año 1980 de la Ley de Conservación de la Energía, y en los años 1981 y 1982 de dos Reales Decretos que pretendían fomentar las minicentrales hidráulicas y la autogeneración de energía eléctrica (es decir, la generada por determinados agentes del sistema en sus procesos productivos sin ser un fin primordial de los mismos), iniciándose de este modo un régimen incipiente de fomento de las energías renovables y de la cogeneración que ahora, en estos momentos, se encuentran en pleno auge y desarrollo. La sustitución del petróleo como fuente de energía capaz de producir electricidad requería, obviamente, potenciar otras fuentes alternativas como el carbón y la energía nuclear y así se hizo: entre 1980 y 1986 fueron conectados a la red cinco reactores nucleares con más de 4.500 MW de potencia conjunta (Almaraz 1 y 2, Ascó 1 y 2 y Cofrentes) y catorce unidades de carbón con más de 5.000 MW en total (entre ellas, Narcea III, Robla II, Soto de Ribera III, Guardo II y Aboño II, de carbón nacional, y de carbón importado, Carboneras I y los Barrios). Como consecuencia de ello, a finales de 1986, el carbón (45 %) y la energía nuclear (30 %) se habían convertido ya en las principales fuentes para la producción de electricidad mientras que, a principios de la década de los setenta estas fuentes representaban solamente el 18 % y el 8 %, respectivamente. Pero la década de los ochenta no se caracteriza solo por el notable incremento del parque generador sino también por un desarrollo importante de la red de transporte por las empresas de UNESA, entonces titulares de la misma, lo que exigió a su vez el perfeccionamiento del Repartidor Central de Cargas (RECA) existente en la Sociedad; perfeccionamiento que se llevó a cabo a través de su transformación en el Centro de Control Eléctrico (CECOEL) y de la atribución de su gestión y explotación a una nueva sociedad creada por un Real Decreto en mayo de 1980 y separada de UNESA, la Asociación de Empresas para la Explotación del Sistema Eléctrico (ASELÉCTRICA), bajo la supervisión de un Delegado del Gobierno. Este es el antecedente más inmediato de lo que hoy conocemos como Red Eléctrica de España, el Operador del Sistema Eléctrico español.

1.6. La década 1980-1990

La década de los ochenta, presidida desde el punto de vista político por el cambio de Gobierno resultante de las elecciones de 1982, tuvo como hitos fundamentales los siguientes: I) las bases de la política energética aplicada por el Gobierno cristalizaron en

el «Primer Protocolo» de acuerdo entre el Gobierno y el sector eléctrico, iniciándose de esta manera un sistema de actuación que perduraría hasta finales de los años noventa, y que recogía los principales hitos que se iban a desarrollar después; II) la aprobación de un nuevo Plan Energético Nacional en marzo de 1984 en el que se revisaba la planificación energética del sector hasta el año 1992 (con una disminución del ritmo de crecimiento del parque generador y con una reducción de la generación con fuelóleo hasta la mínima técnicamente posible) y se establecía la moratoria nuclear de los cinco grupos con obras ya empezadas y en período de desarrollo: Los dos grupos de Lemóniz, próximos a entrar en servicio, pero cuyas obras se habían paralizado en 1982 por causa del terrorismo; los dos de Valdecaballeros, cuya construcción estaba bastante avanzada y el grupo dos de la Central de Trillo en fase de iniciación. Para financiar la moratoria nuclear, las empresas eléctricas debían ingresar un determinado porcentaje de las tarifas eléctricas (un 2,89% inicialmente, para pasar posteriormente a un 3,9%) en una cuenta intervenida administrativamente, lo que originó un encarecimiento de la tarifa eléctrica a través del recargo establecido; III) la nacionalización de la red de transporte eléctrico, entonces en manos de las empresas eléctricas, por medio de la creación de una empresa pública, de capital mayoritariamente público, Red Eléctrica de España, S.A, a quién correspondía «la gestión del servicio público de explotación unificada del sistema eléctrico nacional a través de la red de transporte de alta tensión», y que asumía internamente el servicio del CECOEL, lo que supuso la desaparición efectiva de ASELECTRICA (Ley de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional de diciembre de 1984, desarrollada por un Real Decreto de enero de 1985 en el que se autorizaba la creación de Red Eléctrica de España bajo la forma de Sociedad Anónima). De esta forma, la generación de electricidad y su transporte quedaban ahora separadas e independizadas de las empresas eléctricas, quienes debían presentar ahora previsiones diarias y semanales de evolución de la demanda así como sus programas de producción e intercambios para que, de este modo, la nueva empresa pudiera proceder a las sustituciones en los programas anteriormente mencionados que fueran necesarias para obtener una explotación óptima del conjunto de las instalaciones de producción y transporte, todo ello con la finalidad de garantizar la seguridad y calidad del servicio y consiguiendo un coste medio total mínimo en el abastecimiento del mercado eléctrico nacional; IV) el intercambio de activos entre las empresas pertenecientes a UNESA, dirigido a conseguir un mejor equilibrio económico financiero de las mismas por cuanto que la crisis del petróleo había producido efectos muy dispares en cada una de ellas, y que abarcó la titularidad de las centrales de generación o participaciones en ellas, instalaciones de distribución, terrenos e, incluso, mercados. Desde esta perspectiva, la transferencia de una parte de la capacidad de producción de las empresas con excedentes a aquellas otras con déficit de producción permitió reequilibrar la producción y el mercado de las mismas y redistribuir el problema económico financiero. El intercambio, en el que tuvo un papel muy destacado UNESA pues a ella le correspondió a través de la función arbitral fijar el precio de las instalaciones objeto de compraventa ante las diferencias existentes entre compradores y vendedores— fue aprobado por el Ministerio de Industria y Energía en diciembre de 1984, formalizándose en escritura pública en diciembre del año siguiente; V) la firma de un Segundo Protocolo Eléctrico, en febrero de 1986, que derivó en la necesidad de poner en marcha un nuevo sistema tarifario con el que poder hacer frente a los elevados costes del sector, muchos de ellos ajenos a su gestión. Surge así el Marco Legal y Estable (MLE), implantado mediante un Real Decreto de diciembre de 1987, por el que, previa valoración de los activos netos de las empresas, la tarifa eléctrica cubría todos los costes estándares de explotación de las mismas y garantizaba la total recuperación de sus inversiones a lo largo de la vida útil de las instalaciones siempre que los

costes de inversión y explotación procedieran de una eficiente gestión por parte de las empresas. En síntesis, una vez establecidos los valores, la Administración se comprometía a garantizar la recuperación total de los mismos mediante la aplicación de una tasa de retribución, con la actualización correspondiente al IPC anual, a lo largo de la vida útil de las instalaciones (25 años en el caso de las centrales termoeléctricas clásicas y nucleares y 65 años en el caso de las hidroeléctricas) y con un sistema de amortización anual. Como complemento de esta recuperación de los costes de inversión, cada año se calculaban asimismo los costes de operación y mantenimiento fijos y variables del sector, es decir, los de combustibles, personal, estructura, etc. No obstante, dado que las tarifas se fijaban a principios del año para regir durante el mismo, el sistema del Marco Legal y Estable incluía un método de corrección de las desviaciones que podían producirse entre las estimaciones iniciales de los costes y los valores reales que finalmente tenían dichos conceptos al término del ejercicio, y que consistía en la compensación de los excesos o defectos que habían tenido lugar en un año por medio de la modificación de las tarifas en los ejercicios posteriores. Y la suma de todos los conceptos de costes fijos y variables, estándares y estimados, que debían ser recuperados cada año, dividido todo ello por la demanda de energía eléctrica prevista para el mismo, constituía el precio medio que debía tener el KWh para que las empresas pudieran recuperar todos sus costes y, consecuentemente, ese era el precio que debía figurar en la tarifa y repercutirse a los clientes. El sistema así descrito, aunque fue objeto de algunas críticas, permitió a las empresas superar sus problemas financieros y sanear sus cuentas de suerte que cuando el Marco Legal y Estable dejó de aplicarse su situación económica era radicalmente distinta a la existente diez años antes.

1.7. La década 1990-2000

La década de los noventa se caracteriza por la progresiva liberalización del sector eléctrico español como consecuencia de nuestra pertenencia a la UE y de los intentos por ella de crear y constituir un verdadero y auténtico Mercado Interior de la Energía como paso para la consecución del objetivo general de crear y constituir un Mercado Interior Único en la Unión. Con la publicación de la Directiva relativa al «Tránsito de la electricidad por las Grandes Redes» en el año 1990, y sobre todo con la publicación de la Directiva sobre «Normas Comunes para el Mercado interior de la Electricidad», en 1996 se inicia realmente la equiparación de la energía eléctrica con cualquier otra mercancía o servicio. La de 1990 estableció el principio de libre acceso y utilización de las redes europeas por agentes compradores y vendedores de energía eléctrica ajenos a la propiedad de las mismas, y la de 1996 impuso a los Estados miembros, además de la separación jurídica y contable de las actividades reguladas (transporte y distribución) de las no reguladas (generación y comercialización), la exigencia de adoptar «las medidas necesarias para garantizar la apertura de sus mercados de electricidad», lo que se traduciría en un determinado calendario de plazos en que los consumidores cualificados podrían ya concertar libremente, con el suministrador que desearan, sus respectivos contratos de suministro. Y, junto a los principios antes citados, la Directiva del año 1996 también establecía la libertad e instalación de centrales y construcción de nuevas líneas por medio de autorización reglada o concurso mediante licitación; la libertad de acceso de terceros a las redes mediante el pago del correspondiente peaje, aunque igualmente se establecía la posibilidad del comprador único, posibilidad principalmente defendida por Francia; la independencia del Gestor de la Red de Transporte; y la libertad de impor-

tación y exportación de energía eléctrica. Desde el punto de vista interno, en el año 1994 se publica la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico (LOSEN), que creó como organismo regulador la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional con el objetivo de velar por la objetividad y transparencia del funcionamiento del sistema y que representó un primer paso en la liberalización de éste al distinguir un «sistema eléctrico integrado», con las características públicas de épocas anteriores, y un nuevo «sistema independiente», en régimen de libre iniciativa y competencia. Dicha ley, que no llegó a desarrollarse por completo, tuvo como antecedente el Plan Energético Nacional de 1991-2000, que partía del mantenimiento del equipo generador existente para satisfacer las necesidades de capacidad del sistema a través del alargamiento de la vida útil de las centrales existentes como opción menos costosa y de la incorporación progresiva de otras fuentes de producción de electricidad como el gas natural y las energías renovables y la cogeneración (durante la década de los noventa la producción del denominado régimen especial se multiplicó por quince alcanzando el valor medio existente en la UE). Y, precisamente, con la finalidad de reglamentar su régimen jurídico, se dictó un Real Decreto en el año 1994, que tenía por objeto el desarrollo reglamentario de la Ley de Conservación de la Energía del año 1980 en lo relativo a los requisitos y procedimientos para acogerse al Régimen Especial, a las condiciones de entrega de la energía y al régimen económico. Pero el hecho fundamental, desde el punto de vista interno, en la década de los noventa lo constituye la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, previo acuerdo con el sector materializado en el Tercer Protocolo Eléctrico denominado para el «Establecimiento de una Nueva Regulación del Sistema Eléctrico Nacional», que definía los plazos, medidas y salvaguardias que deberían ser puestos en práctica durante el período transitorio hasta alcanzar los objetivos de liberalización del mercado eléctrico y las bases de retribución adecuada de las actividades reguladas. La Ley de 1997, desarrollada por el nuevo Gobierno surgido de las elecciones celebradas el año anterior, presentaba las siguientes características: I) Se sustituía el concepto de «servicio público» por el de «servicio esencial», con la expresa garantía de suministro eléctrico a todos los consumidores. II) La explotación del sistema eléctrico nacional dejaba también de ser un servicio público de titularidad estatal, pero continuaba siendo ejercido en régimen de monopolio por Red Eléctrica de España S.A quien debería perder la mayoría pública en su accionariado. III) Se sustituía la planificación estatal para la instalación de centrales eléctricas por la libertad de instalación previa autorización administrativa, salvo en materia de transporte en que la planificación del Estado seguía siendo vinculante. IV) Se establecía la separación jurídica entre actividades reguladas (transporte y distribución) y no reguladas (generación y comercialización). V) El funcionamiento de las centrales de producción dejaba de estar sometido a una gestión económica conjunta del sistema para basarse en las decisiones de sus titulares en el marco de un mercado mayorista de producción eléctrica y, consecuentemente, la retribución de las actividades de generación ya no se realizaba en base a valores estándares de costes reconocidos sino en los resultados del mercado mayorista y en los propios de la contratación bilateral. En dicho mercado, que se gestionaba diariamente por la Compañía Operador del Mercado Español de la Electricidad (OMEL) en virtud de las prescripciones establecidas en un Real Decreto del año 1997 y de sus Reglas de Funcionamiento, las empresas productoras tenían la obligación de comunicar cada día libremente las condiciones, en cantidad y precio, a las que estaban dispuestas a vender la electricidad de sus instalaciones en cada una de las veinticuatro horas del día siguiente y la selección del funcionamiento de las mismas se llevaba a cabo teniendo en cuenta los precios ofertados para cada hora, hasta cubrir la demanda existente en dicho período, y retribuyéndose toda la energía en función del precio de la oferta marginal. Y como compradores podían actuar los distribui-

dores, los comercializadores y los propios consumidores, al principio solo los industriales, pero a partir de 2003 también los domésticos. Esta «casación» permitía elaborar el «programa diario base» que, posteriormente, era enviado al Operador del Sistema, Red Eléctrica de España S.A., para que comprobara su viabilidad desde el punto de vista técnico —posibles restricciones técnicas y de seguridad de la red de transporte— para garantizar la seguridad del suministro y un servicio de calidad adecuada. Asimismo, el Operador del Mercado debía informar a los agentes de las liquidaciones resultantes y de los cobros y pagos que tenían que hacerse entre ellos, poniendo a disposición de los mismos toda la información relativa a las ofertas y demandas, casadas y no casadas, en cada sesión horaria. VI) Un aspecto importante de la Ley lo constituyó el reconocimiento de los denominados «costes de transición a la competencia» (CTC), ya previstos en el Protocolo firmado entre el sector y el Gobierno, que tenían por finalidad garantizar la recuperación íntegra de las inversiones programadas mediante planificación centralizada al amparo del Marco Legal y Estable— así lo garantizaba el propio sistema en él establecido— para acceder, de este modo, al libre juego del mercado. Se fijaron en una cuantía aproximada de 1,7 billones de las antiguas pesetas durante un plazo de transición que finalizaría necesariamente en el año 2010 (de hecho, se extinguieron antes, concretamente en el año 2006 en que su saldo llegó a cero) y actuaron como un mecanismo de control del precio del mercado pues sólo llegarían a percibirse efectivamente si dicho precio se encontraba por debajo de las 6 ptas./KWh, que era el coste estimado medio entre dos centrales eficientes de carbón y gas, descontándose del saldo pendiente de cobro el exceso sobre esta cantidad. La consagración de este mecanismo compensatorio generó una acentuada polémica entre el Organismo Regulador, la entonces existente Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, y el sector eléctrico; polémica que se solventó, primero, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001, que analizó un recurso directo contra el Real Decreto por el que se aprobaban las tarifas eléctricas para el año 2000 en el que se cuestionaba precisamente la compensación por el concepto aquí tratado y en la que se reconoció la legitimidad del Poder Legislativo para proceder a su establecimiento «si lo estimaba adecuado para garantizar, por ejemplo, la estabilidad del sector eléctrico en su conjunto o la solvencia de las empresas de generación o la propia regularidad del suministro eléctrico, esencial en una sociedad desarrollada, al menos durante un período de tiempo determinado», habida cuenta que «hemos de partir, a este respecto, del hecho mismo de la existencia de unos costes ya incurridos, que forman parte de los costes fijos de las empresas de generación eléctrica existentes en 1997, cuya recuperación no va a ser posible en las mismas condiciones precedentes al pasarse de un sistema retributivo basado en costes estándar a otro basado en el precio marginal de la electricidad producida»; segundo, porque la Comisión Europea, tras un largo período de consultas de más de dos años, autorizó los CTC en la Decisión de 25 de julio de 2001, considerando que si los mismos constituyeran una ayuda de estado, ésta sería en cualquier caso compatible con el Derecho de la UE; y, tercero, finalmente, por cuanto el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 13 de septiembre de 2011, avaló, desde la perspectiva constitucional, la existencia de los CTC. VII) El suministro a los consumidores podía verificarse bien a través del suministro a tarifa de los distribuidores, bien en el mercado liberalizado a través de la contratación con un comercializador o de la adquisición directa de la energía en el mercado. Esta última posibilidad comprendió inicialmente a los denominados consumidores industriales, para luego convertirse en una posibilidad real para todos los consumidores, incluso los domésticos, a partir del año 2003. VIII) Se estableció un procedimiento de liquidación de los diferentes costes del sistema por medio de un reglamento de diciembre del año 1997 a cargo de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (retribución del transporte; de la distri-

bución y comercialización a tarifa; de los costes permanentes del sistema— CTC; costes por el desarrollo de actividades de suministro de energía eléctrica en territorios insulares y extrapeninsulares, Canarias y Baleares; costes reconocidos al Operador del Sistema, al Operador del Mercado y los de funcionamiento de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico— y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento, como las primas a la producción del régimen especial, la moratoria nuclear y la financiación del segundo ciclo de combustible nuclear, entre otros). Los ingresos que servían para satisfacer los costes referidos, y que debían ingresarse en una cuenta que administraba en régimen de depósito el Organismo Regulador, eran los ingresos conseguidos por aplicación de las tarifas y peajes vigentes a los suministros y accesos a las redes de transporte y distribución que hubieran tenido lugar en el período objeto de liquidación, y los ingresos por acometidas, verificaciones, enganches y alquileres de contadores y otros equipos de medida imputables a las empresas o agrupaciones de las mismas sometidas al proceso de liquidación. Lógicamente, de este sistema podía surgir un resultado positivo o negativo, dándose lugar en este último caso al que fue por todos conocido como «déficit tarifario» y que fue, a su vez, determinante de la derogación de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 y su sustitución por la del año 2013 como tendremos ocasión de señalar posteriormente.

1.8. La década 2000-2010

La entrada en el siglo XXI fue convulsa pues se caracterizó por importantes movimientos de concentración empresarial dentro del sector eléctrico a través fundamentalmente del mecanismo de las «ofertas públicas de adquisición» (OPA) que coparon buena parte de la atención de los medios de comunicación durante la primera mitad de la década del año 2000. Puede, a estos efectos, recordarse la OPA realizada sobre la empresa asturiana Hidrocantábrico que culminó, tras un largo proceso de mejoras de las diferentes posturas, con la adquisición de la compañía por la empresa eléctrica portuguesa Electricidade de Portugal (EDP). O la OPA lanzada por la empresa GAS NATURAL sobre IBERDROLA, y que no llegó a buen puerto retirándose durante el proceso de autorización, o la que aquella empresa lanzó posteriormente sobre ENDESA y que culminó con la presencia de la eléctrica italiana ENEL en su accionariado. También hubo intentos amistosos de concentración empresarial, vía acuerdo, por ejemplo, el que se planteó entre ENDESA e IBERDROLA y que se frustró por las condiciones excesivamente onerosas planteadas por el Gobierno para autorizar la fusión —los Consejos de Administración respectivos no aprobaron la fusión por esta razón— o el que definitivamente unió a las empresas GAS NATURAL y UNIÓN FENOSA dando lugar, en su momento, a la empresa GAS NATURAL FENOSA, ahora NATURGY. Junto a este hecho, la década del 2000 se caracterizó, también, por una lucha de las instituciones comunitarias —particularmente, de la Comisión Europea— contra la tarifa regulada en diferentes países de la Unión Europea (en Francia, Italia y España, por ejemplo), en especial contra las tarifas de alta tensión de los consumidores industriales, por considerar que se trataba de ayudas de estado no acordes al Derecho de la UE. Básicamente, la Comisión Europea se basaba para efectuar este cuestionamiento en que I) a los consumidores industriales, en virtud de dicha tarifa, se les concedía una ventaja competitiva por cuanto en el mercado liberalizado los precios eran notoriamente superiores a los resultantes de la aplicación del precio regulado; y II) en el tenor literal del artículo 3.3 de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior

de la electricidad —que había derogado la Directiva del año 1996 sobre esta misma materia— y que establecía que los Estados miembros debían garantizar a los clientes domésticos y a las pequeñas empresas el derecho al suministro de electricidad a unos precios razonables, pudiendo designar en este caso a un suministrador de último recurso. Es decir, por virtud de este segundo argumento, solo los clientes domésticos y las pequeñas empresas tendrían derecho a disfrutar de una tarifa regulada, derecho que no ampararía a los consumidores industriales. Como consecuencia de todo ello, la disposición adicional cuarta del Real Decreto de 29 de junio de 2007, por el que se ajustaban las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, suprimió las tarifas de alta tensión en nuestro país desde el 1 de enero de 2008, con la excepción de los que se encontraban acogidos a la conocida tarifa G4 (los grandes consumidores industriales) a quienes se les prorrogaba la tarifa citada hasta la fecha de entrada en vigor efectiva de la tarifa de último recurso, esto es, hasta el 1 de enero del año siguiente conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria Octava de la Orden Ministerial de 26 de diciembre de 2008, por la que se revisaban las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009 y la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley del Sector eléctrico de 1997. En definitiva, a partir del 1 de julio de 2009, fecha señalada en el Real Decreto de 3 de abril de 2009 por el que se regulaba la puesta en marcha del suministro de último recurso, solo los consumidores con una potencia contratada de hasta 10 KW podían estar sujetos a la nueva «tarifa de último recurso»³. Pero la influencia que tuvo en nuestro Derecho la Directiva 2003/54/CE no se circunscribió a limitar a los consumidores con derecho a disfrutar de tarifa regulada sino que también, como consecuencia de ella, los distribuidores dejaron de aplicar las tarifas y pasaron a hacerlo las nuevas «comercializadoras de último recurso», todas ellas pertenecientes a los grupos de sociedades miembros de UNESA. Sin embargo, el fenómeno fundamental que se produjo a lo largo de la década 2000-2010 fue la aparición del «déficit tarifario» como hecho estructural del sistema y que alcanzó unas dimensiones ciertamente inimaginables al final de la misma, dando lugar a la derogación de la Ley del Sector Eléctrico del año 1997 y la promulgación de una nueva en el año 2013. Ya se ha avanzado al tratar el contenido de la Ley de 1997 que dicha Ley fue objeto de un desarrollo reglamentario por un Real Decreto del año 1997, el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, con el objeto de establecer un procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento a través, fundamentalmente, de los ingresos provenientes de las tarifas y peajes. Pues bien, el «déficit de tarifa» era la diferencia negativa entre el importe total recaudado por las tarifas integrales y las tarifas de acceso y los costes anteriormente señalados, y dicha diferencia— cuando existía— debía sufragarse siempre por las empresas de UNESA conforme a los porcentajes señalados en la normativa de aplicación. En los primeros años de la década, los déficits o desajustes se reconocían «a posteriori», por Real Decreto, una vez que se habían producido y, a continuación, las empresas eléctricas procedían a su titulización, esto es, a la cesión del derecho de cobro (Orden ECO/2714/2003) a Entidades financieras que les adelantaban la cantidad reconocida a cambio del pago de intereses, también a costa de la tarifa, colocándose la deuda en el mercado mediante títulos (de ahí el nombre de titulización). Mediante este procedimiento se hizo efectivo el déficit de más de 5.000 millones de euros que existió en el período 2000-2005. Posterior-

³ Debe resaltarse el importante cambio que se produjo en el año 2009, pues con anterioridad a su implantación, dentro del ámbito de los consumidores industriales, por uno que existía en el mercado liberalizado había dos que aún estaban sometidos a la tarifa integral.

mente, el Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecían las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2007, modificó el sistema reconociendo la existencia de un «déficit ex ante», lo que significaba que las tarifas habían sido calculadas por debajo de los costes que había que sufragar figurando una cantidad cierta de déficit que la Comisión Nacional de Energía se encargaba de adjudicar a través de un mecanismo de subastas a determinadas entidades que eran las que debían financiar el desajuste y cobrarlo después cada mes en la facturación eléctrica, esto es, por medio del procedimiento de liquidaciones, en un plazo máximo de quince años. El proceso de subasta —debe señalarse— tuvo un éxito parcial en una de las tres subastas organizadas (se colocaron 1.300 millones de euros de los 2.700 sacados a subasta) y fueron infructuosas las otras dos puesto que quedaron desiertas. Con el Real Decreto Ley 6/ 2009, de 30 de abril, que establecía medidas para acotar el incremento del déficit tarifario, se señalaron límites legales al mismo para los años 2009 (3.500 millones de euros), 2010 (3.000 millones de euros), 2011 (2.000 millones de euros) y 2012 (1.000 millones de euros), regulándose la cesión de los respectivos derechos de cobro a un Fondo de Titulización del Déficit del Sector Eléctrico. Tras todo este proceso de más de diez años, se generaron alrededor de 36.000 millones de euros de déficit, de los cuales a fecha de hoy aún están pendientes de cobro aproximadamente unos 19.000 millones. Por último, la primera década del siglo *xxi* también se ha caracterizado, desde la perspectiva europea, por ir avanzando en la construcción del Mercado Interior de la Energía a base de la creación previa y potenciación de los denominados mercados regionales, entre los cuales debe citarse, por su importancia para nosotros, el «Mercado Ibérico de la Electricidad» (MIBEL), que posteriormente será objeto de una particular consideración.

2. EL PRESENTE

La segunda década del siglo *xxi*, que hoy ya se encuentra muy cercana a su fin, se ha caracterizado por diversos factores: I) Desde una perspectiva general, por la situación de crisis económica que ha afectado a todos los sectores productivos y, entre ellos, también, al sector eléctrico. Y esta circunstancia se ha manifestado en el campo que aquí estamos tratando a través de la creación del denominado «bono social» para los consumidores vulnerables⁴ —que reúnen determinadas características fijadas en la normativa de aplicación, como la insuficiencia de rentas o la condición de desempleado o pensionista, entre otras—, y que consiste en un descuento que deben aplicar las antiguas «comercializadoras de último recurso» o las actuales «comercializadoras de referencia» o «reguladas» del 25 % sobre el precio que les hubiera correspondido satisfacer aplicando la tarifa correspondiente (denominada en el año 2009 tarifa de último recurso y en el año 2013 precio voluntario para el pequeño consumidor) o del 40 % para los «consumidores vulnerables severos». Desde sus inicios —debe señalarse—, la financiación de esta prestación no corrió a cargo de los presupuestos de las Administraciones Públicas —como hubiera sido lo lógico y normal al tratarse de una prestación social—, sino que, configurándose siempre como una obligación de servicio público al amparo de las Directivas comunitarias que regulan el mercado de la electricidad, se impuso su financia-

⁴ La creación del bono social tiene lugar, inicialmente, en el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, recogiendo posteriormente la regulación en el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico de 26 de diciembre de 2013. También ha existido, y existe, normativa reglamentaria de desarrollo como el Real Decreto de 21 de noviembre de 2014 o el actual de 7 de noviembre de 2017.

ción en un porcentaje cercano al 95 % siempre a las empresas eléctricas asociadas a UNESA bajo diversas fórmulas (primero, a los generadores, después, a los grupos de sociedades y, por último, el actual a los comercializadores libres y de referencia o regulados), lo que generó una notable litigiosidad en este tema por la discriminación que ello suponía a juicio de los recurrentes. El Tribunal Supremo, en el año 2012 (Sentencia de 7 de febrero de 2012) y en el año 2016 (Sentencias de 24 de octubre de 2016) resolvió las impugnaciones declarando que la obligación de servicio público así establecida no era conforme con el derecho de la UE, por discriminatoria y no transparente, lo que determinó que hubiera que devolver las cantidades a las empresas que las habían aportado y que «el sistema» (los ingresos obtenidos a través de tarifas y peajes) se hiciera cargo de la financiación de la obligación. Ahora mismo, se encuentra pendiente de resolución ante este mismo Tribunal el recurso contra el Real Decreto de 6 de octubre de 2017, por la misma razón invocada en los dos procedimientos anteriores. Además, en el año 2018 se ha promulgado el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre, que ha creado el «bono social térmico» previéndose igualmente la aprobación de una «Estrategia Nacional contra la pobreza energética» en el mismo Real Decreto Ley. II) También ha cambiado profundamente la estructura de la generación eléctrica en nuestro país. En efecto, frente a un notable predominio del denominado «régimen ordinario» (centrales térmicas) en el pasado inmediato, en la actualidad son las energías renovables y la cogeneración las protagonistas del sistema. Más o menos, el 50 % de la producción eléctrica procede ahora de estas fuentes, teniendo un papel preponderante en este ámbito la energía procedente del viento, la energía eólica, que representa más de la mitad de las mismas, aunque también ha experimentado un desarrollo incuestionable la procedente del sol, la fotovoltaica y la solar térmica, si bien ésta última en un porcentaje inferior. El Real Decreto de 25 de mayo de 2007, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, pretendió dar un impulso definitivo a estas energías concediendo importantes primas para su retribución pero su objetivo se truncó al no poder ser asumido el incremento de las mismas —junto con los restantes costes— por los ingresos del sistema, generándose un importante déficit tarifario que era preciso solventar. Se modificaron, por esta causa, en el año 2010, las horas de funcionamiento de las instalaciones con derecho a percibir la prima, lo que determinó a su vez la «judicialización» del tema por los interesados, siendo resuelto el mismo por el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 12 y 13 de abril y 19 de junio de 2012 que declaró la legalidad de la modificación pero que iniciaba ya una senda constante de impugnaciones tanto en Tribunales nacionales como en órganos arbitrales, nacionales y extranjeros, de las distintas normas delimitadoras de la retribución de estas energías⁵. III) El impulso a las energías limpias se ha visto complementado por el establecimiento de objetivos de carácter obligatorio para conseguir tanto ahorros de energía vía eficiencia energética como la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en determinados horizontes temporales: Conocido es, porque ha sido objeto de numerosas publicaciones, el porcentaje del 20-20-20% para 2020 que establecieron las directivas europeas en materia de renovables, cambio climático y eficiencia energética en el año 2009 y que establece tres objetivos clave para ese año: reducción del 20 % en las emisiones de gases de efecto inverna-

⁵ En este punto, destacan los litigios mantenidos en los órganos arbitrales del CIADI y de algunas cámaras de comercio europeas, fundamentalmente, la Cámara de Estocolmo, entre el Estado español e inversores extranjeros y que han concluido con la condena del Estado por atentar contra la seguridad jurídica y la confianza legítima. Desde el punto de vista de los tribunales nacionales pueden citarse, a título ilustrativo, las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 1 de junio de 2016 que avalaron, a diferencia de los órganos arbitrales, el nuevo régimen retributivo de las energías renovables.

dero (con respecto a los niveles de 1990); el 20% del consumo final de energía debe provenir de fuentes renovables; y debe existir un 20% de mejora en la eficiencia energética. IV) Desde una perspectiva regulatoria, pueden distinguirse dos ámbitos diferenciados: I) El europeo, constituido por la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio, que establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad, derogando la Directiva del año 2003 y los Reglamentos 713 y 714/2009, de 13 de julio, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER) —el 713— y se establecen las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad —el 714—. La Directiva tiene, entre sus principales finalidades, garantizar la separación efectiva entre las redes y las actividades de generación y suministro que evite conflictos de intereses entre productores, suministradores y gestores de redes de transporte; fomentar la modernización de las redes de distribución mediante la introducción de redes inteligentes; reforzar y garantizar los derechos de los consumidores exigiendo una información clara, comprensible y transparente, desarrollando planes de acción nacionales para luchar contra la pobreza energética; y garantizar la independencia de los reguladores de la energía de cualquier otro interés público o privado, incluidos los Gobiernos, en las decisiones de reglamentación pertinentes. Precisamente, en relación a este último aspecto, el Real Decreto ley 1/2019, de 11 de enero, ha atribuido a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la facultad o el poder de aprobar las reglamentaciones precisas de los peajes de acceso a las redes y la normativa referente a las actividades reguladas, incluyendo su retribución, así como la metodología correspondiente —materias cuya regulación correspondía antes al Gobierno—, poniendo fin de este modo al procedimiento de infracción que tenía abierto el Reino de España por este motivo. II) El interno, donde debe citarse la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que ha derogado a la anterior de 1997, y los reglamentos por los que regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (Real Decreto de 6 de junio de 2014) y se establece la metodología para el cálculo de la retribución del transporte y la distribución (los Reales Decretos 1047 y 1048/2013, de 27 de diciembre). Como es bien conocido, la nueva Ley del Sector Eléctrico tuvo y tiene como pretensión fundamental terminar con la situación insostenible de déficit tarifario que se había producido en los años anteriores y que había puesto en entredicho la sostenibilidad económica y financiera del sector eléctrico, como había reconocido la antigua Comisión Nacional de Energía en algunos de sus informes a las Ordenes aprobatorias de los peajes de acceso para determinados ejercicios. Precisamente por esta razón, el Tribunal Supremo había estimado las medidas cautelares de carácter positivo que se solicitaron en su momento, obligando al Gobierno a aprobar unos nuevos peajes de acceso que cumplieran con el principio de suficiencia tarifaria (Autos de 2,8,12 y 15 de marzo de 2012), y confirmando la anulación definitiva de los peajes iniciales en las Sentencias de 2, 5, 8 y 12 de julio de 2013. Es muy significativa la exposición de motivos de la norma que dedica gran parte de su texto a esta justificación. Y para terminar con el déficit tarifario el Gobierno de entonces actuó desde una doble perspectiva: incrementando los ingresos del sistema, mediante la creación de una serie de impuestos a la generación de electricidad por la Ley de Medidas Fiscales para la Sostenibilidad Energética del año 2012 (el tributo del 7% a todas las tecnologías, los tributos nucleares, el canon hidráulico, y los céntimos verdes al carbón y al gas natural) —tributos nucleares y canon hidráulico que se encuentran pendientes de que el Tribunal de Justicia de la UE resuelva sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo—; y reduciendo los costes, a través de la fijación de la «rentabilidad razonable» de la retribución de las energías renovables, el transporte y la distribución, fundamentalmente, en la Ley eléctrica y en los reglamentos que han sido mencionados (el

7,5 para las renovables y el 6,5 para las redes). En la actualidad —debe señalarse—, no existe déficit tarifario; antes, al contrario, en los ejercicios habidos desde la entrada en vigor de la nueva normativa se ha producido la situación opuesta, la de superávit⁶, delimitándose legalmente los «desajustes por déficit de ingresos» de tal forma que su cuantía no podrá superar el 2% de los ingresos estimados para ese ejercicio y la deuda acumulada por desajustes no podrá superar el 5% de dichos ingresos y sancionándose la revisión de los peajes o cargos que correspondan en caso de incumplimiento de los límites reseñados (artículo 19 de la Ley). Y, por último, una breve mención debe realizarse a la situación de la distribución de la electricidad en el momento presente. La actividad de distribución eléctrica, al igual que la del transporte, constituyen «actividades reguladas» por lo que, a efectos retributivos, tienen la consideración legal de «actividades de bajo riesgo» (artículo 14 de la Ley). Sin embargo, aun siendo ésta la consideración legal, la realidad es que actualmente la retribución de la distribución presenta una situación de gran incertidumbre como consecuencia fundamentalmente de la declaración de lesividad por el Gobierno de la retribución correspondiente al ejercicio 2016 —que ya se encontraba afectada por la anulación parcial por el Tribunal Supremo de algunas de sus variables (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero, 28 de septiembre, 23 de octubre y 19 de diciembre de 2018)—, el carácter provisional de las retribuciones de los ejercicios 2017, 2018 y 2019, y el hecho de que aún no se hayan aprobado administrativamente los planes de inversión de las empresas del 2018 y 2019.

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA REGULACIÓN DEL SECTOR ELÉCTRICO

3.1. Introducción. Los pilares de la política energética de la Unión Europea

El futuro de la regulación del sector eléctrico ha pasado y pasa necesariamente por la regulación comunitaria europea. En este punto, la intensidad de la regulación, tanto comunitaria como nacional, encuentra diferente grado según se trate de un área con mayor nivel de intervención (transporte y distribución) o de un ámbito liberalizado (generación y comercialización). Por otra parte, la tensión entre 1) seguridad del suministro, 2) sostenibilidad económica y competitividad y 3) transición energética constituye una constante que ha de buscar su equilibrio.

3.2. El Paquete de Energía Limpia para todos los ciudadanos europeos

El 30 de noviembre de 2016 la Comisión Europea publicó un amplio paquete con medidas para mantener la competitividad de la Unión Europea en relación con la transición hacia el uso de las energías renovables. El paquete busca establecer un diseño moderno para el mercado eléctrico de la UE, adaptado a las nuevas realidades del mercado, siendo más flexible, más orientado al mercado y mejor posicionado para integrar una mayor cantidad de energías renovables. La adopción del paquete marcará un paso importante hacia la creación de la Unión Energética y hacia el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Acuerdo de París. Se espera que la proporción de electricidad producida por las energías renovables aumente del 25% al 55% en 2030. Las

⁶ El superávit se ha reservado por el momento al cumplimiento de resoluciones judiciales y arbitrales en las sucesivas leyes de presupuestos.

medidas propuestas también servirán para garantizar que las intervenciones estatales serán utilizadas solo y exclusivamente cuando sea necesario, y siempre de una manera que no distorsione el funcionamiento del mercado interior de electricidad. El objetivo prioritario que la Comisión Europea quiere alcanzar con la publicación del «*Clean Energy Package*» es convertir la Unión Europea en una potencia mundial en la transición energética. Con el nuevo paquete, la figura de los consumidores será muy importante pues se les dará la posibilidad de poder tanto producir como vender su propia energía.

El paquete de propuestas puede agruparse en tres categorías; Propuestas de modificación de legislación del mercado energético; Propuestas de modificación de legislación relativa al cambio climático; Propuestas de nuevas medidas.

La primera categoría de medidas está orientada hacia el diseño de un nuevo mercado, también conocida como Market Design Initiative (MDI). Dicha iniciativa incluye una nueva directiva enmendando y derogando la Directiva 2009/72 (E-Directive), una nueva regulación sobre el Mercado Interior de la Electricidad, enmendando y derogando el Reglamento 714/2009 (E-Regulation), y un nuevo Reglamento derogando el Reglamento 713/2009 de ACER, normalmente denominado como el tercer paquete de medidas de liberalización del mercado eléctrico.

La segunda categoría de medidas tiene como objetivo integrar y alinear los problemas del cambio climático al nuevo modelo de mercado. Esta categoría incluye una revisión completa de la Directiva 2009/28 de Energías Renovables y una revisión completa de la Directiva 2012/27 de eficiencia energética, ambas entrarán en vigor el 1 de enero de 2021.

La tercera categoría de medidas contiene la nueva regulación basada en la preparación frente a riesgos en el sector eléctrico y la regulación de la Gobernanza en la Unión Energética.

En lo que se refiere a la nueva regulación sobre el Mercado Interior de la Electricidad se recogen los siguientes principios: precios basados en el mercado, tratamiento igualitario de la generación demanda y almacenamiento de la electricidad, se permite la agregación de consumidores y generadores, se mejora el desarrollo de una generación y demanda más flexibles y se fijan medidas para mejorar la independencia de los NRAs (National Regulatory Authorities). De igual manera, en lo que se refiere a los mercados mayoristas, la nueva regulación recoge para los mercados a corto plazo (diario e intradiario) la armonización de los tiempos de cierre, productos consistentes, volúmenes (min menor o igual 500 kW para permitir la participación de todos los participantes en el mercado), tiempos del mercado y no discriminación de acceso y negociación. Para los mercados «*forwards*» se establece el derecho de transmisión a largo plazo para permitir la cobertura de operaciones transfronterizas para 2021.

En lo que se refiere a la Directiva de Energía renovable se crea un conjunto de herramientas para apoyar los planes de energía renovable. Estas herramientas no deberán distorsionar los mercados, debiendo incentivar a los productores RES-E (*renewable energy sources for electricity*) para que respondan a las señales de precios de mercado. Los esquemas de soporte deben incluir ofertas abiertas, transparentes y no discriminatorias y deben ser neutrales en cuanto a tecnología. También deberán estar abiertos a la participación transfronteriza de RES-E en Estados miembros directamente interconectados, sujetos siempre a un acuerdo de cooperación.

Tal y como hemos señalado con anterioridad, se ha procedido a una revisión de la directiva de eficiencia energética⁷ y la Directiva de energía renovable⁸. Los objetivos que persigue la primera de ellas se pueden resumir en los siguientes: descarbonizar el parque inmobiliario, acceso igualitario a la financiación para la renovación de los edificios de la UE, mejorar la calidad edificatoria (garantizar el aislamiento homogéneo de los edificios), mecanismos para la renovación energética tales como fomento de las hipotecas que permiten la eficiencia energética o promoción pública de las inversiones de los parques edificatorios eficientes. La directiva sobre renovables establece un objetivo vinculante de la UE de al menos el 32% para 2030 expresada en consumo de energía primaria o energía final y la directiva de eficiencia energética un 32,5%.

En este orden de ideas, no menos importante es el Plan Nacional de Energía y Clima exigido por Bruselas, dicho plan especifica las directrices necesarias para limitar el calentamiento global, reducir las emisiones de gases de efecto invernadero por lo menos en un 40%, llegar a una cuota de energías renovables en 2030 como mínimo del 27% y un 15% para las interconexiones eléctricas.

4. DESARROLLO NORMATIVO EN REDES, MERCADOS Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA

4.1. El transporte y la distribución

Están consideradas como un monopolio natural cuyo tratamiento regulatorio a nivel europeo ha evolucionado hacia un modelo de separación de actividades que garantice el acceso regulado con tarifas aprobadas por la autoridad reguladora nacional. En el capítulo de la Directiva 2009/72/CE dedicado a esta cuestión se contemplan tres posibles modelos de separación de actividades: la separación de propiedad, el operador del sistema independiente (ISO) y el operador transportista independiente (ITO). Para la actividad de distribución se permite la separación legal con una serie de salvaguardas que garanticen la independencia del gestor de la red de transporte respecto a otras actividades del grupo empresarial. La nueva directiva sobre reglas comunes para el mercado interior de electricidad recientemente acordada mantiene el mismo modelo regulatorio para las actividades de transporte y distribución. No obstante, en el caso de la distribución, los operadores de dichas redes deberán realizar una gestión más activa que facilite la integración de la generación distribuida, así como la respuesta de la demanda.

4.2. La competitividad y sostenibilidad económica del sistema. El mercado interior de la energía

4.2.1. El MIBEL como mercado regional europeo

El Convenio de creación del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL) entre el Reino de España y la República de Portugal fue aprobado el 20 enero de 2014, si

⁷ Directiva (UE) 2018/844 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética.

⁸ Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

bien se aprobó uno ulterior el 1 octubre de 2018, que es el vigente, con la modificación acordada entre ambos Estados en la ciudad portuguesa de Braga el 18 de enero 2008. Dado su contenido, fue autorizado por los Parlamentos de ambos países y goza de carácter suprallegal, conforme a la Constitución española (arts. 94 y 96). El objeto del Convenio es la creación y el desarrollo de un mercado de la electricidad común en el marco de un proceso de integración de los sistemas eléctricos de ambos países.

El MIBEL está formado por el conjunto de los mercados organizados y no organizados en los que se realizan transacciones o contratos de energía eléctrica y en los que se negocian instrumentos financieros que toman como referencia dicha energía, así como por otros que sean acordados por ambos países. Los mercados organizados previstos en el Convenio Internacional (art. 6) son los siguientes:

- 1) Mercados organizados:
 - a) Mercados a plazo, que incluyen transacciones referidas a bloques de energía con entrega posterior al día siguiente de la contratación, de liquidación tanto por entrega física como por diferencias.
 - b) Mercados diarios, que comprenden las transacciones referidas a bloques de energía y entrega al día siguiente de la contratación, de liquidación necesariamente por entrega física.
 - c) Mercado intradiario, de liquidación necesariamente por entrega física.
- 2) Los mercados no organizados están formados por los contratos bilaterales entre los sujetos del mercado, de liquidación tanto por entrega física como por diferencias.
- 3) La contratación de los servicios de ajustes del sistema en el mismo día podrá ser realizada a través de mecanismos de mercado, a definir por cada operador del sistema y su liquidación será necesariamente por entrega física.

4.2.2. La transparencia en los mercados

La supervisión del MIBEL se atribuye, en función de su competencia territorial y el carácter financiero o no de cada mercado, a la CNMC española, ERSE portuguesa, CMVM portuguesa y CNMV española, que se reúnen en un Consejo de Reguladores a efectos de coordinación e intercambio de información.

Para garantizar el correcto funcionamiento y supervisión de los mercados mayoristas de energía a nivel europeo, se aplica el Reglamento (UE) n.º 1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre la integridad y la transparencia y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT).

Para el mercado organizado a plazo (OMIP), se aplica regulación de índole financiera:

- La Directiva 2014/65/EU relativa a los mercados de instrumentos financieros, MiFID I, cuyo fin es reforzar la regulación europea sobre los mercados de valores mejorando la transparencia a la vez que se refuerza la posición del inversor.
- El Reglamento UE 600/2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros, MiFIR.

Siguiendo con la premisa de transparencia, a la Cámara de Compensación (OMI-Clear) se le aplica el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contraparte central (ECC) y los registros de operaciones (EMIR) y sus Reglamentos delegados de la Comisión Europea 152/2013 y 153/2013.

5. LA TRANSICIÓN ENERGÉTICA

Se ha expuesto la evolución de las Directivas de eficiencia energética y de energías renovables, así como la necesidad de aprobar un Plan Nacional de Energía y Clima, encontrándose en tramitación el anteproyecto de ley de Cambio Climático y Transición Energética.

Resulta obligado traer a colación el Real Decreto Ley 15/2018 de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, que pretende acelerar la transición a una economía descarbonizada, mediante una mayor integración de las energías renovables, el fomento de la movilidad sostenible y la eficiencia energética. También se persigue que los agentes respondan a las señales económicas que la cotización de los derechos de CO₂ envían, produciéndose la deseada transformación tecnológica y de usos que haga posible una energía más limpia y más barata. De igual modo, se regula el autoconsumo eléctrico renovable y se reitera el concepto de transición justa, con una nueva regulación del bono social. Y para la consecución de estos objetivos, el fomento del vehículo eléctrico puede ser un instrumento importante al ser el transporte uno de los sectores más afectados por los objetivos de reducción de emisiones (el 27% del total de las emisiones de la economía española). Pero para ello es necesario un desarrollo masivo y eficiente de infraestructuras de recarga, y en ello los distribuidores de electricidad pueden tener un papel relevante al poder colaborar con las Administraciones Públicas para seleccionar ubicaciones óptimas de las mismas.

La implantación de fuentes de energía eléctrica renovables plantea retos técnicos, económicos y jurídicos de diverso orden, pues es necesario integrarlas en el sistema eléctrico para asegurar que se lleven a cabo y culminen las inversiones necesarias. A) De una parte, se organizan subastas para el otorgamiento del derecho a la percepción del régimen retributivo específico. Se prevé que se sigan celebrando, si bien se adoptan medidas para evitar la especulación (elevación de garantías) y obligaciones de reporte para asegurar la finalización de los proyectos. B) De otra parte, desde el punto de vista de mercado resulta también interesante saber cómo se integrarán las energías renovables al propio mercado porque, si bien conllevan costes fijos asociados a la amortización de inversión, al carecer prácticamente de costes variables y tratarse de un mercado marginalista han de considerarse mecanismos de formación de precios que retribuyan adecuadamente la actividad y no distorsionen el resultado global. C) Por último, también es relevante, hablando de futuro y financiación de estas instalaciones de producción de energía renovable, los denominados PPAs (*power purchase agreements*) que desde la entrada en vigor de la Directiva 2018/2001 de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energías renovables se abre aún más la puerta de entrada al mercado español para este tipo de contrataciones.

6. EL RÉGIMEN DE GOBERNANZA. GOBERNANZA EUROPEA Y REGULACIÓN NACIONAL

6.1. Gobernanza europea

6.1.1. *Gobernanza para la energía y el clima*

Dentro del paquete «energía limpia para todos los europeos», el Reglamento (UE) 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima tiene como objetivo facilitar el cumplimiento de los objetivos generales y los objetivos específicos de la Unión de la Energía y los compromisos de la Unión a largo plazo en materia de emisiones de gases de efecto invernadero.

Este reglamento aborda las siguientes dimensiones: Descarbonización, energías renovables, eficiencia energética, seguridad energética, mercado interior de la energía, investigación, innovación y competitividad.

Cada Estado miembro tiene obligación de comunicar a la Comisión un plan nacional integrado de energía y clima cada diez años, así como estrategias nacionales a largo plazo con una perspectiva de, al menos, treinta años.

6.1.2. *Gobernanza de ACER*

El Reglamento (CE) 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía, establece las competencias de dicha Agencia, los tipos de actos que puede adoptar, los órganos que componen la Agencia, el modelo de toma de decisiones y su relación con otras instituciones.

Dado el papel relevante que está jugando dicha Agencia en el establecimiento y desarrollo del mercado interior de la electricidad y el gas, se ha revisado el citado Reglamento con el fin de ampliar el campo de actuación de la Agencia y al mismo tiempo refundir disposiciones que le afectan y que se encontraban dispersas en otros Reglamentos (como el 347/2013 o el 1227/2011).

El Reglamento revisado de ACER, recientemente acordado por el Parlamento Europeo y el Consejo, modifica algunos aspectos de detalle sobre la gobernanza interna de ACER pero mantiene las líneas generales del modelo de órganos de la Agencia, composición y toma de decisiones. Como novedad principal del Reglamento revisado, ACER comenzará a supervisar los Centros de Coordinación Regional (de los TSOs), los NEMO y la nueva entidad europea de DSO.

6.2. Gobernanza española

Nos vamos a referir al Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes⁹ para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Com-

⁹ Conforme a la exposición de motivos, la aprobación del Real Decreto Ley queda amparada por la jurisprudencia del TC, puesto que resulta urgente su adopción para atender al Dictamen Motivado dirigido al Reino

petencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación a las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.

Las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/C del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 establecen como requisito indispensable para la consecución de un mercado interior de electricidad y gas ciertas indicaciones de las que resulta particularmente esencial que los reguladores puedan tomar decisiones de manera autónoma. Esta normativa se implementa con el fin de establecer un marco regulatorio que otorgue seguridad jurídica e institucional a los intervinientes en el mercado.

La Comisión Europea inició una investigación sobre la trasposición de las mencionadas Directivas la cual culminó con la conclusión de que la trasposición resultaba incorrecta, por lo que nos encontramos en una situación de riesgo respecto de que la Comisión Europea¹⁰ presente un recurso de incumplimiento contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta incorrecta transposición ha tenido como consecuencia directa una discusión¹¹ permanente que llega a alcanzar la sede del Tribunal Supremo suscitando el conflicto entre el regulador nacional (CNMC) y el Gobierno (Ministerio de Transición Energética).

Esta norma propone establecer un reparto de competencias definitivo entre ambas instituciones que ponga fin al conflicto, si bien resulta concluyente para muchas de las funciones disputadas, contempla ciertas competencias con una redacción ambigua, dejando esas cuestiones abiertas a interpretación. Entre otras disposiciones, las novedades más reseñables que establece el RDL 1/2019 son las siguientes:

1. Para asegurar el ejercicio de las competencias que corresponden al regulador respetando la previsión constitucional contemplada en el art. 149.1.25 que la recoge como competencia exclusiva del estado, se articula un procedimiento que garantiza la independencia del organismo regulador en la aprobación de las circulares normativas a la vez que prevé un mecanismo de conciliación previa.

Con carácter previo, al inicio de la tramitación de las circulares normativas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Gobierno mediante orden ministerial establece orientaciones de política energética que deben ser tenidas en cuenta para la aprobación de la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia, pudiendo el Ministerio emitir un informe sobre la adecuación de la propuesta de estas orientaciones o en el caso de surgir discrepancias, se convocará una Comisión de Cooperación con la finalidad de buscar el entendimiento de ambas partes.

de España en septiembre de 2016, el riesgo de que la Comisión Europea interponga un recurso de incumplimiento ante el TJUE es inminente. El TC, en su Sentencia 1/2012 de 13 de enero, avala la concurrencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad del art. 86.1 CE cuando concurre el «patente retraso en la transposición» y «existencia de procedimientos de incumplimiento contra el Reino de España».

¹⁰ Hoja Informativa de la Comisión Europea (paquete de septiembre de procedimientos por incumplimiento de 29 de septiembre de 2015): La comisión insta a España a que cumpla plenamente las disposiciones del tercer paquete energético. La Comisión constató que España ha traspuesto de manera incorrecta algunas disposiciones sobre la independencia de la autoridad nacional de reglamentación, enviada Carta de Emplazamiento a España, que posteriormente se convierte en un Dictamen Motivado.

¹¹ Cuyo último episodio ha sido recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo por el organismo contra el Real Decreto 903/2017 por el que el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, y contra ciertas reglas del mercado aprobadas por Resolución del secretario de Estado de Energía de 1 de mayo de 2018, si bien respecto de estas últimas la CNMC ha presentado su desistimiento a la vista del Real Decreto Ley mencionado.

2. Sobre la retribución de las actividades de transporte y distribución de gas y electricidad y de las plantas de gas natural licuado, la norma concreta que la CNMC aprobará una metodología, los parámetros retributivos, la base reguladora de activos y la remuneración anual de la actividad. Respecto de los peajes de acceso se establece que la autoridad regulatoria aprobará igualmente la metodología, y los valores concretos, correspondiendo al Ministerio la aprobación de la estructura de los cargos, su metodología y valores, manteniéndose la planificación como competencia exclusiva del Gobierno.

3. Las condiciones de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad y gas natural corresponderán a la CNMC la aprobación de la metodología y condiciones de acceso y conexión comprendiendo los criterios económicos para la evaluación de la capacidad, los motivos de denegación, el contenido de las solicitudes, permisos y contratos, así como las obligaciones de publicación y transparencia.

Así, se mantiene del lado del ejecutivo la función de determinar los criterios y procedimientos que la concesión de acceso y conexión deba satisfacer para el cumplimiento de los objetivos de política energética y penetración de renovables.

4. Será competencia de la CNMC la regulación del funcionamiento de los mercados organizados, en aquellos aspectos cuya aprobación corresponda a la autoridad regulatoria nacional¹². La nueva regulación prevé que la retribución del operador del sistema eléctrico y del gestor técnico del sistema gasista será establecida por la Comisión, reparto competencial acerca del régimen sancionador y de inspecciones.

5. Se establece un régimen transitorio para todas las modificaciones introducidas a fin de que pueda llevarse a cabo un traspaso ordenado de funciones y no se vea afectada la seguridad jurídica de los que operan en este sector.

Finalmente, también recuerda la necesidad de que se incentiven las medidas de protección al consumidor.

7. CONCLUSIONES

Analizar, siquiera sea someramente, la evolución normativa del sector eléctrico revela una constante adaptación a las circunstancias, donde se entremezclan la iniciativa privada y la intervención pública.

La regulación manifiesta la preferencia por fórmulas monopolísticas en el pasado, que han evolucionado hacia formas liberalizadas en el presente y el futuro, especialmente en generación y comercialización. Se pasa del monopolio de servicio público a la liberalización de un servicio económico de interés general.

Dicha normativa también revela el impacto de la integración europea y el acoplamiento del sistema eléctrico ibérico con el resto de Europa. Junto a aspectos técnicos complejos como la gestión de las congestiones en las interconexiones o el comercio transfronterizo de energía eléctrica, aparecen cuestiones de indudable relevancia jurídica: En la normativa comunitaria los poderes normativos «dialogan» y aprueban conjun-

¹² La redacción literal de este precepto se presta a confusión cuando establece lo siguiente: «Será competencia de la CNMC la regulación de reglas de funcionamiento de los mercados organizados, *en su componente regulada*, en aquellos aspectos cuya aprobación corresponda a la autoridad regulatoria nacional, de conformidad con las normas del derecho comunitario europeo». Cabe la interpretación de que los aspectos relativos a la implementación de la normativa comunitaria se presenten como una excepción a esta norma, quedando estas en el ámbito del Ministerio.

tamente normas. En la normativa nacional, la CNMC y el Ministerio del ramo también «dialogan» en el seno de una Comisión de Cooperación. En el ámbito del mercado ibérico de electricidad, los supervisores financieros y sectoriales de España y Portugal también dialogan (CNMC, ERSE, CMVM, CNMV) en el seno del Consejo de reguladores. El derecho parece perder parte de su proverbial imperatividad o al menos no es tan heterónomo como pudiera pensarse al menos en su producción. Son muchos los actores y no pocos los solapamientos. En ocasiones, también la aplicación viene impregnada de dudas en cuanto al responsable de su supervisión sino también de la normativa aplicable

La normativa se erige en un instrumento de ejecución o consecución de objetivos y planes. La planificación energética precede a normas para su implantación que condicionan, bien por la vía de las autorizaciones bien por la de los incentivos, el mix tecnológico de generación (nuclear, gas, carbón, hidráulica, eólica, solar...). Las estrategias como el «Paquete de Energía Limpia» se desarrolla a través normas, como también lo hacen los Planes Nacionales de Energía y Clima.

Surgen nuevos actores, como las comisiones reguladoras de los mercados (ACER, CNMC, antes CNE), Junto a las tradicionales fuentes del Derecho nacionales (ley, reglamento, orden ministerial, ...) o comunitarias (directivas, reglamentos, decisiones...) aparecen normas peculiares en el sistema eléctrico (las reglas del mercado, los procedimientos operativos en la gestión técnica del sistema aprobados ambos por resolución del secretario de Estado competente). Como se ha visto, han aparecido las «circulares normativas» de la CNMC con su propio ámbito de competencia.

Y existe mucha ambición para conseguir determinados objetivos, fijando fechas a largo plazo para recordarnos quizá el camino que debemos recorrer.

La regulación eléctrica probablemente fuera denominada en tiempos intervención administrativa en este sector económico concreto, o derecho administrativo económico aplicado a la producción y suministro eléctrico. Entonces y ahora, ha constituido un aspecto de la normativa teñido de ingeniería, economía y derecho, donde se encuentran la iniciativa privada y la intervención pública. En este punto, nada nuevo bajo el sol. Sin embargo, para un jurista constituye un reto apasionante encontrarse en las fronteras del derecho en constante evolución, pues los paradigmas técnicos (nuevas formas de producir electricidad) y económicos (liberalización) e incluso sociales (energía limpia de origen renovable no contaminante) determinan cambios en la normativa y su interpretación.

PRESTACIONES PATRIMONIALES OBLIGATORIAS DE CARÁCTER PÚBLICO EN EL SECTOR ELÉCTRICO: EVOLUCIÓN LEGAL Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

José Ramón Mourenza Díaz

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL. 2.1. Introducción. 2.2. El primer sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012. 2.3. El segundo sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016. 2.4. El tercer sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, y el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre.—3. LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN DEL DÉFICIT DEL SECTOR ELÉCTRICO. 3.1. Introducción. 3.2. El régimen de financiación aplicado desde el año 2000 y finalmente resultante del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril: las sentencias del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013. 3.3. El régimen de financiación actualmente vigente a tenor de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.—4. LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES OBLIGATORIAS EN MATERIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA. 4.1. Introducción. 4.2. La financiación de los planes de ahorro y eficiencia energética en los ejercicios 2011 a 2013. 4.3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Como ha señalado algún tratadista, la imposición a los operadores de un sector económico de la obligación de realizar aportaciones patrimoniales con el fin de subvenir a fines de interés general de distinta índole no es *«nueva ni exclusiva del sector eléctrico»*, pero en ningún otro sector tales obligaciones *«han tenido ni la relevancia cualitativa y cuantitativa propia de las obligaciones impuestas a las empresas del sector eléctrico, ni su repercusión en sede judicial»*¹, lo que justifica que sean objeto del análisis diferenciado que aquí se les dedicará.

Como bien es sabido, la regulación constitucional de las prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público es parca, limitándose a señalar el artículo 31.3 de la Constitución que *«solo podrán establecerse (...) con arreglo a la ley»*. Ello no obstante, existe una extensa y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, de la que hace suficiente recensión la sentencia 167/2016, de 6 de octubre (a la que luego se aludirá y que se contrae, precisamente, a una prestación impuesta a empresas del sector eléctrico), que perfila adecuadamente dicha figura afirmando que son *«aquellas impuestas coactivamente, esto es, derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público «sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla», siempre que, al mismo tiempo, «la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público» (SSTC 185/1995, de 14*

¹ LAVILLA RUBIRA, J.J. «Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias impuestas a las empresas que operan en el sector eléctrico», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord), «Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo», INAP, 2015.

de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 33, y 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3)». Y añade, a fin de distinguir entre prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria y aquéllas que no revisten dicha condición que, «*calificada una determinada prestación como patrimonial de carácter público, además, tendrá naturaleza tributaria si, habiendo sido coactivamente impuesta, «se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; y 102/2005, de 20 de abril, FJ 6), «sometiendo a gravamen un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica» (SSTC 276/2000, de 16 de diciembre, FJ 4; y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 4)».*

Toda esta construcción jurisprudencial ha tenido reflejo normativo, por lo demás, en la redacción dada a la disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria, por la disposición final undécima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que configura a las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias como aquéllas que, siendo exigidas coactivamente y respondiendo a fines de interés general, no tienen la consideración de tasas, contribuciones especiales o impuestos.

La distinción entre prestaciones patrimoniales obligatorias de carácter público de naturaleza tributaria y de naturaleza ajena a la tributaria (entre estas últimas se contarían, indubitadamente, las impuestas en el sector eléctrico) no es baladí, pues, entre otras consideraciones y asumido que el artículo 31.3 de la Constitución establece una reserva de ley para su imposición, en lo que a estas últimas concierne dicha reserva es compatible con el recurso al mecanismo de urgencia del Decreto-ley (con el que, de hecho, han sido creadas muchas de las existentes en el sector eléctrico), toda vez que, por no afectar al deber de contribuir previsto en el artículo 31.1 de la Constitución, no inciden en el régimen de derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la misma (en tal sentido, y entre otras muchas, las SSTC 185/1995 y 83/2014).

Realizadas estas consideraciones previas, cumple abordar el análisis de las principales prestaciones obligatorias de esta condición que han sido impuestas en el sector eléctrico.

2. LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN DEL BONO SOCIAL

2.1. Introducción

Una de las más caracterizadas prestaciones patrimoniales obligatorias impuestas en el sector eléctrico, tanto por su importe como por la constante litigiosidad que la ha rodeado, es la relativa a la financiación del bono social, que ha conocido tres regulaciones sucesivas en el tiempo, al hilo de los distintos pronunciamientos judiciales adoptados en los procesos de impugnación sustanciados a sus resultas. Precisamente, la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 7 de febrero de 2012 en relación con la primera de ellas ha sido piedra de toque determinante de la extensa e intensa litigiosidad que las restantes prestaciones patrimoniales del sector han afrontado. Todo ello justifica (por mucho que no sea cronológicamente la más temprana) su análisis en primer lugar, que se hará con exposición sucinta de la sucesiva disciplina rectora y de los pronunciamientos judiciales concernientes.

2.2. El primer sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012

El bono social eléctrico vino a ser introducido en España por el Real Decreto Ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social (en lo sucesivo, RDL 6/2009). En su exposición de motivos se configuraba expresamente como un mecanismo adicional *de protección para colectivos vulnerables que comportaba la imposición «de una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3º de la Directiva 2003/54/CE, a las comercializadoras de último recurso»*. Y se añadía que *«la financiación de este bono social será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico»*.

Su concreta regulación resultaba del artículo 2 del citado RDL 6/2009, en el que se establecían, en rigor, dos obligaciones diferenciadas y, a la par, concurrentes:

- a) Por un lado, la obligación impuesta a los comercializadores de último recurso² de suministrar electricidad a un precio regulado (la denominada «tarifa reducida», cuyo concreto valor fue fijado por la Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de julio de 2009 y las tarifas y primas de determinadas instalaciones de régimen especial) a determinados colectivos de consumidores reputados como vulnerables y que habrían de ser definidos por referencia a umbral de renta per cápita familiar.
- b) Por otro, la obligación de financiar el descuento inherente a dicha tarifa reducida (resarciendo así a los comercializadores de último recurso por la diferencia entre dicha tarifa reducida y la tarifa de último recurso aplicada a sus restantes clientes), que se hacía recaer sobre las empresas titulares de instalaciones de generación, a salvo aquéllas que pudieran ser exoneradas por el Ministerio en razón de su menor volumen de negocios.

Lo cierto, sin embargo, es que el régimen así definido en el citado artículo 2 no llegó nunca a ser aplicado en sus estrictos términos, toda vez que, en previsión de que pudiera demorarse su desarrollo (que, a la postre, no tuvo lugar) el RDL 6/2009 incorporaba en su disposición transitoria segunda un régimen, valga la redundancia, concebido como transitorio (pero que hubiera sido aplicable hasta el 1 de enero de 2014³, de no haber mediado su inaplicación por el Tribunal Supremo, a que luego se hará referencia), encaminado a posibilitar la inmediata aplicación del mecanismo desde el propio 1 de julio de 2009 (conviene recordar que el RDL 6/2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 2009).

En dicho régimen transitorio, por un lado, se señalaba que serían beneficiarios del bono social todos los suministros a personas físicas en su vivienda habitual con una potencia contratada inferior a 3 kW, así como los diversos colectivos que allí se definían, todo ello con abstracción de su renta per cápita familiar. Por otro lado, se imponía la

² Ostentaban dicha condición los cinco comercializadores que eran nominativamente designados en el artículo 2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica, a saber: ENDESA ENERGÍA XXI, S. L., IBERDROLA COMERCIALIZACIÓN DE ÚLTIMO RECURSO, S. A. U., UNIÓN FENOSA METRA, S.L., HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA ÚLTIMO RECURSO, S. A. U. y E.ON COMERCIALIZADORA DE ÚLTIMO RECURSO, S. L.

³ La aplicación hasta dicha fecha vino a ser prescrita por la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

obligación de financiación a doce empresas de generación que eran allí enunciadas «nominatim», con expresión de su respectivo porcentaje de asunción de la obligación (que oscilaba entre el 36,77 y el 0,81 %).

Si bien la obligación de suministro a tarifa reducida que pesaba sobre los comercializadores no fue objeto de controversia (ni lo ha sido nunca hasta la fecha), la propiamente patrimonial así impuesta a las referidas doce empresas de generación en orden a su financiación sí fue objeto de recurso, interpuesto de forma indirecta con ocasión de la impugnación ante el Tribunal Supremo de la ya referida Orden ITC/1723/2009, de 26 de junio, en la que se regulaba el mecanismo de liquidación del bono social y las tarifas de referencia en que se concretaba. Y, en dicho contexto, el 7 de febrero de 2012 la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia (recurso 419/2010, con voto particular discrepante del Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat) en cuya parte dispositiva se declaraban *«inaplicables el artículo 2, apartado 5, y la disposición transitoria segunda, último párrafo, del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, que han sido indirectamente impugnados en este proceso»*, así como las *«disposiciones adicionales segunda y tercera de la mencionada Orden ITC/1723/2009 como consecuencia de la anterior declaración de inaplicabilidad de los preceptos citados del Real Decreto-ley 6/2009»*.

La citada sentencia dejaba sentado en su fundamento Tercero, apartado 4, que *«sin duda la obligación de financiación constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares y como tal, está sujeta a la exigencia constitucional del artículo 31.3 de la norma suprema, que requiere que toda prestación de esa naturaleza debe establecerse «con arreglo a la ley»*, añadiendo que *«en este caso la previsión se establece directamente en un Decreto-ley, lo que resulta suficiente para cumplir con dicha exigencia constitucional respecto al rango normativo»*.

No obstante, la sentencia concluía que la obligación de financiación impuesta incurría en infracción del artículo 3.2 de la Directiva 2003/54, al entender que no se cumplían los taxativos requisitos allí establecidos para la imposición de obligaciones de servicio público.

En efecto, el Tribunal recordaba que el citado artículo 3.2 de la Directiva 2003/54, tras admitir que los Estados miembros *«podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse (...) al precio de los suministros»* añadía que *«estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales»*. Y, sobre esta base, concluía que la obligación de financiación impuesta por el RDL 6/2009 era *«discriminatoria y no transparente, además de no resultar controlable ante la jurisdicción en sus parámetros esenciales»*.

En concreto, se afirmaba que la obligación *«es discriminatoria puesto que carga toda la financiación del bono social en unas empresas concretas de un sector (el de generación de energía eléctrica), sin que se explicita la razón por la que deba imponerse a dicho sector en general y a tales empresas en particular la prestación patrimonial que implica la financiación del bono social»* [...]. Y, abundando en dicha apreciación sobre la falta de motivación, añadía: *«Seguramente el Gobierno español pueda optar, frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha prestación social o, incluso, una parte de dicho sector; esto es, en forma alguna se rechaza en términos genéricos la capacidad del Gobierno para escoger tal opción. Pero en tales casos y*

de conformidad con la Directiva 2003/54 CE (hoy substituida en términos análogos, para lo que aquí importa, por la Directiva 2009/72/CE) para prever dicha ayuda social con cargo al sector eléctrico o a una parte del mismo resulta imprescindible que se aduzcan razones suficientes y razonables para ello, que en el presente caso no se expresan ni en la exposición de motivos ni en el texto del Real Decreto-ley, que permitan excluir un trato injustificadamente perjudicial (discriminatorio) para las empresas afectadas y que haga que las obligaciones impuestas sean transparentes y susceptibles de control en cuanto a su aplicación⁴».

Sobre esta base, tras señalar el Tribunal Supremo que se sentía dispensado de la necesidad de plantear «una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» por entender que «a la vista de la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de 20 de abril de 2.010 (Asunto C265/08, Federutility), la contradicción de la normativa española con la Directiva 2003/54 reiteradamente citada es clara», concluía en la pertinencia de estimar el recurso, declarando «inaplicables», según antes se ha transcrito, tanto el artículo 2, apartado 5, y la disposición transitoria segunda del RDL 6/2009 como las disposiciones adicionales segunda y tercera de la mencionada Orden ITC/1723/2009.

La sentencia de 7 de febrero de 2012 (que, debe insistirse en ello, ha sido piedra de toque y centro del debate en los distintos recursos que se han interpuesto contra las restantes prestaciones patrimoniales impuestas en el sector eléctrico) sería por sí merecedora de un análisis detallado que habría de extenderse a cuestiones procesales ajenas al estricto objeto de este trabajo y que, por ello, no cabe abordar en este momento. Baste señalar, sin embargo, que, en los ulteriores incidentes de ejecución a sus resultados promovidos, la Sala tuvo ocasión de afirmar (en concreto, en el fundamento cuarto del Auto de 17 de noviembre de 2013) que «la declaración de inaplicabilidad de las previsiones relativas a la financiación del bono social» deparaba «una situación análoga e igual en sus efectos generales a la de la anulación de una disposición general prevista en el artículo 72.2 de la Ley de la Jurisdicción, siendo la única diferencia que en el caso de anulación la norma es expulsada del ordenamiento jurídico y en el caso de declaración de inaplicabilidad no se produce esa consecuencia radical», no obstante lo cual se afirmaba que «supone la imposibilidad de su aplicación a cualquier sujeto de derecho. (...) con efectos iguales a si hubieran quedado expulsadas del ordenamiento».

Con base en dicha así afirmada eficacia general, que se decía paradójicamente asimilable a la de su expulsión del ordenamiento jurídico, pero sin que dicha expulsión hubiera tenido lugar, el Tribunal Supremo concluyó que, no obstante haberse interpuesto el recurso por la empresa matriz de tan solo dos de las doce obligadas a la financiación del bono social, debía, en ejecución de sentencia, reintegrarse a todas las empresas obligadas que así lo hubieran reclamado con posterioridad (incluso a las que habían compare-

⁴ Ciertamente, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, se limitaba a señalar, en términos puramente descriptivos, que no justificativos, lo que sigue: «Procede en segundo lugar establecer mecanismos adicionales de protección para colectivos vulnerables, imponiendo una obligación de servicio público, en el sentido del artículo 3.º de la Directiva 2003/54/CE, a las comercializadoras de último recurso para que el tránsito a las tarifas de último recurso pueda ser realizado de una forma razonable para todos. La inminencia de la entrada en vigor del nuevo sistema de suministro y de tarifas de último recurso podría implicar que los consumidores más vulnerables sean los que soporten la mayor carga asociada a la eliminación del déficit de tarifa. La protección extemporánea impediría la suavidad del cambio por lo que se requiere la puesta en marcha de forma inminente de un bono social para proteger la seguridad jurídica y confianza legítima de los consumidores más desprotegidos. La financiación de este bono social será compartida por las empresas titulares de instalaciones de generación del sistema eléctrico. Ante la puesta en marcha de la tarifa de último recurso el próximo 1 de julio, se regula de forma transitoria el mecanismo de financiación del déficit y del bono social».

cido como codemandadas) «*las cantidades que abonaron en su momento como financiación del bono social, con los intereses que correspondan*»⁵.

Así se hizo oportunamente por parte de la CNMC, que procedió a reintegrar, con los intereses correspondientes, tales aportaciones a los sujetos obligados, y ello con cargo al sistema eléctrico.

2.3. El segundo sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016

Tras la declaración de inaplicación por el Tribunal Supremo (con efectos equivalentes a su expulsión del ordenamiento jurídico) del sistema de financiación del bono social contenido en el RDL 6/2009, el coste inherente a tal medida de protección de los consumidores vulnerables (que, en lo que se contrae a la obligación de suministro a tarifa reducida siguió subsistente) pasó a ser transitoriamente asumido por el sistema eléctrico (es decir, a ser sufragado por los peajes satisfechos por los consumidores)⁶.

Sin embargo, el 12 de julio de 2013 se aprobó el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio (en lo sucesivo, RDL 9/2013) cuyo artículo 8, bajo la rúbrica «reparto del coste del bono social», establecía que «*el coste del bono social será asumido por las matrices de los grupos de sociedades o, en su caso, sociedades, que desarrollen simultáneamente las actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica*». Se establecía igualmente que dichas sociedades asumirían el referido coste en un porcentaje que sería calculado anualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) y luego aprobado por Orden del Ministerio y que se correspondería con «*la relación entre un término que será la suma de las medias anuales del número de suministros conectados a las redes de distribución de las empresas distribuidoras y del número de clientes*».

⁵ Conviene destacar que contra dicho auto la Abogacía del Estado interpuso recurso de reposición, en el que, con invocación del Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008 sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de la sentencia IN.CO.GE, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 22 de octubre de 1998, así como de diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, sostenía que la declaración de inaplicación por incompatibilidad con el derecho comunitario no podía asimilarse a la declaración de nulidad de la norma, de modo que la actividad judicial podía declarar una norma inaplicable al caso concreto pero no eliminarla «per se» del ordenamiento, salvo que, en su caso, se tratase de norma de rango reglamentario y estuviera en cuestión la legalidad de la misma. El recurso fue desestimado por auto de 21 de enero de 2014, en el que, abundando en el razonamiento paradójico, se afirmaba: «*Pues bien, tampoco en este caso existe ninguna contradicción con lo acordado tanto en Sentencia como en ejecución, pues lo decidido no va más allá del litigio concreto. En realidad, lo que sucede es consecuencia precisamente de una errónea comprensión del Abogado del Estado respecto al alcance de lo decidido. Pues lo decidido, aun siendo a instancias de sólo una de las empresas obligadas a la financiación del bono social, es la inaplicabilidad de dicho sistema, decisión que alcanza necesariamente a las citadas empresas identificadas nominatim por la propia norma que no es posible aplicar, la cual no se dirige a un colectivo indeterminado de sujetos futuros, sino sólo precisamente a las compañías expresamente designadas por ella. Así pues, no es que se haya ido más allá del litigio concreto, sino que la resolución de éste afecta de forma directa a la entidad recurrente y a varios sujetos más, todos ellos expresamente identificados en las disposiciones declaradas inaplicables*».

⁶ El apartado 2 de la disposición adicional cuarta de la Orden ITC/843/2012, de 25 de abril, así lo dispuso, al afirmar que «*los descuentos realizados por los comercializadores de último recurso tendrán la consideración de coste liquidable a efectos de lo dispuesto en el Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento*».

de las empresas comercializadoras en que participe el grupo, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de suministros y clientes de todos los grupos empresariales que deben ser considerados a los efectos de este reparto».

El RDL 9/2013 incorporaba al apartado V de su exposición de motivos una expresa justificación del criterio así seguido para la imposición de la obligación, en los siguientes términos:

En este sentido, es cierto que la sentencia de 7 de febrero de 2012, sin perjuicio de enunciar otras posibles modalidades de reparto del coste igualmente admisibles, señalaba que correspondía al Gobierno elegir la que estimará más adecuada, pudiendo optar «frente a otras soluciones presentes en derecho comparado, porque sea el propio sector eléctrico el que se haga cargo de dicha presión social o, incluso, una parte de dicho sector.

Partiendo de este hecho, y con el fin de contribuir a la necesaria y urgente reducción de costes del sistema, se juzga necesario modificar el régimen de reparto del coste introducido por la Orden IET/843/2012, de 25 de abril, imponiendo, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de las sociedades o grupos de sociedades que realicen actividades de producción, distribución y comercialización de energía eléctrica y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados.

En efecto, la imposición de esta obligación a las tales matrices permite, siquiera sea indirectamente, repartir dicha carga entre las principales actividades empresariales intervinientes en el sector eléctrico. Ciertamente, quedaría con ello excluida de tal reparto la actividad de transporte, si bien dicha excepción se considera justificada por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, siendo así que al transportista único no le resultaría posible, a diferencia de lo que ocurre con las citadas sociedades o grupos de sociedades, recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto, lo que, a la postre, vendría a neutralizar la finalidad perseguida con esta modificación.

Dicha configuración de la obligación de financiación del bono social vino luego a incorporarse al artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en lo sucesivo, LSE), en el que se añadía, tal y como así lo afirmaba en su momento el RDL 6/2009, que «el bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto en la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE». Al tiempo, dicho precepto añadió también la necesidad de un desarrollo reglamentario por el que se estableciera el procedimiento y condiciones con arreglo al cual la CNMC habría de calcular los respectivos porcentajes de reparto.

Esta última previsión legal mereció aplicación en los ejercicios 2014, 2015 y 2016, en los que los sucesivos listados de sociedades obligadas y respectivos porcentajes de financiación fueron aprobados por las órdenes ministeriales IET/350/2014, de 7 de marzo (cuya tramitación se había iniciado antes de la aprobación de la LSE y, por tanto, de su ulterior desarrollo reglamentario en dicho particular), así como IET/2182/2015, de 15 de octubre, e IET/1451/2016, de 8 de septiembre (estas dos aprobadas tras la entrada en vigor del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se llevó a cabo el citado desarrollo reglamentario previsto en el artículo 45.4 LSE).

En esta ocasión, y sin duda por razón del precedente representado por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, fueron múltiples los obligados que se alzaron contra la obligación así impuesta, impugnando judicialmente tanto las sucesivas órdenes de aprobación de los porcentajes de financiación como el propio Real Decreto 968/2014. En el primer caso, los recursos contencioso-administrativos fueron interpuestos ante la Audiencia Nacional, mientras que en el segundo caso se residenciaron, lógicamente, ante el Tribunal Supremo.

En un primer momento, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional vino en dictar (a partir de la sentencia 46/2015, de 1 de julio, recaída en el recurso 186/2014) sucesivas sentencias en las que, tras reiterar que la obligación de financiación revestía los caracteres de una «prestación patrimonial de carácter público de las previstas en el art. 31.3 CE», desestimaba los recursos interpuestos contra la Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por entender que no cabía apreciar que incurriera en infracción del derecho comunitario ni de preceptos constitucionales o de rango legal.

Contra dichas sentencias los obligados interpusieron recurso de casación, siendo así que, antes de que llegasen a ser resueltos, el Tribunal Supremo dictó el 24 de octubre de 2016 dos sentencias (a saber, la 2279/2016, recurso 960/2014; y la 2280/2016, recurso 961/2014), luego seguidas por otras dos concordantes, por las que, estimando los recursos interpuestos contra el Real Decreto 968/2014, declaraba *«inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE»*, así como *«inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre»*.

En las citadas sentencias, el Tribunal Supremo, reiterando que *«la obligación de financiación del bono social constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares (...) sujeta a la exigencia del artículo 31.3 de la Constitución»* (exigencia que tenía por cumplida *«en virtud del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico»*) y, tras transcribir la motivación incorporada al Real Decreto Ley 9/2013, afirmaba que *«frente a la casi absoluta falta de justificación en que incurría la regulación establecida por el Real Decreto-ley 6/2009, que nuestra sentencia de 7 de febrero de 2012 declaró inaplicable, la regulación de la financiación del bono social establecida en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico —y anticipada en el artículo 8 del Real Decreto-ley 9/2013—, cuenta con la motivación que acabamos de reseñar»*.

Sin embargo, pese a ello concluía en la inhabilidad de la motivación ofrecida en el RDL 9/2013, aseverando que *«esas razones que ofrece la exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2013, en las que abunda la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda, no satisfacen las exigencias de la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009, de que las obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales (artículo 3.2 de la Directiva)»*, añadiendo, entre otras consideraciones, lo que sigue:

... una vez decidido por el legislador, entre otras opciones posibles, que el coste del bono social sea asumido por los agentes del sistema eléctrico, no queda debidamente explicado en la norma que de esa carga se exonere a la actividad de transporte, pues no parece justificación suficiente la escueta indicación de que, por tratarse de una actividad regulada, desarrollada en régimen de monopolio legal y exclusividad, al transportista único no le resultaría posible recuperar del mercado el eventual coste que hubiera de asumir en dicho concepto.

Pero, incluso asumiendo la exoneración que se dispensa al transporte, debe considerarse carente de claridad y de transparencia así como discriminatoria, a falta de una justificación que no hemos encontrado, la decisión de que entre los agentes que intervienen en los otros tres sectores del sistema eléctrico -generación, distribución y comercialización— el coste de la financiación del bono social se haga recaer únicamente sobre las entidades o grupos empresariales que desarrollen simultáneamente las tres actividades y que tengan el carácter de grupos verticalmente integrados, que-

dando en cambio eximidos de esa carga todas aquellas sociedades o grupos empresariales cuya actividad se centre en sólo uno o incluso en dos de esos sectores de actividad.

(...)

En definitiva, no queda debidamente justificado en las normas que estamos examinando -tampoco en las explicaciones ofrecidas por la Administración del Estado en el curso de este proceso— que la financiación del bono social se haga recaer sobre determinados agentes del sistema eléctrico, algunos de ellos con muy escaso peso específico en el conjunto del sector, eximiendo en cambio de dicha carga a otras entidades o grupos empresariales que pueden estar en mejores condiciones para asumir aquel coste, sea por su volumen de negocios, por su importancia relativa en alguno de los sectores de actividad o porque desarrollan simultáneamente y de forma integrada dos de aquellas actividades.

Sobre esta base, considerándose nuevamente dispensado de la necesidad de plantear cuestión prejudicial a la vista de las consideraciones incorporadas tanto a la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2010 (asunto C-265/08, Federutility), como, especialmente, a la más reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de septiembre de 2016 (asunto C-121/15, Anode), ambas referidas al sector gasista, concluía en la declaración de inaplicación y nulidad antes transcrita (y ello, una vez más, con el voto particular discrepante del Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat). A sus results, por lo demás, el Tribunal Supremo estimó ulteriormente los recursos de casación interpuestos contra las ya referidas sentencias de la Audiencia Nacional, que fueron así casadas y anuladas, declarando igualmente nula la Orden IET/350/2014 (que, por haberse aprobado antes de la entrada en vigor del Real Decreto 897/2014, no se veía, en rigor, afectada por su anulación).

Una vez más, estas sentencias merecerían un análisis que, no obstante, por su extensión y por abundar en consideraciones ya vertidas en relación con la de 7 de febrero de 2012, se obviará ahora. En todo caso, sí cumple indicar que los pronunciamientos del Tribunal Supremo fueron ejecutados, procediéndose a reintegrar a los sujetos obligados las aportaciones en su momento realizadas, con cargo al superávit acumulado del sistema eléctrico de los ejercicios 2014 a 2016, al amparo de la habilitación contenida en la disposición adicional centésima décima novena de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017⁷. Y, del mismo modo, es obligado señalar que, no obstante dicha ejecución, la Abogacía del Estado interpuso sendos recursos de amparo contra las referidas sentencias por vulneración del artículo 24 de la Constitución (al entender que, al obviar el planteamiento de la cuestión prejudicial, se había omitido el procedimiento debido, por no concurrir, bajo su apreciación, los presupuestos habilitantes de la inaplicación directa por el Tribunal y, en particular, por no ser dable apreciar la existencia de acto aclarado, dada la, a su juicio, patente heterogeneidad entre la obligación de financiación del bono social y las medidas examinadas en las sentencias Federutility y Anode, ambas, como ya se ha dicho, referidas al sector gasista), que fueron admitidos a trámite y seguían pendientes de resolución al tiempo de redactar estas líneas.

⁷ La citada disposición adicional señalaba que «de forma excepcional para el año 2017, los superávits de ingresos del sistema eléctrico podrán destinarse al pago de indemnizaciones en ejecución de resoluciones de litigios referidos a normativa del sector eléctrico que deban llevarse a cabo con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o con cargo al sistema eléctrico, siempre que así se determine mediante Orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos». A tal fin, se dictaron sucesivamente la Orden ETU/929/2017, de 28 de septiembre (referida a los ejercicios 2015 y 2016, a que se contraían las sentencias dictadas en relación con el Real Decreto 968/2014), y la Orden ETU/1288/2017, de 22 de diciembre (referida al ejercicio 2014).

2.4. El tercer sistema de financiación del bono social: el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, y el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre

Tras la declaración de inaplicación del segundo sistema de financiación del bono social, y con el proclamado fin de subvenir a la misma, se vino en aprobar el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, (en lo sucesivo, RDL 7/2016), que dio nueva redacción al artículo 45.4 LSE. En su exposición de motivos, tras hacer referencia a los antecedentes de dicha inaplicación, se justificaba la configuración del nuevo sistema de financiación en los siguientes términos:

De esta forma, se impone, como obligación de servicio público, la asunción del coste del bono social a las matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o a las propias sociedades que así lo hagan, si no forman parte de ningún grupo societario. Es evidente que el mecanismo del bono social, al dirigirse directamente a determinados consumidores y traducirse, como se ha dicho, en el abono por éstos de un precio inferior por la electricidad consumida a través de un descuento que se aplica por el comercializador en la respectiva factura, se encuentra estrechamente vinculado a la actividad de comercialización. Resulta por ello plenamente lógico que sean precisamente el conjunto de los sujetos que realizan esta actividad, con la que está directamente vinculada la medida, los obligados a soportar el coste que conlleva.

Esta obligación se impone, en el caso de las comercializadoras que formen parte de grupos de sociedades, a las respectivas matrices y ello por razones de carácter técnico orientadas a una mejor gestión. En este sentido, debe tenerse presente que muchas de las tales matrices (que no así las comercializadoras integrantes del grupo) son ya sujetos del sistema de liquidaciones del sector eléctrico, que actualmente gestiona la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) como órgano encargado de las mismas, lo que simplificará la gestión de sus aportaciones. Por otro lado, y dado que, con notable frecuencia, un mismo grupo de sociedades puede integrar a varias empresas comercializadoras de energía eléctrica, normalmente con distintos segmentos o tipologías de consumidores o asentadas en distintas áreas regionales, con la imposición de la obligación a la matriz del grupo se faculta una gestión conjunta y de manera agregada de la contribución para la financiación del bono social, lo que redundará en una gestión más eficiente de la misma.

En todo caso, sin perjuicio de que, como se ha dicho, la medida objeto de financiación guarde directa relación con la actividad de comercialización, lo que, por sí, justifica que tal obligación se haga recaer concretamente sobre la totalidad de las sociedades que desarrollan dicha actividad, existen razones adicionales que avalan que no se haga extensiva a los sujetos que ejercen otras actividades en el sector eléctrico, tales como la generación, el transporte y la distribución.

En efecto, las actividades de redes, a saber, transporte y distribución, son por sus características monopolios naturales, y su actividad se centra en el desarrollo y mantenimiento de las redes eléctricas, así como su gestión. Como tales, tienen un régimen de retribución regulada que cubre una retribución financiera sobre las inversiones realizadas y una retribución por costes de operación y mantenimiento. Esta retribución se encuentra incluida entre las partidas de costes del sector eléctrico que se determinan en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, y ha de ser sufragada con cargo a los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución satisfechos por los consumidores y los productores, así como por los agentes por las exportaciones de energía a países no comunitarios. Por tanto, la imposición de la obligación de financiación del bono social a estos sujetos, dejando al margen su falta de relación directa con el objeto de la medida analizada, obligaría a su necesario reconocimiento como un coste más de su actividad y, por ende, a su incorporación a la retribución regulada que les es asignada y a su consecuente traslación a los consumidores (incluso a los propios consumidores vulnerables beneficiados por el bono social) a través de los referidos peajes de acceso, lo que vendría a neutralizar la finalidad perseguida con la medida.

Algo parecido ocurriría para las instalaciones de producción de energía eléctrica con régimen retributivo específico, a saber, la generación a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos con régimen primado, cuya retribución constituye también uno de los costes del

sector eléctrico que deben ser cubiertos con cargo a los ingresos del mismo. En efecto, en el caso de que se impusiera a estos sujetos la obligación de contribuir al reparto del coste del bono social (y dejando nuevamente al margen su falta de relación directa con la propia medida y con sus destinatarios), la cuantía que en tal concepto les correspondiera sufragar habría de ser reconocida de forma directa como coste en su retribución a la operación, con el consecuente traslado a los consumidores de tal coste a través de los peajes de acceso. Y si ha de excluirse la financiación por este colectivo, debe igualmente excluirse que puedan contribuir a ella aquellas otras instalaciones de generación que no dispongan de régimen retributivo específico, en tanto ello introduciría una evidente diferencia de trato dentro de la misma actividad de generación.

Por ello, y teniendo en cuenta, por añadidura, que el objetivo principal de la regulación actual es la recuperación con la máxima eficacia de todos los costes del bono social, la alternativa contemplada en este real decreto-ley, a saber, la financiación por parte de los sujetos vinculados a la actividad de comercialización de energía eléctrica, se muestra como la más adecuada y concordante con la naturaleza y finalidad perseguida por el bono social. En todo caso, dicha obligación no tiene carácter permanente, previéndose que se procederá a su revisión al menos cada cuatro años, para adecuarla a la situación del sector eléctrico.

De esta forma, el legislador de urgencia daba nueva redacción al artículo 45.4 LSE, haciendo recaer la obligación de financiación del bono social (a la que se sumaba la de asunción parcial del coste de los suministros impagados de los consumidores en riesgo de exclusión social referidos en el artículo 52.4.j) LSE) en las «matrices de los grupos de sociedades que desarrollen la actividad de comercialización de energía eléctrica, o por las propias sociedades que así lo hagan si no forman parte de ningún grupo societario», y ello con arreglo a un «porcentaje de reparto» que «se calculará para cada sociedad o grupo de sociedades de forma proporcional a la cuota de clientes a los que suministre energía eléctrica, como la relación entre un término que será el valor medio anual de clientes que corresponda a cada uno los sujetos obligados, y otro término que corresponderá a la suma de todos los valores medios anuales de clientes del conjunto de sociedades comercializadoras». Dicho cálculo habría de ser realizado anualmente por «la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de acuerdo con el procedimiento y condiciones que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno».

La propia norma, en todo caso y para subvenir con carácter inmediato a la necesidad de financiación «en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario de las previsiones relativas a la fijación de los porcentajes de reparto», incorporó a su disposición transitoria primera y a su Anexo una determinación transitoria de los porcentajes de reparto de aplicación a la vista de «la información disponible, sobre los sujetos y su número de clientes, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia».

El nuevo artículo 45.4 fue desarrollado por el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, contra el que, prontamente, los distintos sujetos obligados interpusieron múltiples recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Supremo, en los que se abundó una vez más en los alegatos de incompatibilidad con el artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/UE y que penden de resolución al tiempo de redactarse la presente colaboración.

Con posterioridad se aprobó el Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre, que, entre otras previsiones, vino a incorporar una nueva categoría de suministros esenciales al artículo 52.4.k) LSE, cuyos eventuales impagos habrían de ser igualmente asumidos por los sujetos obligados a financiar el bono social. Y, finalmente, en aplicación de dicho nuevo marco normativo, el 13 de noviembre se aprobó la Orden TEC/1226/2018, de 13 de noviembre, que fija el elenco de obligados en el año 2018 y los respectivos porcentajes de reparto de las cantidades a financiar, contra la que, igualmente, diversos obligados interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, a fin de

impugnar indirectamente tanto las previsiones del RDL 7/2016 como las del ulterior Real Decreto Ley 15/2018, de 5 de octubre.

3. LA OBLIGACIÓN DE FINANCIACIÓN DEL DÉFICIT DEL SECTOR ELÉCTRICO

3.1. Introducción

Durante la primera década del presente siglo y hasta el año 2013, el sistema eléctrico conoció una recurrente y constante situación de déficit, provocada por un continuado desequilibrio entre ingresos y gastos que reconoció diversas causas de distinto origen⁸. Haciendo abstracción del análisis de este fenómeno, que desbordaría el ámbito y extensión de este estudio, es lo cierto que dicha recurrente situación y, más aún, el creciente importe alcanzado por los tales desequilibrios, determinó que, mediante instrumentos normativos de distinto rango, la obligación de financiar dicho déficit se impusiera a distintas empresas eléctricas, que se alzaron contra ella en el año 2012. La impugnación así hecha valer fue desestimada por los tribunales, no obstante lo cual, de forma casi inmediatamente consecutiva el sistema fue modificado en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, sin que dicho nuevo sistema haya llegado a tener aún aplicación por no haber registrado desde entonces déficit alguno el sistema eléctrico.

3.2. El régimen de financiación aplicado desde el año 2000 y finalmente resultante del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril: las sentencias del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013

La obligación de financiación del déficit eléctrico se impuso inicialmente (mediante la Resolución de la Dirección General de Energía de 28 de marzo de 2000 y, posteriormente y de forma sucesiva, en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de noviembre de 2000 y en la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio) a los perceptores (según la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en lo sucesivo LSE 1997) de los denominados Costes de Transición a la Competencia (los tan notorios CTC, cuyo análisis y explicación exceden con mucho el ámbito de este estudio, por lo que se dará por supuesto)⁹. En dichas disposiciones, se

⁸ Puede encontrarse una explicación suficiente, aunque no necesariamente completa, sobre el origen y primera regulación del déficit eléctrico en MATEU DE ROS Y CERESO, R., «El déficit de tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ SIMANCAS y J. M. SALA (Coord.), *Tratado de regulación del sector eléctrico, I.*, Thomson-Aranzadi, 2009.

⁹ Conviene destacar, dado el ínfimo rango de las disposiciones aludidas, que la Audiencia Nacional, en sentencia dictada el 20 de enero de 2004 en el recurso 1026/2000, interpuesto contra la Orden de 21 de noviembre de 2000, afirmó que ésta no incurría en infracción legal ni adolecía de falta de rango, toda vez que, a su entender, no comportaba privación de derecho alguno, sino mero aplazamiento de un pago (el de los CTC) reconocido hasta un importe máximo. En concreto, afirmaba que la Orden «contaba con la suficiente habilitación legal y reglamentaria para proceder en la forma en que lo hizo dado que no existía previsión normativa que estableciera un orden de precedencias en el supuesto, realmente producido, de que los costes superasen a los ingresos previstos en un determinado ejercicio, cuestión que se resuelve en la OM impugnada mediante el aplazamiento del pago de los CTC».

contemplaba que las cantidades así financiadas incrementarían el respectivo saldo pendiente de CTC de cada obligada.

En el artículo 24 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, la obligación de financiación del déficit del sector eléctrico vino a ser establecida mediante norma de rango legal, que enunciaba las sociedades obligadas y el porcentaje en que se traducían su respectiva obligación, reconociendo el derecho a recuperar las correspondientes aportaciones en sucesivas anualidades¹⁰. Y dicha previsión, bien que con ciertas modificaciones en la identidad de los obligados y respectivos porcentajes a resultas de las operaciones societarias y transmisión de activos de generación en cada momento producidas, se reiteró (cuando los CTC ya habían sido ya suprimidos por el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio) en la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 6/2009¹¹, así como en el artículo 21 del Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, que, modificando la disposición adicional vigésima primera de la LSE 1997, fijó definitivamente en cinco el número de sujetos obligados¹².

Pues bien, de forma casi inmediata a la adopción por el Tribunal Supremo de la sentencia de 7 de febrero de 2012, y con ocasión de las distintas liquidaciones mensuales que, para la financiación del déficit en virtud de la referida disposición adicional vigésima primera de la LSE 1997, eran giradas por la CNE, los sujetos así obligados comenzaron a interponer en la primavera de 2012 sucesivos recursos por presunta vulneración de derechos fundamentales ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en los que postulaban que el sistema de financiación aludido comportaba vulneración del principio de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad, respectivamente consagrados por los artículos 14 y 9.3 CE, así como del artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/CE, con expresa invocación de la referida sentencia de 7 de febrero de 2012 y, en su virtud, de la sentencia Federutility.

Tales recursos fueron desestimados por otras igualmente sucesivas sentencias de la Audiencia Nacional en las que, tras destacar que la obligación podía «*tenerse como una prestación patrimonial ex artículo 31.3 de la Constitución, de naturaleza atípica pues no es obviamente tributaria y que se asemejaría a una suerte de empréstito forzoso*» (toda vez que los obligados al pago devenían titulares de un derecho de cobro equivalente contra el sistema eléctrico, resarcible en sucesivas anualidades, sin perjuicio de su eventual cesión a un fondo de titulización), se concluía, en esencia, que la selección de obligadas no era discriminatoria, en tanto «*desde el primer momento estaban identificadas y se fijó un sistema de interrelación entre los titulares de los CTCs y los obligados a cubrir el déficit*», constatándose «*que son las empresas más relevantes del sector eléctrico*». Por otro lado, se negaba toda posible asimilación entre la obligación aquí analizada y el bono social a que se contraía la sentencia de 7 de febrero de 2012 y la medida contemplada en la sentencia Federutility.

¹⁰ A saber: Iberdrola, S. A., Unión Eléctrica Fenosa, S. A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., Endesa, S. A. y Elcogás, S. A).

¹¹ Donde los obligados eran seis, a saber: Iberdrola Generación, S. A., Unión Fenosa Generación, S. A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., Endesa Generación, S. A. —todas ellas con idéntico porcentaje al señalado por el Real Decreto Ley 5/2005—, así como E.ON Generación, S. L. y GAS Natural S.D.G. S. A. —que a razón de un 1,00% y un 0,91%, respectivamente, se repartían la cuota antes correspondiente a Elcogás S. A.

¹² A saber: Iberdrola, S. A., Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., Endesa, S. A. y EON España, S. L. —con los porcentajes que ya recogía el Real Decreto Ley 6/2009—, así como GAS Natural S.D.G. S. A., que aglutinaba en un 13,75% el 0,91% que antes le era propio y el 12,84% correspondiente a Unión Fenosa Generación S. A. (con la que se había fusionado).

Las mercantiles recurrentes se alzaron en casación contra las citadas sentencias, siendo así que, a sus resultas, el 18 de noviembre de 2013 el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sendas sentencias en los recursos 848/2013 y 843/2013 (a las que luego siguieron las sentencias de 28 de marzo y 23 de julio, ya dictadas por la Sección Séptima en aplicación del criterio del Pleno, tras las que los recurrentes desistieron de los restantes recursos pendientes) en las que, confirmando las dictadas por la Audiencia Nacional, se afirmaba:

- a) Que no cabía apreciar la existencia de vulneración de los preceptos constitucionales invocados, toda vez que, por mucho que no se hubiera explicitado la razón de la imposición de la carga de financiación a las sociedades obligadas, *«no es inhabitual ni causa de invalidez constitucional el silencio del legislador sobre las razones y propósitos que le han movido a establecer una determinada regulación»*, siendo así que tal razón había sido justificada en el curso del proceso y era cognoscible a la vista de la secuencia normativa¹³, toda vez que en las empresas *«incluidas en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997 y sólo en ellas coinciden estas circunstancias: (i) la secuencia normativa expuesta las presenta como sujetos cualificados de la configuración del mercado eléctrico cuyo origen está en el sistema de percepción de compensaciones por los CTCs; (ii) no son enteramente ajenas a la creación del actual déficit que es menester financiar porque es consecuencia del funcionamiento de un sistema del que se han beneficiado y a cuya definición han contribuido; (iii) son los principales operadores del sector eléctrico (...); (iv) son grupos de empresas integrados verticalmente con presencia y actividad en la generación --tanto en el régimen ordinario como en el especial-- y en la distribución y comercialización de la energía eléctrica; (v) su singular posición va acompañada por su solvencia y capacidad para asumir la obligación de financiar el déficit de tarifa»*.
- b) Que no había lugar a la traslación del criterio de la sentencia de 7 de febrero de 2012, por ceñirse, a su entender, a un supuesto inasimilable que excluía la existencia de término comparativo válido¹⁴, en atención a las siguientes razones: *«En primer lugar, la de financiar el bono social es una obligación de servicio público expresamente prevista por la Directiva 2003/54/CE y, luego, por la Directiva 2009/72/CE. La de financiar el déficit de tarifa no tiene esa naturaleza. En segundo término, aquella obligación es objeto de regulación por la Directiva, que señala los obligados, la finalidad y la manera de hacerla efectiva. La que nos ocupa no está prevista en ninguna norma europea que pueda, así, erigirse en parámetro de la legalidad del Derecho interno. En tercer lugar, precisamente, porque la Directiva 2003/54/CE sentaba pautas concretas sobre la obligación de financiar el bono so-*

¹³ Lamentablemente, no es un fenómeno infrecuente. En este sentido, ya GODED MIRANDA advertía oportunamente, en «Igualdad ante la Ley y carga procesal» (en *El principio de Igualdad en la Constitución Española, (XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Volumen II, páginas 1801-1818, Ministerio de Justicia 1991)*, que *«las leyes actuales, a diferencia de los antiguos textos, no explican el porqué de la norma»*, de modo que *«solo a veces se rastrea en las exposiciones de motivos las razones de las modificaciones más importantes que se introducen»*. Y destacaba, con cita de la STC 103/83, de 22 de noviembre, que ello comporta para la parte que asume la defensa de la legalidad impugnada la que denominaba como *«carga de la fundamentación»*, es decir, *«la carga de la demostración del carácter justificado de la diferenciación»*. En sus sentencias, el Pleno del Tribunal Supremo tuvo por debidamente atendida dicha carga.

¹⁴ Término comparativo que es presupuesto esencial de todo alegato de desigualdad en la ley, como también advertía GODED MIRANDA en la obra ya referida, al señalar que *«toda reclamación fundada en una desigualdad que se considera irrazonable requiere la comparación de dos situaciones fácticas»*, carga que *«pesa sobre la parte que se acoge al artículo 14»*.

cial pudo la sentencia de 7 de febrero de 2012 establecer el contraste con ellas de las disposiciones con fuerza de ley y reglamentarias que traspusieron en dicho extremo la Directiva. Sin embargo, ese juicio no es posible cuando de la financiación del déficit se trata porque falta el parámetro europeo. Asimismo, mientras que allí las empresas obligadas deben soportar en su totalidad la carga que se les impone, aquí se trata solamente de un adelanto a título de préstamo a largo plazo, acompañado del consiguiente derecho a la devolución con sus intereses, sin perjuicio del recurso a la titulización. En fin, en el caso del bono social, la sentencia no encuentra justificación en el Real Decreto-Ley ni en el trámite de su convalidación parlamentaria a que, en vez de a las empresas eléctricas, como dice el artículo 3 de la Directiva 2003/54/CE, se impusiera solamente a las que operan en el sector de la generación. Sin embargo, en este caso, las razones por las que se circunscribe la obligación de financiar el déficit de tarifa a unas determinadas empresas son suficientemente claras, según se ha explicado».

3.3. El régimen de financiación actualmente vigente a tenor de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

Paradójicamente, las sentencias de 18 de noviembre de 2013 antes referidas confirmaron la adecuación a derecho de un régimen de financiación que, sin embargo, el legislador dejó sin efecto de forma casi inmediata en la nueva LSE, aprobada el 26 de diciembre de ese mismo año. En efecto, en el artículo 19 LSE se configuro un nuevo régimen, actualmente vigente, en cuya virtud, al tiempo que se establecen límites cuantitativos al eventual desajuste (previendo la necesaria subida de peajes y cargos en tanto se rebasen) se imputa (en identidad de términos con lo que, para el sistema gasista, se recoge en el artículo 61 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre) dicha obligación a los sujetos del sistema de liquidación perceptores de retribución regulada y ello de forma proporcional a la retribución que les corresponda en cada liquidación mensual, con derecho a la recuperación con cargo al sistema de las cantidades así aportadas, más los correspondientes intereses en condiciones de mercado, en un plazo de cinco años. Conviene destacar que este mecanismo de financiación no ha tenido aún aplicación (toda vez que, tras la entrada en vigor de la LSE, no se han producido, hasta el momento, déficits en el sector eléctrico) ni, por tanto, ha sido objeto de impugnación, lo que no prejuzga que no pueda serlo si llegara a ser aplicado (aunque no es fácil imaginar los fundamentos que a tal fin pudieran invocarse, siendo así que su homólogo gasista sí ha merecido aplicación, sin controversia).

4. LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES OBLIGATORIAS EN MATERIA DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

4.1. Introducción

Las actuaciones de eficiencia energética, que hasta el año 2010 fueron financiadas por los consumidores con cargo a las tarifas eléctricas y gasista, pasaron a serlo, en la parte concerniente al sistema eléctrico, a partir de 2011 mediante exacciones abonadas por determinadas empresas de generación enunciadas nominativamente en el Real Decreto Ley 14/2010, de 22 de diciembre. Posteriormente, el Real Decreto Ley 8/2014, de

4 de julio, vino a establecer un nuevo sistema de obligaciones de eficiencia energética, que afectaba a sujetos tanto del sector eléctrico como del sector gasista y del de derivados del petróleo. Una y otra previsión han sido objeto de diversa litigiosidad, pendiente de resolución, tal y como ahora se expondrá.

4.2. La financiación de los planes de ahorro y eficiencia energética en los ejercicios 2011 a 2013

Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005, se aprobó el Plan de Acción por el que se concretaban las medidas del documento de «Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012».

Inicialmente, la financiación de dichas medidas se había imputado a la tarifa eléctrica y a la tarifa gasista (es decir, eran sufragadas por los consumidores), bien que mediante instrumentos de rango reglamentario, lo que determinó que el Tribunal Supremo, por entender que solo era dable la creación de nuevas obligaciones con cargo a uno u otro sistema mediante norma con rango de ley, dictase sucesivas sentencias por las que se anulaban aquéllos.

De esta forma, a fin de subvenir a dicha insuficiencia de rango, en la disposición adicional trigésima tercera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, se estableció que *«para el año 2011, las cantidades previstas en el Plan de Acción 2008-2012 de la Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 8 de julio de 2005, que tienen la consideración de reinversiones sectoriales, serán financiadas con cargo a las tarifas de acceso de gas natural y electricidad»*.

Dicha disposición, que conservó plena eficacia en relación con el sector gasista, vino sin embargo a ser dejada sin efecto en lo relativo al sector eléctrico por la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre (en lo sucesivo, RDL 14/2010), en la que se imponía a un total de once empresas generadoras de electricidad en régimen ordinario¹⁵ —que eran enunciadas «nominatim» —la obligación de financiar, en los porcentajes que respectivamente se establecían, las cuantías destinadas a ser sufragadas por el sistema eléctrico y ello por un importe global conjunto de 270 millones de euros en 2011 y de 250 millones en 2012, así como en 2013 hasta un importe máximo de 150 millones de euros.

Consecuentemente, con ocasión de la aprobación de la Orden ITC/2844/2011, de 19 de octubre (de carácter estrictamente instrumental y que regulaba únicamente la transferencia al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía de las cantidades ingresadas en el ejercicio 2011 a resultas de tal previsión), así como de las sucesivas órdenes dictadas con el mismo objeto en ejercicios subsiguientes (a saber, la Orden IET/2599/2012, de 28 de noviembre, y la Orden IET/75/2014, de 27 de enero), varios de los sujetos obligados interpusieron contra las mismas diversos recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional, en los que suscitaban tanto la supuesta inconstitucionalidad de la previsión legal como su incompatibilidad con la previsión del artículo 3.2 de la Directiva 2009/72/UE, tantas veces referido.

¹⁵ Entendiendo por tal la generación no integrada en el entonces denominado régimen especial, consideración ésta última que, en esencia, era predicable de las instalaciones renovables y de cogeneración con potencia instalada no superior a 50 MW, ex artículo 27 LSE 1997.

A sus resultas, mediante sendos autos de fecha 11 de noviembre de 2013, la Sala acordó el planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la citada disposición adicional tercera del RDL 14/2010, por albergar dudas sobre la adecuación de la citada norma con los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad establecidos en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, y, «*en concreto, si es conforme con las normas constitucionales indicadas el establecer que las cuantías destinadas a la financiación del plan de acción 2008-2012 se financiarán mediante la aportación de determinados porcentajes por un conjunto de empresas productoras o generadoras de electricidad en régimen ordinario nominalmente designadas*».

Dichas cuestiones de inconstitucionalidad vinieron en ser resueltas por las sentencias del Tribunal Constitucional 167/2016, de 6 de octubre, y 187/2016, de 14 de noviembre. En ellas, tras afirmar indubitadamente que se estaba en presencia de una prestación patrimonial de carácter público, se destacaba también que «*el hecho de que (...) no tenga carácter tributario excluye que deba analizarse a la luz de los principios del art. 31.1 CE (...) o de las previsiones del art. 86.1 CE que condiciona los instrumentos normativos a través de los que pueden establecerse prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria (STC 62/2015, de 13 de abril, FJ 3)*». Y, bajo este prisma, se analizaba su eventual colisión con los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, descartándola, y ello, esencialmente, por entender: a) que era justificado, por las razones que allí se detallaban, que la financiación se hiciera recaer sobre la generación ordinaria y no así sobre la de régimen especial, al no ser esta última un término válido de comparación, por: i) tener un régimen jurídico y retributivo diferenciado; ii) haber sido sometida ya a otras medidas encaminadas a combatir el déficit del sistema eléctrico; y iii) más aún, colaborar, «*por el tipo de tecnologías empleadas*», en el objetivo perseguido en los Planes de Acción; b) que era justificado que, dentro de la generación ordinaria, la obligación recayera sobre las once empresas designadas «*expressis verbis*», al ser ello fruto de la razonable y proporcionada exclusión de los titulares de instalaciones en régimen ordinario «*que producen con tecnologías renovables y otras análogas o con escasa cuota de mercado, en atención a un umbral mínimo*».

Con posterioridad a las citadas sentencias, sin embargo, la Audiencia Nacional dictó, el 9 de julio de 2018, auto por el que, en el seno del recurso 43/2014 (promovido contra la Orden IET/75/2014), planteaba cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a fin de que se pronunciase acerca de si la previsión legal de la disposición adicional tercera del RDL 14/2010 «*constituye una obligación de servicio público a tenor de lo establecido en los artículos 3.2 de las Directivas 2003/54 CE y 2009/72 CE* y, supuesto que lo fuera, si «*ha sido definida claramente, es transparente, no es discriminatoria y resulta controlable*». Dicha cuestión se hacía descansar, entre otras consideraciones, en la afirmación de que «*la sentencia del Constitucional ni analizó ni valoró establecimiento de esta medida desde los parámetros de la obligación de servicio público del artículo 3.2 de la Directiva 2003/54/CE y la Directiva 2009/72 CE*», y resta pendiente de decisión al tiempo de redactarse esta colaboración (asunto C-523/18). Sin prejuzgar la suerte que dicha cuestión prejudicial puede alcanzar, resulta pertinente destacar que la solución así adoptada por la Audiencia Nacional se cohonesta difícilmente con lo afirmado por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia 653/2018, de 23 de abril, en la que, conociendo de una reclamación de responsabilidad patrimonial promovida por una de las empresas obligadas en relación con las cantidades ingresadas en el ejercicio 2011, se afirmaba rotundamente que «*las sentencias que referenciamos del Tribunal Constitucional además de rechazar el argumento de la demanda relativo a la inconstitucionalidad del artículo 2 de la Orden ITC/2844/2011, por*

vulneración de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, indirectamente razonan sobre la no vulneración del artículo 3 de la Directiva 2009/72/CE (principios de no discriminación, transparencia y susceptibilidad de control)», añadiendo que «la rigurosidad de los fundamentos 6 y 7 de la sentencia 167/2016, asumidos en la 187/2016, eximen de otra consideración».

4.3. El Fondo Nacional de Eficiencia Energética

A fin de dar cumplimiento a las obligaciones resultantes de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, y alcanzar el objetivo de ahorro energético acumulado para el periodo 2014 a 2020, mediante el Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio (luego convalidado y tramitado como proyecto de ley, que devino en la actual Ley 18/2014, de 15 de octubre), se vino en crear el denominado Fondo Nacional de Eficiencia Energética, al que vendrían obligadas a realizar aportaciones, como forma de cumplimiento de sus obligaciones de ahorro, los sujetos definidos en su artículo 69.1 (a saber, las empresas comercializadoras de gas y electricidad, los operadores de productos petrolíferos al por mayor y los operadores de gases licuados de petróleo al por mayor).

El citado Real Decreto Ley incorporó en su Anexo XII el listado de los así obligados y la concreta determinación del importe de sus aportaciones en el ejercicio 2014, siendo así que, en ejercicios subsiguientes, dicho listado de obligados e importe de su respectiva obligación (cuyo importe, de acuerdo con el artículo 70.1, había de calcularse en proporción, «en el caso de las comercializadoras de gas y electricidad, al volumen de sus ventas de energía final a nivel nacional a consumidores finales, y en el caso de los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados de petróleo, al volumen de sus ventas de energía final a nivel nacional para su posterior distribución al por menor y a consumidores finales, expresadas en GWh, durante el segundo año anterior al periodo anual de la obligación»), vino a ser determinado mediante Orden Ministerial, a tenor de lo previsto en el propio artículo 70.1 (dictándose así las órdenes IET 289/2015, de 20 de febrero, IET 359/2016, de 17 de marzo, ETU 258/2017, de 24 de marzo y ETU/257/2018, de 16 de marzo). Para dar un orden de magnitud, baste señalar que los importes globales de tales obligaciones ascendieron en 2014 a más de 103 millones de euros (por la fracción posterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014), girando en los ejercicios subsiguientes entre los 204 y los 206 millones de euros, ajustes de ejercicios precedentes al margen.

Contra la respectiva Orden de cada año se interpusieron ante el Tribunal Supremo (por mediar previa aprobación de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos) multitud de recursos por los distintos obligados, en los que se suscitaba tanto la eventual disconformidad con diversos preceptos constitucionales de las normas legales rectoras de la obligación como su inadecuación a la Directiva 2012/27/UE.

En uno de los tales recursos, a saber, el 261/2015, el Tribunal Supremo vino en plantear, mediante auto de 25 de octubre de 2016, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que giraba sobre seis interrogantes (de los cuales, los cuatro primeros versaban sobre la propia configuración del sistema y los dos últimos sobre la selección de sujetos obligados). En concreto:

- «¿Es compatible con el artículo 7.1 y 7.9 de la Directiva 2012/27/UE una regulación de un Estado miembro que establece un sistema nacional de obligaciones de eficiencia

energética cuya forma de cumplimiento primaria consiste en una contribución financiera anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética creado al amparo de la previsión del artículo 20.4 de dicha Directiva?».

- *«¿Es compatible con los artículos 7.1 y 20.6 de la Directiva 2012/27/UE una regulación nacional que contempla la posibilidad de cumplir las obligaciones de ahorro energético mediante la acreditación del ahorro conseguido como una alternativa a la contribución financiera a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética?».*
- *«De contestarse afirmativamente la pregunta anterior, ¿es compatible con los citados artículos 7.1 y 20.6 de la Directiva la previsión de dicha posibilidad alternativa de cumplimiento de las obligaciones de ahorro energético cuando su efectiva existencia depende de que el Gobierno la desarrolle discrecionalmente por vía reglamentaria?»*
- *«Y, en este mismo sentido ¿es compatible tal regulación en caso de que el Gobierno no proceda a desarrollar dicha posibilidad alternativa?».*
- *«¿Es compatible con los apartados 7.1 y [7.]4 de la Directiva un sistema nacional que considera partes sujetas a las obligaciones [de eficiencia energética sólo a las empresas comercializadoras de gas y electricidad y a los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo,] y no a los distribuidores [de gas y electricidad y a los minoristas de productos petrolíferos y gases licuados de petróleo]?».*
- *«En caso de una respuesta afirmativa a la pregunta anterior, ¿es compatible con los citados apartados del artículo 7 la fijación como sujetos obligados de las empresas [comercializadoras de gas y electricidad y de los mayoristas de productos petrolíferos y de gases licuados de petróleo] sin determinar las razones que llevan a no incluir como partes obligadas a los distribuidores de [gas y electricidad y a los minoristas de productos petrolíferos y gases licuados de petróleo]?»¹⁶.*

Dicha cuestión prejudicial fue resuelta mediante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 (asunto C-561/16), que, en relación con las primeras cuatro cuestiones, referidas a la configuración del sistema, y tras señalar (considerandos 27 a 29) que la imposición de una obligación de contribuir sin posibilidad de alternativa «sólo será conforme con la Directiva 2012/27 si puede considerarse una de las «otras medidas de actuación» en el sentido del artículo 7, apartado 9, de esta Directiva», concluía:

¹⁶ Dejando al margen que la cuestión prejudicial suscitada por el Tribunal Supremo lo fue en un recurso interpuesto por una distribuidora al por mayor de productos petrolíferos, no obstante lo cual hacía referencia extensiva a la selección de obligados en el sector gasista y eléctrico, en los que no operaba la actora, no está de más señalar que, en el planteamiento de este interrogante, el Tribunal Supremo parecía obviar que, cualquiera que fuera el juicio que le mereciera, el Real Decreto Ley 8/2014, al igual que la ulterior Ley 18/2014, sí incorporaba una justificación de la selección de obligados, afirmando lo que sigue: «Si bien la Directiva da la posibilidad de que los sujetos obligados puedan ser comercializadores o distribuidores de energía, dado que, en España, los distribuidores de energía no realizan labores de comercialización (al contrario que en otros países de la UE) sino una actividad regulada de gestión de la red correspondiente, se ha establecido a los comercializadores de energía como los sujetos obligados que es donde la Directiva exige los ahorros de energía. (...) Para el caso de los productos petrolíferos y gases licuados del petróleo, tampoco se ha considerado apropiado imponer las obligaciones al gestor de la red, sino que son sujetos obligados las empresas que de hecho realizan la comercialización de los productos de cara a la venta a los consumidores finales y, en concreto, teniendo en cuenta la atomización existente en la comercialización final de estos productos, a los operadores al por mayor de productos petrolíferos y gases licuados del petróleo. En consecuencia, esta Ley establece un sistema de obligaciones para las empresas comercializadoras de gas y electricidad, para los operadores de productos petrolíferos al por mayor, y para los operadores de gases licuados del petróleo al por mayor, a partir de la entrada en vigor de la misma». Habrá de verse si, al cumplimentar el juicio a que le emplaza el TJUE, el Tribunal Supremo atiende dicha circunstancia, con independencia de que pueda (o no) reputar insuficiente tal justificación.

Los artículos 7 y 20 de la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, por la que se modifican las Directivas 2009/125/CE y 2010/30/UE, y por la que se derogan las Directivas 2004/8/CE y 2006/32/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece como modo principal de ejecución de las obligaciones de eficiencia energética un sistema de contribución anual a un Fondo Nacional de Eficiencia Energética, siempre que, por una parte, esa normativa garantice la obtención de ahorros de energía en una medida equivalente a los sistemas de obligaciones de eficiencia energética que pueden crearse con arreglo al artículo 7, apartado 1, de esta Directiva y que, por otra parte, se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7, apartados 10 y 11, de dicha Directiva, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente.

En relación con las dos últimas cuestiones, referidas a la selección de obligados, el Tribunal señalaba:

El artículo 7 de la Directiva 2012/27 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que sólo impone obligaciones de eficiencia energética a algunas empresas determinadas del sector de la energía, siempre que la designación de esas empresas como partes obligadas se base efectivamente en criterios objetivos y no discriminatorios expresamente indicados, extremo cuya verificación incumbe al tribunal remitente.

Como puede comprobarse, el Tribunal de Justicia ha trasladado en último extremo al Tribunal Supremo la verificación de los requisitos a que explícitamente subordina la conformidad con la Directiva del régimen legal enjuiciado. Al tiempo de redactar la presente colaboración el Tribunal Supremo no había cumplimentado dicho juicio y seguía estando pendiente de dictar sentencia en relación con estos litigios.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- GODED MIRANDA, M., «Igualdad ante la Ley y carga procesal», en *El principio de Igualdad en la Constitución Española, (XI Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Volumen II*, Ministerio de Justicia, 1991.
- LAVILLA RUBIRA, J.J., «Prestaciones patrimoniales públicas no tributarias impuestas a las empresas que operan en el sector eléctrico», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2015.
- MATEU DE ROS Y CERESO, R., «El déficit de tarifa eléctrica: origen y regulación por el Derecho positivo», en F. BECKER, L. M. CAZORLA, J. MARTÍNEZ SIMANCAS y J. M. SALA (coords.), *Tratado de regulación del sector eléctrico, I*, Thomson-Aranzadi, 2009.

APARTA DE MÍ ESE CÁLIZ: LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS RADIATIVOS Y LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

Fabiola Gallego Caballero

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS RESIDUOS RADIATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE SU GESTIÓN.—3. LA RESERVA AL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS ESENCIALES. 3.1. Constitución económica. 3.2. Reserva al sector público de recursos o servicios esenciales. 3.3. Servicio público esencial y servicio de interés general.—4. ESPACIO PROTEGIDO RED NATURA 2000, ZONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES DE LA LAGUNA DE EL HITO. 4.1. Hechos. 4.2. Argumentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. 4.3. Argumentos del Gobierno de la nación. 4.4. Conclusiones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2018.—5. IMPUESTO QUE GRAVA EL RIESGO DE ALTERACIÓN MEDIOAMBIENTAL PROVOCADO POR EL COMBUSTIBLE NUCLEAR GASTADO Y DEPOSITADO CON CARÁCTER TEMPORAL EN LAS CENTRALES NUCLEARES SITUADAS EN EL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN. 5.1. Descripción del impuesto. Hecho imponible. Sujeto pasivo. 5.2. Cumplimiento de los límites de la LOFCA. 5.3. Cumplimiento de las reglas de la LGT. 5.4. Cumplimiento de los límites de la LEN y del marco de la LRJSP. 5.5. Conclusiones.—6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una condición indefectiblemente unida a la existencia de las sociedades económicamente desarrolladas es la producción de residuos de toda naturaleza, pues el consumo masivo de bienes y servicios lleva aparejada la generación también en masa de desechos hasta tal punto de que bien cabría calificarlas como *sociedades de los residuos* para enfatizar la grave problemática a la que se enfrentan.

La existencia de esa problemática plantea el reto de propiciar el consenso político y social necesario para decidir qué hacer para gestionarla de forma eficaz, eficiente y sostenible, y con un reparto equitativo de sus costes. Las condiciones sociopolíticas para ello son hoy mejores que en el pasado, pues la magnitud del problema ha alcanzado ya la categoría de evidencia hasta el punto de haber ingresado en el debate social corriente y ocupar uno de los puestos más descollantes de la agenda política. De entre el conjunto de residuos generados, este artículo aborda la problemática anudada a los radiactivos.

Desde el punto de vista jurídico, la actividad de gestión de los residuos radiactivos es un servicio público esencial y su prestación se encuentra reservada al Estado, pero esta gestión se realiza en el territorio y, como es sabido, la ordenación territorial es constitucionalmente competencia autonómica. Surge así un ámbito de fricción en el que, como en tantos otros, se yuxtaponen intereses no siempre concurrentes y puntos de vista discrepantes, que la práctica política, administrativa y forense ha ido modulando a lo largo de los años.

En efecto, la problemática legal que más incidencia ha tenido en el funcionamiento del servicio de gestión de residuos radiactivos en los últimos tiempos ha sido, sin duda, el ejercicio de competencias autonómicas en materias que, como el urbanismo, el medioambiente y los tributos, lo condicionan directamente. Un ejercicio que no ha sido ajeno en muchos casos a objetivos claramente alejados de los que son propios de esos sectores normativos, pues se ha pretendido, a veces abiertamente, impedir que dichos

residuos sean almacenados en el territorio de la comunidad autónoma de que se trate, con el efecto de promover, siquiera sea desiderativamente, su exportación a otras. Puede reconocerse en este hecho, en claro contraste con los principios constitucionales que articulan las relaciones entre las diferentes administraciones públicas, una visión localista que da pie a un posicionamiento de insolidaridad territorial y, también, un desconocimiento de la realidad y una preterición del interés general o, al menos, una percepción distorsionada de una y otro.

Así, ante la falta de aceptación social de la producción nuclear y, más específicamente, de los residuos radiactivos, se viene optando por algunas comunidades autónomas por la solución políticamente menos costosa y más coyuntural, cual es tratar los síntomas de forma expeditiva, intentando desde ellas forzar al Estado a trasladar el riesgo a otros territorios, lo que en la práctica excluye o embruma la búsqueda de consensos sociales suficientes para encontrar una solución equitativa, eficiente y eficaz a largo plazo y deja el problema sin resolver, confiado a soluciones provisionales, que no son probablemente las más acertadas, dada la naturaleza y el larguísimo ciclo de vida de los residuos de los que hablamos.

En este sentido puede decirse que el hecho de que España dependa de Francia para el almacenar allí de una parte de nuestros residuos radiactivos, los de alta actividad (bajo la espada de Damocles de que Francia es un proveedor monopólico), y de que sea tan complejo encontrar un emplazamiento consensuado para el denominado Almacén Temporal Centralizado (ATC), nos coloca en una situación estratégica comprometida, sin por ello liberarnos enteramente de los riesgos que se pretenden eludir. Un resultado que puede ser satisfactorio a corto plazo, pero que se aleja del que exigiría el interés general a cuyo servicio están todos los poderes públicos.

A lo largo de las páginas siguientes y a través, principalmente, de los dos ejemplos que se describen, se verá cómo las comunidades autónomas, tras el aparente ejercicio de sus propias competencias, tratan de impedir al Estado el ejercicio de la que indefectiblemente tiene, y debe tener, atribuida en este ámbito.

2. LOS RESIDUOS RADIATIVOS Y LOS PRINCIPIOS DE SU GESTIÓN

La aplicación de los isótopos radiactivos para usos pacíficos es habitual en las sociedades desarrolladas, siendo el principal y más conocido el de la generación de energía eléctrica, son otros muchos, menos conocidos pero igualmente capitales y próximos a los ciudadanos, sus usos, que generan, en consecuencia, residuos radiactivos. La industria, para medición de espesores y densidades y realizar procesos de calidad; la medicina, para la detección y tratamiento de enfermedades como el cáncer; la investigación biotecnológica; la restauración de obras de arte; o la datación de yacimientos arqueológicos, razón por la cual continuará produciéndose la generación de residuos radiactivos aun cuando se abandone el empleo de aquellos para la producción de energía eléctrica.

El artículo segundo de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear (LEN) define residuo radiactivo como cualquier material o producto de desecho, para el cual no está previsto ningún uso, que contenga o esté contaminado por radionucleidos en concentraciones o niveles de actividad superiores a los establecidos por el ministerio competente, hoy el Ministerio para la Transición Ecológica, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear.

Estos residuos se clasifican en dos grandes grupos atendiendo a su disminución radiológica, la duración de la vida de los elementos radiológicos que contienen y al nivel

de radiactividad que encierran. Así, se distingue entre los residuos de baja y media actividad, son la mayoría de los generados, contienen radionucleidos con periodos de semidesintegración inferiores a treinta años, por lo que son conocidos como de vida corta, pese a lo que necesitarán del transcurso de un periodo de trescientos años para reducir su actividad hasta el punto de que las dosis radiactivas que presenten sean equivalentes a las correspondientes al fondo natural y puedan así ser desclasificados. Y los residuos de alta actividad y vida larga, cuyo exponente más significativo es el combustible gastado de las centrales nucleares, y que son los que contienen radionucleidos de vida larga, con un periodo de semidesintegración muy superior a treinta años y cuya actividad es tan elevada que siguen siendo radiactivos durante varios miles de años.

Entrañando dificultad y un coste elevado la gestión de todos los residuos, sucede que la de los radiactivos resulta técnicamente muy exigente y económicamente muy costosa. Ello es debido a su característica principal: la emisión de radiaciones ionizantes, contra las que deben ser protegidos los seres vivos y el medioambiente mediante la interposición de barreras adecuadas, para blindarlos de ella a través del confinamiento de su radiactividad

Así, dos son los problemas, no menores, que plantean los residuos radiactivos. Primero, el derivado de su perdurabilidad dado que su permanencia en la biosfera se proyecta muy considerablemente en el tiempo, sin posibilidad de eliminación a corto plazo, por lo que necesitan sistemas de tratamiento, confinamiento y almacenamiento a muy largo plazo y, segundo, el derivado de su peligrosidad, que exige el empleo de sistemas que deben ser consecuentes con las normas específicas de seguridad que recomiendan el Organismo Internacional de la Energía Atómica y la Unión Europea, y responder a los principios esenciales de protección de la salud de las personas y del medio ambiente, una protección que no conoce de fronteras nacionales ni generacionales.

Por ello, debe perseguirse una política que minimice su producción, que enfatice la interdependencia esencial entre las etapas de generación y de gestión y la seguridad de las instalaciones en que se almacenen durante toda su vida, que respete el marco legal nacional y la estricta independencia de los órganos reguladores y que evite la imposición de cargas indebidas a las generaciones futuras.

Las circunstancias anteriores —peligrosidad y perdurabilidad—, junto al elevadísimo coste que comporta la gestión de los residuos radiactivos, justifican que esta actividad esté declarada servicio público esencial conforme al 128 Constitución española y haya sido reservada al Estado. Así lo establece el artículo 38 bis de la LEN que, bajo la rúbrica «Gestión de los Residuos Radiactivos», en su apartado 1 dispone lo siguiente:

1. La gestión de los residuos radiactivos, incluido el combustible nuclear gastado, y el desmantelamiento y clausura de las instalaciones nucleares, constituye un servicio público esencial que se reserva a la titularidad del Estado, de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución Española.

Se encomienda a la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, SA (ENRESA), la gestión de este servicio público, de acuerdo con el Plan General de Residuos Radiactivos aprobado por el Gobierno.

A estos efectos, ENRESA se constituye como medio propio y servicio técnico de la Administración, realizando las funciones que le sean encomendadas por el Gobierno.

El artículo 38 bis fue introducido en la LEN por la disposición final novena de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, de regulación de Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, y a ello obedece que incorpore en su redacción la referencia al artículo 128 de la Constitución, promulgada catorce años después de la aproba-

ción de la LEN y emplee conceptos jurídicos desarrollados posteriormente, como el de medio propio y servicio técnico.

No se tratará en este artículo ni del mandato de acuerdo al cual Enresa debe gestionar el servicio —el Plan General de Residuos Radiactivos aprobado por el Gobierno—, ni de la configuración que se otorga a esta sociedad gestora —medio propio y servicio técnico—, pues aun siendo extremos trascendentes para entender cuáles son las funciones de Enresa y el marco jurídico aplicable a la gestión que realiza, no resultan relevantes a la hora de analizar cómo el ejercicio de las competencias autonómicas incide en la gestión de los residuos de que se trata.

Sí lo es, por el contrario, y en este extremo es obligado detenerse, la decisión del legislador de configurar el servicio de gestión de los residuos radiactivos como un servicio público esencial reservado al Estado en el marco del artículo 128 de la Constitución española. Y para establecer el alcance que dicha configuración comporta es necesario clarificar seguidamente el concepto de servicio público esencial, siguiendo para ello el análisis que de dicho precepto realiza el propio legislativo y expone en su página web, que queda resumido a continuación.

3. LA RESERVA AL SECTOR PÚBLICO DE SERVICIOS ESENCIALES

3.1. Constitución económica

«Economía y Hacienda» es la rúbrica del título VII de la Constitución de 1978, que se inicia con el artículo 128 y que, en cuanto que incorpora una referencia a la economía, es una novedad en el constitucionalismo español y fruto de que el Estado del bienestar juzga necesaria la regulación constitucional de materias e instituciones económicas, dado el esencial protagonismo que la economía tiene para la conformación de un orden social justo.

De dicha novedad trató el Tribunal Constitucional en su sentencia 1/1982, de 28 de enero, en la que hace referencia al concepto de Constitución económica y afirma que *«en la Constitución Española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las Constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que sucede en más recientes Constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución Económica (...)»*.

Nuestra Constitución económica sigue un modelo flexible basado en una economía de mercado mixta, tanto cabe el protagonismo de lo público como de lo privado, siempre dentro del respeto al resto de principios y normas constitucionales. Desde la década de los años noventa, la tendencia en España ha sido la clara reducción de la intervención pública en la economía y, correlativamente, la reducción de la dimensión del sector público empresarial de la mano de los principios de rentabilidad, racionalización y eficiencia, que han adquirido un relieve dogmático tras la crisis económica iniciada en 2007. A dicha tendencia se suma el hecho de que las políticas económicas han ido residenciando la intervención de los poderes públicos preferentemente en el ámbito regulatorio, en concordancia con la orientación de la Unión Europea proclamada en preceptos clave como lo son los artículo 5.1 y 119 de su Tratado de Funcionamiento, que sientan como elementos medulares de las respectivas políticas de los Estados miembros el mercado interior, la definición de objetivos comunes, el respeto al principio de economía de mercado abierta y de libre competencia.

Pues bien, del conjunto de los preceptos económicos de la Constitución cabe destacar el 128 por cuanto subordina al interés general toda la riqueza del país y enumera tres pilares de la política económica: el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica; la admisión de la reserva al sector público de servicios y recursos esenciales; y la habilitación para la intervención de empresas. De entre dichos pilares es obligado detenerse en el reconocimiento de la posibilidad de reserva al sector público de servicios y recursos esenciales, que es lo que interesa a los efectos del presente artículo.

3.2. Reserva al sector público de recursos o servicios esenciales

Abordar el análisis de la posibilidad de reserva al sector público de recursos o servicios esenciales exige, previamente, clarificar algunos extremos relevantes para deslindar esta institución de otras que le son próximas; describir las lindes que al ejercicio de la potestad de reserva ha establecido el Tribunal Constitucional; y acotar su título habilitante y su objeto.

Al tratar el primer aspecto —diferenciar la reserva de instituciones próximas— hay que mencionar, al menos, dos: dominio público y monopolio. En cuanto al demanio cabe destacar que la potestad de reserva está contenida en el artículo 128, distinto del 132 de la Constitución que es el relativo a los bienes de dominio público, hecho que por sí solo ya evidencia que la reserva de recursos y servicios esenciales no es un mecanismo de incorporación de bienes al dominio público. Evidencia esta corroborada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en la que afirma que cabe la reserva sin incorporación al demanio y, viceversa, dominio público sin reserva de uso del bien demanial.

Por lo que al monopolio concierne, resulta obligado afirmar que se trata de un supuesto singularmente cualificado de la reserva. La primera evidencia de ello es la redacción del precepto constitucional que dispone que los recursos o servicios esenciales pueden ser objeto de reserva, *«especialmente en caso de monopolio»*, en clara referencia a los supuestos en los que los recursos o los servicios por su propia naturaleza configuran lo que en términos económicos constituye un monopolio natural, o en el que el monopolio existiese de hecho. Así, si bien la técnica de reservar un recurso o servicio a favor de la Administración no conlleva inexorablemente la constitución del monopolio, pues puede articularse como habilitación para actuar, en ocasiones comporta esa constitución como supuesto especialmente claro de reserva, aunque no el único.

En cuanto a las lindes del ejercicio de la potestad de reserva, el Tribunal Constitucional ha establecido que la decisión del legislador de reservar un determinado recurso o servicio debe reunir las siguientes exigencias: i) estar justificada, siendo la justificación objeto de control por el propio Tribunal Constitucional, como así estableció en su sentencia 206/1990, de 17 de diciembre; ii) establecerse mediante una regulación que sea proporcionada, sentencia 127/1994, de 5 de mayo; iii) ejercerse tanto por el legislador estatal como por el autonómico, pues la Constitución no confiere esta potestad en exclusiva al Estado, sentencia 227/1988, de 29 de noviembre; y iv) ser compatible con que la gestión o el ejercicio de la actividad se lleve a cabo por particulares mediante técnicas concesionales, sentencias 127/1994, de 5 de mayo y 73/2014, de 8 de mayo.

El título habilitante exigido en el artículo 128.2 para que puedan reservarse al sector público recursos o servicios esenciales es la ley. La expresión «mediante ley» debe interpretarse según estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia 111/1983, de 2 de

diciembre, como «*comprehensiva de leyes generales que disciplinan con carácter general la intervención, permite la ley singularizada de intervención que, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad y, claro es, un interés general legitimador de la medida, está abierta al Decreto-ley, por cuanto la mención a la Ley no es identificable en exclusividad con el de Leyes sentido formal*».

Finalmente, en cuanto a su objeto, la reserva no puede sino recaer sobre un recurso o servicio esencial entendido como lo hace el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1981, de 17 de julio de 1981, relativa al derecho de huelga. Aun cuando los términos y la perspectiva del artículo 28.2 de la Constitución no son trasladables automáticamente a la interpretación del concepto de servicio esencial del artículo 128, no puede desconocerse que en la sentencia citada el Tribunal Constitucional aludía a las «*actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de una comunidad*». De lo que el Tribunal establece respecto del servicio esencial en el caso del derecho de huelga cabe colegir qué debe concurrir en un supuesto de reserva de un servicio esencial: debemos encontrar ante prestaciones vitales, no individualmente consideradas, sino esenciales para la comunidad, por lo que el concepto de reserva de un servicio esencial a los efectos del artículo 128.2 de la Constitución es inexcusablemente más amplio y resulta comprensivo de actividades que son colectivamente esenciales por ser indispensables para el funcionamiento de la sociedad, con los rasgos y características propios de las circunstancias del tiempo en que se vive.

Por concluir con este extremo, no puede desconocerse que el hecho de que un servicio sea esencial no comporta necesariamente que deba estar reservado al Estado, pues es evidente que cabe la posibilidad de que determinadas actividades sean satisfechas por la iniciativa privada, siempre que esta quede sometida a una fuerte reglamentación o intervención. Esta última precisión lleva, necesariamente, a distinguir dos conceptos que, pese a que pudiesen parecerlo, no son equivalentes: servicio público esencial y servicio de interés general.

3.3. Servicio público esencial y servicio de interés general

El concepto de servicio de interés general propio del derecho comunitario es más amplio que el de servicio público esencial. Un servicio es de interés general cuando las prestaciones que comprende son imprescindibles para la sociedad y deben prestarse dentro de unos estándares mínimos de calidad y precio. Los servicios públicos esenciales son servicios de interés general que, además de las notas anteriores, presentan como característico el hecho de su reserva a favor de los poderes públicos, y ello porque la nota de la esencialidad aparece cualificadísima en ellos.

Buenos ejemplos de esta diferencia son sendos y actuales servicios en los que coexisten las dos categorías como son los de comunicación audiovisual y los de telecomunicación.

El artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de Comunicación Audiovisual define el servicio de interés general de comunicación audiovisual como aquel «*cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicación electrónica, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales*». Como servicio de interés general que es, la norma prevé su prestación en régimen de libre competencia, si bien, tal como dispone el apartado 3 de su artículo 10, la libertad para su prestación se «*ejercerá de acuerdo a las obligaciones que*

como servicio de interés general son inherentes a la comunicación audiovisual y a lo previsto en materia audiovisual».

Al mismo tiempo, el artículo 40 de la Ley regula el servicio público de comunicación audiovisual y establece que «es un servicio esencial de interés económico general» y así lo declara el legislador por la misión que le corresponde y le cualifica frente al anterior: «difundir contenidos que fomenten los principios y valores constitucionales, contribuir a la formación de una opinión pública plural, dar a conocer la diversidad cultural y lingüística de España, y difundir el conocimiento y las artes, con especial incidencia en el fomento de una cultura audiovisual».

Por otra parte, el artículo 2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones establece que las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, si bien, del conjunto de los servicios que comprende, mencionados en su artículo 4, atribuye la consideración de servicio público esencial a los servicios de telecomunicaciones que sean esenciales para la defensa nacional, la seguridad pública, la seguridad vial y la protección civil.

A la vista de los dos ejemplos citados cabe concluir que los servicios de interés general se encuentran como norma general liberalizados y se prestan en régimen de libre competencia, sin perjuicio de que los poderes públicos mantengan, dado su interés general, ciertas facultades regulatorias mediante la configuración de su régimen jurídico. La jurisprudencia comunitaria, además, ha perfilado los requisitos que deben concurrir en el ejercicio de la facultad de intervención pública en un servicio de interés general: a) debe regirse por la salvaguardia del interés general apreciado conforme a criterios objetivos; b) no debe comportar efectos discriminatorios; y c) debe respetar el principio de proporcionalidad y garantizar el objetivo pretendido sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo. Exigencias todas ellas que son los parámetros para el enjuiciamiento de la admisibilidad de las medidas de intervención pública en la economía por esta vía.

Frente a lo anterior, el servicio público esencial es aquel servicio público de interés general en que se manifiesta de manera indubitadamente cualificada la nota de su esencialidad colectiva hasta el punto de ameritar su salida del mercado y consiguiente reserva a los poderes públicos por ley.

Uno de los servicios públicos de interés general en el que el legislador español ha apreciado la competencia cualificada de su esencialidad y, en consecuencia, lo ha declarado servicio público esencial es el relativo a la gestión de los residuos radiactivos que, como se ha repetido, está reservado al Estado que lo presta a través de una sociedad mercantil estatal, la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos.

No parece que requiera de mayores argumentos la reserva al Estado de la gestión de los residuos de continua referencia, pues es evidente que forma indisolublemente parte de la política energética, como lo es que esta política es fundamental para la prosperidad, el bienestar social, la soberanía y continuidad del Estado, y su alcance excede con mucho de los intereses específicos o exclusivos de una comunidad.

La razonabilidad de esta dimensión supraautonómica quedó establecida, además, por el Tribunal Constitucional en su sentencia 14/2004, de 12 de febrero, por la que declaró inconstitucional la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de 16 de julio, de Ordenación del Territorio, por prohibir el establecimiento en su territorio de almacenes de residuos radiactivos que se hubieran producido fuera de aquel.

Como reconoce el Tribunal Constitucional, del examen de la normativa básica reguladora de la gestión de los residuos generados en el proceso de producción de energía nuclear se desprende con claridad que está establecida con una perspectiva unitaria y

abierta a todo el territorio nacional, de efectos supracomunitarios, por lo que «corresponde, en suma, al legislador básico, en razón a las características estructurales de que se pretenda dotar al sector de la energía nuclear que le corresponde ordenar, decidir si los residuos generados en una Comunidad Autónoma han de ser necesariamente almacenados en la misma Comunidad, o si, por el contrario, resulta ms adecuado distribuir estratégicamente los centros de producción y los almacenes de residuos de esta modalidad de energía, teniendo como referencia el conjunto del territorio nacional».

Sentencia en la que el Tribunal Constitucional concluye en la existencia de infracción del orden constitucional de competencias porque la ley aragonesa configura un modelo de almacenamiento de residuos excluyente de los que pudieran producirse en otras Comunidades Autónomas y porque, además, «se desprende con nitidez que no se está regulando cuestión alguna relativa a las peculiaridades que hayan de tener dichos almacenes en cuanto a su implantación en determinados tipos de suelo o a la planificación territorial de los mismos. También aquí nos encontramos con una norma sustantiva del régimen de almacenamiento de los residuos nucleares, pues el elemento relevante es la procedencia de los mismos, lo cual es por completo ajeno a la materia de “ordenación del territorio”.

Sucede que en la prestación del servicio de continua referencia el Estado no ha estado ni está exento de la interferencia que se produce de la mano del ejercicio de las competencias autonómicas. De tres en particular, la de ordenación del territorio, que, como se acaba de señalar, es la invocada en la Ley de las Cortes de Aragón declarada inconstitucional en el año 2004; y la medioambiental y la fiscal, como seguidamente se verá a través de dos ejemplos concretos: el acuerdo del Gobierno de Castilla-La Mancha de ampliar la zona de especial protección para las aves de la Laguna de El Hito, y la Ley de Castilla y León que regula el nuevo impuesto que grava el riesgo de alteración medioambiental provocado por el combustible nuclear gastado y depositado con carácter temporal en las centrales nucleares situadas en el territorio de dicha comunidad. Estos dos últimos vienen a constituir versiones recientes y depuradas del ejemplo anterior, en el que abiertamente la norma aragonesa prohibía, como ya se ha señalado, el establecimiento en su territorio de almacenes de residuos radiactivos que se hubieran producido fuera de él.

4. ESPACIO PROTEGIDO RED NATURA 2000, ZONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN PARA LAS AVES DE LAS LAGUNA DE EL HITO

4.1. Hechos

El 28 de julio de 2015 el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha acordó iniciar el procedimiento para la ampliación del Espacio Protegido Red Natura 2000 Laguna de El Hito y para la modificación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Reserva Natural de la Laguna de El Hito. Mediante el Decreto 57/2016, de 4 de octubre de 2016, ultimó el procedimiento, amplió la Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA) de Laguna de El Hito y propuso a la Comisión Europea su declaración como lugar de importancia comunitaria (LIC).

Para la Junta de Comunidades, la dimensión requerida por la ZEPA de referencia desde su creación en el año 2005 y hasta dos meses antes de iniciar su ampliación, como así se desprende de la Orden de 7 de mayo de 2015 por la que aprobó su último plan de gestión, era de 996,23 hectáreas. Dos meses después de la aprobación de dicha norma, en julio de 2015, cuando inicia su ampliación, juzgó necesario declarar una especial pro-

tección sobre una superficie de 23.598,06 hectáreas. La extraordinaria ampliación del territorio comprendido en la ZEPA tuvo la capital consecuencia de que quedaran incluidos en él, y en consecuencia inhabitados para los fines pretendidos, los terrenos en los que el Gobierno proyectó la construcción del ATC.

La Abogacía del Estado en representación del Gobierno de la Nación impugnó los actos administrativos en vía judicial y demostró, indubitadamente, así lo declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJ-CLM), su no conformidad a derecho al concluir que con su dictado el Gobierno autonómico no perseguía la finalidad medioambiental declarada, sino, en un claro ejemplo de desviación de poder, impedir al Estado el ejercicio de su propia competencia.

Aunque hubo más partes personadas en el pleito, Ecologistas en Acción y el municipio de Villar de Cañas, basta exponer seguidamente los argumentos de las partes principales, tal como quedan resumidos por el propio tribunal en su sentencia.

4.2. Argumentos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

La Junta comienza por afirmar, en una suerte de *excusatio non petita*, que con su actuación no opone ninguna objeción a la competencia estatal relacionada con el almacén nuclear, si bien sí cuestiona su ubicación, cuando se pueden ver afectados espacios, hábitats y especies protegidas, que es lo que a su juicio sucede con el proyecto ATC.

Razona, seguidamente, acerca del interés ambiental que presenta la Reserva Natural de la Laguna de El Hito como humedal estacional de gran importancia, que tuvo desde su declaración en el año 2005, habiendo reparado posterior y muy recientemente, en el hecho de que su superficie no era adecuada para la protección de la grulla común.

En tercer lugar argumenta que la existencia de un informe elaborado por el Servicio Periférico de la Consejería de Agricultura de Cuenca, en contestación a una consulta sobre el alcance que debía contener el estudio de impacto ambiental del proyecto ATC no comporta ningún aval ambiental a la construcción del almacén, entre otras razones porque no es la Consejería de Agricultura de Castilla-La Mancha el órgano ambiental del proyecto.

Y para concluir señala que ese proyecto aún no ha obtenido la correspondiente declaración de impacto ambiental, que compete al órgano ambiental estatal, siendo por ello de este último de quien pudiera apreciarse un bloqueo al proyecto y no de la comunidad autónoma que se limita, insiste, a proteger su hábitat natural.

4.3. Argumentos del Gobierno de la nación

La demanda se fundamenta, como antecedente obligado, en la eficacia prejudicial positiva de las sentencias previas dictadas por el Tribunal Supremo al analizar la convocatoria para la elección del emplazamiento del ATC y que concluyeron que dicho emplazamiento no se encuentra en zonas que gocen de ningún tipo de protección ambiental.

Seguidamente sostiene la nulidad de pleno derecho de los actos del Gobierno autonómico. Afirma que se produce una invasión de las competencias del Estado, pues no se trata de un supuesto de conflicto de competencias ya que el Estado ha ejercitado legítima y anticipadamente en el tiempo su competencia en materia de gestión de residuos radiactivos y la comunidad autónoma, reactivamente, mediante una ampliación espúrea

de espacios protegidos, trata de impedir el ejercicio de la competencia estatal. Y ello se corrobora por concurrencia de error fáctico en la ampliación; por falta de motivación; por actuación en contra de los actos propios; y por falta de proporcionalidad, pues no consta la justificación de porqué la Junta se ha apartado de su acuerdo inmediatamente anterior, ni la causa de que no propusiera una declaración de impacto ambiental negativa del ATC, ni la razonabilidad y proporcionalidad que amerite que, desde una protección de la Laguna de El Hito de 996,23 hectáreas, esta se extienda a 23.598,06, máxime cuando dos meses y medio antes de iniciar su ampliación, había reducido, lo que resulta más inaudito aún, su extensión.

Afirma, asimismo, que la actuación del Gobierno autonómico es un claro ejemplo de la existencia de desviación de poder dado que el fin real de los actos impugnados no reside en proteger hábitats o especies, finalidad que sí es propia de la competencia de la Junta, sino en impedir la construcción del ATC.

Invoca, además, falta de lealtad institucional, pues el Gobierno autonómico hizo dejación de las oportunas técnicas de colaboración y coordinación, que debió haber utilizado de considerar que la construcción del ATC no procedía en terrenos que formarían parte de áreas de la Red Natura 2000, lo que debió poner de manifiesto en los periodos de información pública habilitados al efecto.

4.4. Conclusiones de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2018

Comienza el tribunal por delimitar el objeto del pleito y a tal efecto establece que no versa sobre el impacto ambiental del almacén nuclear previsto en el municipio de Villar de Cañas, ni sobre las consecuencias derivadas del establecimiento de dicha infraestructura en los valores naturales y ambientales de su entorno, ni sobre la pertinencia o no de la ubicación del almacenamiento, ni sobre la conveniencia de los almacenes temporales centralizados frente a los individualizados, pues todos estos son extremos que ya han sido motivo de deliberación y resolución judicial, ni tampoco sobre las alternativas a la gestión de combustible gastado o residuos de alta actividad, ni sobre la suficiencia de recursos hidrológicos para el desarrollo del proyecto.

Tras este acotamiento en negativo, afirma el TSJ-CLM que *«la controversia planteada en la presente litis es más reducida, en tanto en cuanto se limita a discernir, si el espacio previsto para albergar la ampliación de la ZEPA denominada “Laguna de El Hito” es o no conforme a derecho, en la medida en que el territorio incluido en dicha ampliación se incrementa desde una superficie cercana a las 1.000 hectáreas hasta las 23.598,06 has. Obviamente, no se puede ignorar que parte de dicha ampliación, coincide con aquella superficie en la que se encuentra proyectado el Almacén Nuclear, con las consecuencias legales que luego se analizarán»*.

A continuación concreta las cuestiones a dilucidar del modo siguiente: conflicto de competencias entre el Estado y la comunidad autónoma; defectos formales observados en la tramitación del acuerdo y del decreto y, por último, cuestiones de fondo en las que lo discutido es la veracidad del valor ecológico y paisajístico de la zona ampliada.

Respecto del conflicto de competencias, comienza el TSJ-CLM por indicar que el marco de los acuerdos autonómicos cuestionados lo otorga la competencia autonómica en materia de medio ambiente, que, en efecto, fue asumida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha.

Respecto de las atribuciones del Estado señala que se engarzan directamente con las competencias que la Constitución le atribuye en materia de obras públicas de interés general, bases del régimen minero y energético, y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, especialmente la industria y la planificación energética. Recuerda, además, que este título competencial ya había sido analizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 14/2004, de 13 de febrero, la que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1998, de Ordenación del Territorio, anteriormente citada, por quebrantar, precisamente, el ejercicio de la competencia estatal básica.

Establecidos los respectivos títulos competenciales, el TSJ-CLM afirma que se trata de *«contraponer la dimensión estratégica que supone para el Estado la producción energética, entre la que se incluye la gestión y emplazamiento de los residuos nucleares, junto a la seguridad de personas, sociedad y naturaleza; con el ejercicio de aquellas otras competencias medioambientales asumidas por parte de la Comunidad Autónoma, en la que se incardina la protección de su biota»*. En definitiva, que se ha de ver la posible conciliación en el ejercicio de las competencias de ambas administraciones públicas que tienen la misma proyección territorial y, especialmente, porque la ampliación de la ZEPA afecta directamente a los terrenos en los que el Estado ha previsto la ubicación de un almacén nuclear.

Comienza el tribunal por descartar, dada su inviabilidad para el supuesto enjuiciado, la técnica de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativa pues, pese a ser la procedente en los casos de concurrencia de competencias en el mismo espacio físico, al enraizarse en la voluntariedad y el mutuo acuerdo, a juicio del Tribunal que es inalcanzable en este supuesto. Y lo es porque la ampliación de la ZEPA no es inocua, bien al contrario, es un acto administrativo que habilita y obliga a la Comunidad Autónoma que lo dicta a adoptar medidas de protección adecuadas sobre el territorio de dicho espacio protegido. Entre ellas dos capitales: impedir cualquier acto que suponga una transformación sensible de su realidad física y biológica, mientras se tramita el plan ordenación de los recursos naturales o se desarrolla la tramitación del procedimiento para declarar un espacio natural protegido; imponer un régimen de evaluación de actividades en zonas sensibles que puede derivar en la declaración de nulidad de autorizaciones, licencias o concesiones en la zona. Dada la trascendencia de ambas medidas, concluye el tribunal que la afeción a los intereses del Estado es directa y determinante pues la ampliación del territorio de la ZEPA hace que queden incluidos en él los terrenos en que está proyectada la instalación del ATC.

Apreciada la inviabilidad de la colaboración y cooperación, señala el TSJ-CLM que la resolución del conflicto sólo puede alcanzarse otorgando preferencia a una competencia en detrimento de la otra y recuerda que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la competencia prevalente desplaza a los demás títulos competenciales concurrentes. Y que, en los supuestos en los que se atribuye al Estado una competencia exclusiva, el hecho mismo de la exclusividad conlleva la consideración de que en dicha competencia subyace un interés general que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales, como a juicio del tribunal ocurre con la competencia ejercida por el Estado en el supuesto enjuiciado.

Ahora bien, el tribunal añade que para que esta consideración no se transforme en una usurpación ilegítima de competencias, el ejercicio de la competencia prevalente estatal debe mantenerse dentro de sus límites propios y ejercerse de manera legítima, esto es, cuando la concreta medida que se adopte encaje efectivamente en el correspondiente título competencial, se haya acudido, previamente, a cauces cooperativos, y la competencia estatal no vaya más allá de lo necesario.

En lo que al ejercicio correcto o incorrecto de las respectivas competencias concierne, el TSJ-CLM examina si el de las competencias estatales en el caso enjuiciado respeta los parámetros indicados y concluye que sí lo hace por las razones siguientes. Primero, porque el acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2011 por el que designó el emplazamiento del ATC en el término municipal de Villar de Cañas, fue objeto de múltiples recursos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo que concluyó, en todos los casos, que el acto era conforme a derecho; segundo, porque, una vez elegido el municipio, se iniciaron los trámites para la ejecución del proyecto, lo que incluye la obtención de las tres autorizaciones exigidas por el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radioactivas, la autorización previa o de emplazamiento, de construcción y de explotación y se inició, asimismo, el procedimiento para la obtención de la declaración de impacto ambiental; tercero, porque se sometieron a información pública el estudio de impacto ambiental y la solicitud de autorización previa del proyecto ATC, identificándose la parcela donde se ubicaría la instalación; y cuarto, porque la Junta de Comunidades intervino en la tramitación de esta declaración de impacto ambiental, tanto en el proceso de consultas al documento inicial para determinar el alcance estudio de impacto ambiental, como en el trámite de consulta en relación al estudio concreto, y en ninguno de sus informes expresó la necesidad de ampliar la ZEPA existente en la Laguna de El Hito.

Indica el Tribunal, además, que no puede desconocerse que el Estado sí tuvo en cuenta técnicas de colaboración y coordinación con el fin de evitar instalar el ATC en terrenos que formarían parte de áreas de la Red Natura 2000. Lo hizo al excluir dichas áreas en las bases de la convocatoria pública para la selección de los municipios candidatos a albergar el emplazamiento del ATC, aprobadas por resolución del secretario de Estado de Energía. Lo hizo igualmente en el acuerdo del Consejo de Ministros que designó Villar de Cañas, al destacar que reúne las características técnicas exigidas para el emplazamiento, con una calificación de muy buena en diversos apartados, en particular, en el relativo a la consideración de zonas no aptas a las áreas que gozasen de algún tipo de protección ambiental.

A continuación, el Tribunal examina el ejercicio de la competencia autonómica, sobre el que alcanza una opinión diametralmente opuesta. Afirma que cuando el Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha inicia el procedimiento de ampliación de la ZEPA ya conocía la existencia, extensión y ubicación del futuro almacén de residuos nucleares y que su actuación no puede sino ser calificada como *«errática, en la medida en la que incurre en importantes contradicciones que permiten cuestionar la finalidad legítima de su proyecto de ampliación de la Laguna del Hito»*.

Finalmente, en lo tocante a la cuestión de fondo y como consecuencia del conjunto de todas sus consideraciones, entre ellas y como esenciales las anteriormente resumidas, el TSJ-CLM aprecia nulidad y desviación de poder en el actuar autonómico y afirma en el fundamento de derecho noveno de su sentencia lo siguiente:

NOVENO.— Conclusión. De la exposición de hechos efectuada en los fundamentos anteriores y del tratamiento de la documentación obrante, se pone de manifiesto que la Junta de Comunidades a través de la aprobación de los Actos impugnados trata de impedir o perturbar el ejercicio previo y legítimo de la competencia asumida por el Estado.

No es conforme con el orden de distribución de competencias que una Comunidad Autónoma pretenda introducir importantes restricciones que hagan inoperativo el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado, y ello lo lleve hasta el extremo de conllevar la paralización de la obra proyectada, máxime cuando el Estado ha venido ejercitando dicha competencias de forma inmediata y

previa, en contraposición a la Junta de Comunidades que ha actuado arbitrariamente, en el sentido de adaptar posturas claramente antípodas en un breve intervalo de tiempo.

No colma el ejercicio de la competencia del Estado, el hecho de que pueda declarar el proyecto como de interés público de primer orden, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 42/2007, ya que haría depender el proyecto concebido primigeniamente de una decisión motivada, posterior, que podría incluso desvirtuar su contenido inicial.

Ciertamente, ello no supone que la Administración estatal cuando ejerce sus propias competencias sustanciales sobre la proyección y construcción de la obra consistente en el almacenamiento nuclear y su centro tecnológico, no deba ser respetuosa con la normativa de protección ambiental. Si la Comunidad Autónoma no estuviera, entonces, de acuerdo con la evaluación del impacto ambiental que le corresponde efectuar a la Administración estatal, podrá proceder, a interponer el recurso contencioso administrativo contra la Resolución que apruebe el proyecto, si lo considera pertinente (artículo 41 de la Ley 21/2013).

Pero lo que no cabe en ningún caso, es perseguir una finalidad subrepticia de obstrucción del ejercicio de la competencia estatal, amparándose en la apariencia de la necesidad de ampliación y conservación de espacios naturales, por muy loable que pueda resultar tal propósito.

Desde esta perspectiva, se debe declarar la nulidad del íntegro contenido del Decreto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En suma, el verdadero propósito que encierran los acuerdos impugnados explica la extensión de la nulidad a la totalidad de los mismos, sin que pueda limitarse a una mera afección parcial.

Resultado de cuanto antecede es el pronunciamiento del Tribunal que estima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado y concluye que los actos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que condujeron a la ampliación de la ZEPA de la Laguna del Hito son contrarios al interés general del Estado por condicionar el ejercicio por este de sus propias y exclusivas competencias, sin título competencial autonómico que lo permita y, además, que son nulos de pleno derecho e incurrir en desviación de poder al tratar de impedir o perturbar el ejercicio previo y legítimo de la competencia atribuida al Estado.

5. IMPUESTO QUE GRAVA EL RIESGO DE ALTERACIÓN MEDIOAMBIENTAL PROVOCADO POR EL COMBUSTIBLE NUCLEAR GASTADO Y DEPOSITADO CON CARÁCTER TEMPORAL EN LAS CENTRALES NUCLEARES SITUADAS EN EL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

5.1. Descripción del impuesto. Hecho imponible. Sujeto pasivo

La Junta de Comunidades de Castilla y León, mediante la Ley 6/2018, de 13 de noviembre, ha aprobado un nuevo tributo que presenta unas características teleológicas y constitucionales análogas a las observadas en las medidas antes adoptadas por Aragón y Castilla-La Mancha en contra del almacenamiento de residuos radiactivos y que resulta en clara contradicción con el interés general del Estado pues su fin no es ni puede ser otro que condicionar el ejercicio de las propias y exclusivas competencias de este, sin título competencial autonómico que lo permita, como se verá seguidamente.

La Ley define como hecho imponible «*el riesgo de alteración del medioambiente provocado por el combustible nuclear gastado y depositado con carácter temporal en las centrales nucleares situadas en el territorio de la Comunidad de Castilla y León*». Pese a su literalidad, el propósito del impuesto es, como se verá seguidamente, evitar que se almacene

combustible nuclear gastado en esa Comunidad Autónoma y provocar que sea trasladado a otra.

Y establece que es sujeto pasivo del impuesto el explotador del almacén temporal en el que se encuentre depositado el combustible nuclear gastado de residuos radiactivos, por lo que, una vez que se decida la transferencia de la instalación a la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, será la empresa pública la obligada al pago, lo que comportará una carga económica adicional que incrementará el déficit, ya señalado por el Tribunal de Cuentas, del Fondo para la financiación de las actividades del Plan General de Residuos Radiactivos destinado a hacer frente a la gestión de los residuos radiactivos y el desmantelamiento de las centrales nucleares en España.

Fijados estos dos elementos esenciales, procede valorar si la ley respeta y cumple con los límites establecidos a la potestad tributaria autonómica pues, de conformidad con el apartado 2 del artículo 133 de la Constitución Española se reconoce la capacidad tributaria autonómica en términos de subordinación a la del Estado: «*las Comunidades Autónomas podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes*», pues solo este es titular de lo que la propia Constitución denomina «*potestad tributaria originaria*».

Así, la posible creación de tributos autonómicos se encuentra sujeta, además de a la Constitución, a las leyes estatales, en especial, a los efectos que aquí interesan: a la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA); a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT); a la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales para la Sostenibilidad Energética; a la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear (LEN), en este particular supuesto; y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), normas que, como se expone seguidamente, no respeta el tributo analizado.

5.2. Cumplimiento de los límites de la LOFCA

En cuanto a la LOFCA, sus artículos 6 y 9 acotan esa potestad tributaria autonómica —de carácter derivado— en los siguientes términos:

i) Los tributos que establezcan las comunidades autónomas, de conformidad con el primero de esos preceptos, no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por el Estado.

ii) Los impuestos propios de dichas comunidades, añade el segundo, deben respetar los siguientes principios: a) no podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados, ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva comunidad autónoma; b) no podrán gravarse, como tales, negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo, y c) no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1 a), ni comportar cargas trasladables a otras comunidades autónomas.

De la literalidad de la descripción del hecho imponible propuesto para el nuevo impuesto —el riesgo de alteración del medioambiente provocado por el combustible nuclear gastado y depositado con carácter temporal en las centrales nucleares situadas en

el territorio de la comunidad de Castilla y León— cabe concluir que formalmente parece respetar la exigencia contenida en el apartado dos del artículo 6 de la LOFCA con el tributo regulado en el artículo 19 de la Ley 15/2012 que tiene como hecho imponible el almacenamiento de combustible nuclear gastado y de residuos radiactivos en una instalación centralizada.

Y no cabe afirmar que la ley incumpla los principios del artículo 9 LOFCA, pues, de contravenirlos, solo lo haría de forma muy indirecta, lo que no parece que sea suficiente para sustentar el planteamiento de un posible conflicto contra la creación de este nuevo impuesto por tal motivo.

5.3. Cumplimiento de las reglas de la LGT

Más problemático se presenta, sin embargo, el contraste del cumplimiento de la LGT. En efecto: esta ley define los impuestos, artículo 2.2 c), como los *«tributos cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente»*, y no parece que pueda sostenerse, sin forzar las reglas hermenéuticas del Derecho, que el nuevo impuesto castellanoleonés lo respete.

En efecto, el nuevo impuesto no grava ni un negocio, ni un acto, ni un hecho, sino que, como expresamente afirma, aunque como veremos posteriormente solo de forma aparente, pretende gravar un riesgo -el de alteración del medio ambiente derivado de la existencia de un depósito temporal de combustible gastado precisamente en el territorio de Castilla y León—, y por lo tanto, solo la potencialidad de que suceda un hecho, pues un riesgo no es otra cosa, según la Real Academia Española, que la contingencia o proximidad de un daño, o sea la posibilidad de que algo suceda; y, por otro, ningún riesgo puede revelar ninguna capacidad económica, pues esta solo se encuentra en las tres fuentes clásicas de la imposición: la obtención de la renta, su consumo o gasto, y su ahorro o atesoramiento.

Ni hecho ni acto ni negocio ni, por tanto, capacidad económica susceptible de imposición se aprecia, en consecuencia, en el sedicente hecho imponible del impuesto, lo que sería ya de por sí base suficiente para oponerse a él, pues no cabe gravar lo que no es susceptible, por definición, de ser gravado.

A mayor abundamiento, debe señalarse que el hecho de que el impuesto se presente como de naturaleza ambiental o de finalidad extrafiscal, no autoriza a obviar, como hace, el cumplimiento de los requisitos constitutivos de todo hecho imponible, pues sin un verdadero hecho imponible no hay impuesto posible. De conformidad con el artículo 2 de la LGT, los tributos, además de para recaudar ingresos con los que sostener los gastos públicos, *«podrán»* servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución, pero eso no equivale a que se pueda prescindir de los elementos definitorios de todo impuesto, como sucede cuando se delimita un hecho imponible imposible o inviable. En otros términos, puede haber, como hay, impuestos de finalidad no fiscal, pero tienen que ser impuestos, es decir, tienen que cumplir con las condiciones que los delimitan y diferencian de otras instituciones, como las sanciones o las regulaciones o prohibiciones.

A modo de ejemplo de cuanto antecede, cabe considerar los impuestos especiales, que son los tributos de finalidad no fiscal o regulatoria más extendidos, que gravan el consumo (de bienes privados nocivos para la salud, en la mayoría de los casos, como el tabaco o el alcohol), y no el riesgo de que se consuman. Y el consu-

mo, a diferencia del riesgo, además de provenir de un negocio jurídico por el que se accede a él, es un acto y un hecho susceptible de configurar legítimamente un objeto de imposición. En ese hecho o acto, además, se debe manifestar la capacidad económica gravable, y efectivamente así se hace en los impuestos especiales sobre el consumo, pues la adquisición de los productos consumidos desvela que se posee tal capacidad, la necesaria para adquirirlos, lo que no hace ni puede hacer, como concepto, el riesgo.

Admitido, no obstante, y a efectos puramente dialécticos, que el hecho imponible sea el riesgo, cabe preguntarse si pretende el tributo analizado realmente gravarlo, como afirma la memoria, y si tal gravamen tiene el propósito de mitigarlo o corregirlo, que sería la única finalidad extra fiscal legítima, y no meramente exportarlo fuera del territorio de la comunidad autónoma de Castilla y León.

En efecto, en la memoria que obra en el expediente de la norma, se afirma que el nuevo impuesto autonómico posee naturaleza extra fiscal por cuanto *«se configura como un instrumento de ordenación pensado para disuadir de la realización de conductas perniciosas con el medio ambiente en el ámbito de la energía nuclear: el riesgo de alteración del medioambiente por el depósito temporal del combustible nuclear gastado en las centrales situadas en el territorio de la Comunidad de Castilla y León»*.

Esta declaración equivale a sentar el principio de que resulta inaceptable para esa Comunidad Autónoma la existencia en su territorio de un almacén temporal de combustible nuclear gastado; que nada obstaría y sería admisible tener tales residuos si el almacén estuviera fuera de aquel; que el Estado actúa ilegítimamente cuando decide depositarlo en Santa María de Garoña o en cualquier otro lugar de Castilla y León, y que puede ser disuadido de hacerlo mediante la imposición del tributo, que en realidad viene así a ser una sanción enmascarada; y que el almacenamiento de combustible nuclear es una actividad perniciosa, pero solo si se hace en esa región, y que esa actividad presenta el riesgo de alterar el medioambiente, pero solo, una vez más, si se hace en tierras castellano-leonesas. No parece necesario desarrollar aquí las consecuencias que para el ejercicio de la competencia estatal traería la proliferación de impuestos análogos a este en las distintas comunidades autónoma en cuyos territorios estén ubicadas centrales nucleares en las que pudiera almacenarse temporalmente combustible gastado en tanto se construye un almacén centralizado.

A lo anterior, añade la memoria que *«el impuesto supone un incentivo económico a hacer desaparecer la afección»*, lo que sucederá cuando el combustible nuclear gastado y depositado con carácter temporal en Castilla y León *«sea trasladado a su almacén definitivo»*, lo que presupone que el impuesto tiene potencia suficiente para provocar la exportación deseada. La claridad de este último párrafo transcrito prácticamente excusa cualquier esfuerzo adicional para concluir que la finalidad extrafiscal proclamada no es posible, ni legítima.

Es imposible por ineficaz, porque gravar con un impuesto la existencia de un almacenamiento de combustible nuclear gastado temporal no sirve para reducir el riesgo asociado al mismo. Dicho combustible existe, debe ser almacenado en las condiciones de seguridad que ofrece Santa María de Garoña, y ningún impuesto puede hacer cambiar esas condiciones.

Es ilegítimo porque el propósito extrafiscal pretendido no es mitigar ningún riesgo ni, por tanto, evitarlo, como se desprendería de la descripción del hecho imponible, pues es imposible eludir la producción de combustible nuclear gastado por las centrales nucleares y es inexcusable almacenarlo adecuadamente. Pura y llanamente, lo que se

pretende es provocar el traslado de dicho combustible a otra comunidad autónoma. Con ello, entre otras cosas, se incurre en una suerte de desviación de poder al disfrazarse de impuesto medioambiental lo que solo es el deseo de forzar ese traslado, por mucho que pueda resultar el instrumento elegido insuficiente en la práctica para lograrlo, al menos hasta que su cuota se eleve lo bastante.

Esta misma reflexión se contenía en el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, en el que se afirmaba, en relación con el contenido de la memoria del proyecto de ley, texto finalmente en parte suprimido, lo siguiente: *«Conviene destacar también por su importancia, por lo que afecta a la naturaleza extrafiscal del tributo (...) que en la Memoria se indica que incide sobre la necesidad de disuadir del depósito temporal en las centrales nucleares y forzar el traslado al almacén temporal centralizado, lo cual resulta complicado sostener, al menos actualmente, respecto del Almacén Temporal Centralizado (ATC), circunstancia que impediría influir en la conducta del obligado».*

Dicho en otros términos, bajo la aparente naturaleza extrafiscal de la medida subyace una sanción por no almacenar el combustible nuclear gastado bien en una instalación centralizada, que a día de hoy no existe, o bien fuera del territorio nacional, como ya lo está el combustible de Vandellós, reflexión que comparte el Servicio Jurídico de la Junta de Castilla y León, cuyo informe subraya que *«el hecho de gravar la afectación y no considerar ésta objeto de la finalidad extrafiscal del impuesto, hace que siendo el hecho imponible el presupuesto de hecho para configurar cada tributo, la imposición pueda considerarse más una sanción que un impuesto».* Y como tal sanción es ilegítima, puesto que no se dirige a corregir y castigar una conducta reprobable o punible, sino la elección del modo de prestación de un servicio público esencial, que debe prestarse necesariamente, y que está reservado al Estado.

En suma, el hecho imponible no cumple las exigencias sustantivas de la LGT para ser tal y no posee ni puede ser lograda la finalidad extrafiscal declarada, con lo que no cabe sino concluir que la configuración del impuesto es artificiosa y falaz, y el impuesto mismo contrario al interés general del Estado. La conclusión anterior permite obviar el análisis en profundidad de otros posibles defectos que pudieran concurrir, singularmente en materia de la base imponible del nuevo tributo, cuya configuración dista de corresponderse con la expresión de cualquier capacidad económica gravada y manifestada por hechos, negocios o actos susceptibles de imposición, pues no existiendo ni aquella ni estos, no cabe ni siquiera fijarla.

5.4. Cumplimiento de los límites de la LEN y del marco de la LRJSP

Como correlato de cuanto antecede, no puede perderse de vista la significación del nuevo impuesto como intromisión en la competencia estatal para organizar el sistema de tratamiento y almacenamiento de los residuos radiactivos, incluido el combustible nuclear gastado, y en términos de cohesión o solidaridad interterritorial.

El artículo 38 bis de la LEN reserva al Estado la titularidad del servicio público esencial de gestión de residuos radiactivos, incluido el combustible gastado, de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución. Se trata, así, de una competencia o actividad de la exclusiva responsabilidad del Estado, que solo puede ser condicionada por otras administraciones en ejecución de sus propias competencias constitucionales y estatutarias, y siempre, según la LRJSP, en un marco de lealtad institucional y coordinación.

De ahí que ese mismo precepto de la LEN, cuando atribuye al Gobierno la competencia para establecer la política sobre gestión de los residuos radiactivos, exija que sean oídas las comunidades autónomas a la hora de tramitar el Plan General de Residuos Radiactivos, pues tales administraciones son competentes en materia de ordenación del territorio y medio ambiente y, por tanto, están legitimadas para intervenir.

Bajo este punto de vista, el impuesto aprobado supone una interferencia inaceptable en el ejercicio estatal de sus exclusivas competencias, en particular, en la forma en que decide organizarla y el lugar para llevarla a cabo, pues la comunidad autónoma actúa sin título competencial para hacerlo y su propósito no es otro que condicionar la libertad que el Estado tiene para ello.

5.5. Conclusiones

De acuerdo con cuanto antecede cabe concluir que el nuevo impuesto sobre el riesgo de alteración del medioambiente provocado por el almacenamiento de combustible nuclear gastado en el territorio de la comunidad autónoma de Castilla y León, concretamente en la provincia de Burgos, es contrario al interés general del Estado, por condicionar el ejercicio por este de sus propias y exclusivas competencias, sin título competencial autonómico que lo permita.

Por su finalidad, además, el nuevo impuesto resulta insolidario e ilegítimo, pues persigue provocar la exportación del combustible a otras comunidades autónomas, sin perjuicio de que tal finalidad no pueda ser materialmente cumplida, y tiene un carácter sustancialmente sancionador. Y, por último, no respeta las reglas y condiciones formales y sustantivas propias de los impuestos y establecidas en la Ley General Tributaria, ni el principio constitucional de capacidad económica, motivos que, asimismo, deben determinar su no prosperabilidad.

6. CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores se ha tratado de cómo en el ámbito del servicio público esencial de gestión de los residuos radiactivos, reservado al Estado, el ejercicio de las competencias autonómicas por algunas comunidades se ha alejado de su verdadera justificación y razón de ser para situarse extramuros de los títulos competenciales que habilitan su actuación con el fin de impedir u obstaculizar la operatividad de las competencias reservadas al Estado. Como se ha argumentado, lo pretendido por la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha con la ampliación de la zona de especial protección de las aves de la Laguna de El Hito y por la comunidad autónoma de Castilla y León con la creación del tributo que grava el riesgo de alteración del medioambiente provocado por el combustible nuclear gastado y depositado con carácter temporal en las centrales nucleares situadas en el territorio de la comunidad de Castilla y León, no es otra cosa que impedir que allí se almacenen residuos radiactivos, del mismo modo en que en su día pretendió la ley de las Cortes de Aragón prohibir el almacenamiento en su territorio de residuos radiactivos cuando fueran de origen foráneo.

Más allá de lo jurídico-formal, la indebida invocación de competencias constitucionales propias para dar cobertura a finalidades espurias tendentes a impedir el almacenamiento de residuos radiactivos o a provocar, insolidariamente, su exportación a otros

lugares del territorio nacional desvela una visión oportunista y cortoplacista y, en el peor de los casos, un localismo impropio de esas Administraciones con manifestación de insolidaridad territorial, contraria al principio proclamado en el artículo 2 de la Constitución española, y ciertamente sorprendente y paradójica.

En la práctica, cabe terminar reconociendo, novísima verdad del barquero, que los residuos radiactivos están aquí, que en algún sitio hay que almacenarlos y que no hacer nada al respecto o pedir que se nos aleje lo más posible ese cáliz no es una opción que podamos permitirnos, por mucho que se haya levantado con éxito el ara de un sacrificio imposible y se proclamen como verdaderas realidades lo que solo alcanza la modesta categoría de pretensión imposible.

Un debate fundado, abierto y sosegado, con una visión holística, realista y de largo plazo, en el marco de una transición energética, ya tan irrefrenablemente necesaria, sería de mucha utilidad, pues seguramente su ausencia nos ha traído a donde estamos. En manos de todos, incluidas las comunidades autónomas, está hacerlo realidad o enredarlo definitivamente en disputas y disensos. En un asunto como este, en el que la necesidad apremia, la gravedad exige, y hablamos de qué será de nosotros, no en los próximos años, sino en los próximos milenios, bien podría decirse que la duda, ciertamente, ofende.

EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO HOY. ESPECIAL REFERENCIA AL SECTOR PÚBLICO

Antonio Botella García, Álvaro Botella Pedraza

Ambos autores, padre e hijo, orgullosos abogados del Estado alumnos de D. Manuel Goded Miranda, nos unimos al homenaje a la persona y al jurista. El primero nos recibió educada y pacientemente en su casa durante nuestra etapa de preparación. El segundo nos marcó el sendero que debía distinguir a un compañero. Gracias, Manolo.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES.—2. REVOLUCIÓN NORMATIVA.—3. COMBATIR LA INFRACCIÓN: ¿CÓMO?—4. UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

1. ANTECEDENTES

¿DE DÓNDE VENIMOS?

El principal objetivo de este capítulo es huir de la complejidad terminológica que, de común, suele utilizarse en los manuales jurídicos para explicar la materia sobre la que traten. Para ello, será nuestro compromiso no introducir ningún término sin que previamente haya sido explicado con la mayor claridad que nuestro conocimiento jurídico permita.

Iniciar una aproximación al reciente tema del cumplimiento normativo debería partir, a nuestro juicio, del entorno normativo en el que nos encontrábamos hasta el año 2010, año en el que se introdujo la modificación normativa que ha dado lugar a la revolución de los programas de cumplimiento para las empresas.

Para dar cumplimiento a lo anterior, empezaremos por explicar nociones básicas de Derecho General que nos permitan aproximarnos al concepto de Derecho Penal, altavoz de esta normativa.

Abstrayéndonos del mundo del derecho, no debería haber inconveniente en poder definir un suceso como un hecho o acontecimiento que tiene lugar en la realidad. Los sucesos pueden ser voluntarios o involuntarios, de suerte que los primeros pueden definirse como aquéllos en los que interviene la voluntad humana y los segundos como hechos naturales, en los que aquélla no incide.

La participación humana en los sucesos voluntarios se manifiesta mediante declaraciones de juicio, conocimiento o deseo que, mediante comportamientos externos, permiten modificar el mundo exterior comparado con el estado inmediatamente anterior a tal intervención. Pondremos un ejemplo: sembrar un campo permite obtener frutos. De no haber sembrado la semilla, el campo produciría lo que la naturaleza determinase. La intervención humana en todo aquello que le rodea permite que los sucesos naturales o involuntarios puedan ser, en ocasiones, modulados.

Por otro lado, y sin olvidar ambas nociones, una de las características principales del ser humano moderno es su capacidad para poder vivir en comunidad. Tal capacidad se ha conseguido supeditando las reacciones primarias a decisiones colectivas. Para ello fue necesario crear dos conceptos: capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capaci-

dad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar es aptitud para ejercer, de forma efectiva, los derechos y cumplir con las obligaciones.

Pongamos otro ejemplo: el impulso de una persona tras ser ofendida, es devolver el ataque. La persona ofendida es titular de unos derechos tales como su propia integridad. Tiene derecho a repeler el ataque, pero también tiene la obligación de hacerlo por los cauces que la comunidad haya pautado que, por el momento, y sin profundizar, denominaremos denuncias ante la autoridad competente. Siguiendo con este ejemplo, podemos considerar los siguientes elementos integrantes de una sociedad:

- A) Personas individuales: ente titular de derechos y obligaciones.
- B) Comunidad: agrupación de personas que deciden convivir de acuerdo con unas normas.
- C) Norma: ordenación de la razón para conseguir el bien común, cuya vulneración implica una sanción y que es aceptada por todos los integrantes de la comunidad.

Sin darnos cuenta, y esperamos que sin haber ido demasiado deprisa, nos hemos situado ante conceptos básicos del derecho, como lo son el de persona, comunidad y norma. Siguiendo con lo anterior, no parece complicado entender que el ordenamiento normativo o jurídico es el conjunto de normas que rigen una comunidad.

La propia evolución de las comunidades de personas ha requerido distinguir entre diferentes ramas de normas, según la parte de la vida real que regulen. En nuestro derecho, podemos distinguir —dicho sea de manera laxa— el Derecho Civil, que regula las relaciones privadas entre los sujetos que integran la comunidad; el Derecho Mercantil, que disciplina el tráfico de comercio entre profesionales y empresas; el Derecho Laboral, que regula las relaciones entre el empresario y el trabajador; el Derecho Administrativo, que regula la relación entre las Administraciones y los ciudadanos, así como entre las propias Administraciones; y, finalmente, el Derecho Penal, que establece el conjunto de conductas prohibidas por parte de la comunidad.

El derecho español tuvo la fortuna de heredar gran parte de los conceptos del derecho romano, de tal manera que, siguiendo con la lógica que venimos aplicando a este texto, la decisión de la comunidad fue la de que las sociedades no podían ser sancionadas penalmente. No hay otro motivo: se acordó así. «*Societas delinquere quis non potest*», esto es: «La sociedad no delinque (no puede cometer ilícitos penales)».

Podríamos enredarnos en la bondad o en la oportunidad de tal manifestación pero, a nuestro juicio, lo práctico es entender de qué manera responde una sociedad cuando se comete algún tipo de ilícito. Para ello debemos partir de lo que consideramos por sociedad. El término sociedad es una de las ramificaciones del concepto de persona jurídica, que se define por contraposición al de persona física. La persona física es la persona natural, el ser humano, al que hemos definido como ente titular de derechos y de obligaciones. Hablamos también, con anterioridad, de la comunidad, que es una forma de persona jurídica. En esencia, una persona jurídica es una ficción jurídica por medio de la que se crea un ente independiente y capaz, por sí mismo, de ejercer derechos y de ser titular de obligaciones. Probablemente, una de las primeras manifestaciones del concepto de persona jurídica es la de la corona. La corona es un ente independiente del titular que en cada caso esté investido de tal, y que lleva consigo la posibilidad de ejercer una serie de derechos y de cumplir una serie de obligaciones. Por eso, tradicionalmente, se ha distinguido entre personas jurídico públicas y personas jurídico privadas. Un ejemplo de persona jurídico pública es la corona o la Administración, en sus diferentes

variantes. La manifestación más palpable de persona jurídico pública es la Administración General del Estado. Por su parte, y en lo que respecta a las personas jurídico privadas, podemos referirnos a las asociaciones, sociedades, corporaciones y fundaciones, entre otras. Y luego hay una serie de entes que, porque así lo determina la ley, tienen vocación de ser personas jurídicas, pero no lo son formalmente. Así, por ejemplo, las sociedades en formación que son aquellas sociedades que no cumplen los requisitos establecidos en la norma para ser consideradas como tales. Como por ejemplo no ser inscritas en el registro mercantil, en su caso. O el caso de las uniones temporales de empresas, a las que el legislador ha denegado la cualidad de ser persona jurídica.

Sin darnos cuenta, hemos introducido el concepto de legislador. Los juristas suelen referirse al «legislador» como si de una persona se tratara. Y de hecho lo es, si llevamos nuestra consideración al extremo. Sin embargo, lo cierto es que nos estamos refiriendo al órgano con potestad para crear normas. En nuestro caso, y prescindiendo de sutilezas técnicas, nos referimos a las Cortes Generales: ente elegido por los ciudadanos que conforman un estado para crear normas.

Por lo tanto, y según lo que hemos expuesto anteriormente, tenemos personas jurídico públicas, personas jurídico privadas y entes con vocación de personalidad jurídica. Esta clasificación no es baladí.

La siguiente pregunta es qué diferencia a las personas jurídicas públicas de las privadas. La respuesta es sencilla: La norma de aplicación a su forma de actuar. De nuevo, trataremos de ir despacio en la explicación. Cualquier persona media es consciente de que la exteriorización de la voluntad por parte de una persona jurídica, tal y como la hemos definido, requiere de una serie de órganos capaces de expresarla. De lo contrario, las personas jurídicas carcecerían de efectividad práctica.

El caso de las personas jurídico públicas requiere partir de la necesidad de su propia existencia, puesto que las privadas nacen de la propia voluntad de las partes. En nuestro propósito de no concretar normas, no aludiremos a propósito al precepto, pero sí adelantamos que las personas pueden establecer los pactos que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a la ley, a la moral, o al orden público. Por lo tanto, en este caso, solo es preciso querer crear una persona jurídica con un fin legal.

Sin embargo, la justificación de la existencia de las personas jurídico-públicas trasciende la mera voluntad lícita de las partes. Las personas jurídicas públicas existen porque deben servir a unos fines directamente relacionados con el interés general. Así lo hemos pactado todos los españoles en la norma por excelencia: La Constitución, denominada así porque constituye el armazón normativo de nuestro ordenamiento. En consecuencia, una persona jurídico-pública existe porque se le destinan una serie de finalidades generales (auctoritas y potestas: autoridad para ejercer y poder para hacerlo efectivo). Y, en esa medida, le son de aplicación unas normas diferentes de las que lo son para las personas jurídico privadas. En esencia, la causa de la existencia determina la diferencia entre unas y otras.

Fijémosnos en el hecho de que la importancia de esta materia es tal, que se ha creado una rama de derecho específica para regular la normativa y los actos emanados de las Administraciones Públicas, que no son sino personas jurídico públicas. No queremos dejar este momento sin aclarar que las Administraciones, en ocasiones, pueden actuar como personas jurídico privadas y que, con carácter general, y con algún que otro matiz —sobre todo en materia de control y presupuestario—, les será de aplicación la normativa jurídico privada. Por el momento nos conformamos con que quede clara la diferencia entre las personas jurídico-públicas y las privadas.

Y en lo que respecta a la respuesta de cómo responden las personas jurídicas en caso de haber cometido un ilícito, la respuesta es mediante un sistema de sanciones civiles. Es lo que se denomina responsabilidad civil o sanción económica.

Desde el año 2010, eso ha cambiado y las personas jurídicas pueden responder penalmente. ¿Todas? En los siguientes capítulos veremos que no. De nuevo, la justificación está en que el legislador no ha querido que determinadas personas jurídicas respondan. Adentrémonos en este apasionante mundo de la responsabilidad de las personas jurídicas.

2. REVOLUCIÓN NORMATIVA

2010-2015: QUE TODO CAMBIE PARA QUE TODO SIGA IGUAL.
ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO

Quien haya seguido nuestras explicaciones hasta este momento, deberían estar intrigados por saber qué personas jurídicas no van a entrar dentro del ámbito de aplicación de la nueva normativa. Dentro de poco saldrá de dudas.

Lo cierto es que, en el momento actual, en el que la norma de 2010 ha sido revisada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, el número de entidades que responde penalmente es, desde el 1 de julio de 2015, mayor que el que previó la norma de 2010.

De lo anterior se puede deducir que hay algunas personas jurídicas que están excluidas de la aplicación de la nueva normativa. Es por eso que decimos que «*que todo cambie para que todo siga igual*». La justificación, una vez más, reside en la voluntad del legislador.

Trataremos ahora de ahondar en los elementos que deben existir para que una persona cualquiera, jurídica o física, pueda ser sancionada: Otra forma de denominar al legislador, probablemente más coloquial, es la de poder legislativo. Del poder legislativo —llamado así porque tiene la capacidad de dictar normas que obligan a sus destinatarios— emanan las disposiciones que nos dicen, visto desde una óptica penal, cómo no debemos comportarnos para cometer una infracción. De tal manera que, una vez cometido ese acto, surge la duda consistente en saber cómo se desarrolla el proceso hasta culminar en una resolución que determine la condena o absolución de la persona a la que se le reprocha un determinado comportamiento, activo u omisivo. En tal caso, también el poder legislativo regula las normas que disciplinan el procedimiento y la autoridad que va a juzgar el caso, entre otros aspectos. Entramos, pues y de esta manera, en el segundo poder de cualquier sociedad democrática: el poder judicial, que no es sino la institución estatal encargada de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En esencia, el poder legislativo crea las normas que regulan cualesquiera ámbitos de la vida ordinaria. Y también regula la fórmula para poder ejercer los derechos de manera oportuna y válida. Pongamos un ejemplo alejado del ámbito penal. En nuestro ordenamiento se regula la compraventa que, sintéticamente, podemos definir como un contrato por el que una persona dispone de algo en favor de otra persona a cambio de un precio. La definición es vaga, pero eso es una compraventa. Es claro que quien dispone de un bien, debe entregarlo, y quien lo recibe debe pagarlo. Hay, en consecuencia, reciprocidad de derechos y de obligaciones («*do ut des*», que se diría en el derecho romano). Del propio modo, existe la posibilidad de que el comprador no cumpla lo que por su parte le incumbe. De tal manera que, analizadas todas las posibilidades que al vendedor

se le abren para accionar contra ese incumplimiento del comprador, la más oportuna es proceder contra él acudiendo al órgano encargado de juzgar este tipo de conflictos; y hacer ejecutar lo que, por él, se juzga. Por lo tanto, tan importante es conocer los derechos que corresponden en ese caso al comprador como el modo de ejercitarlos: Ésa es la diferencia entre ley material y ley procesal.

No nos importa habernos desviado de nuestra explicación inicial que partía de reconocer que, a pesar de que la teoría marque que todas las personas jurídicas pueden ser sancionadas penalmente, sin embargo el legislador no lo ha decidido así, exceptuando de esa regla general a algunas personas jurídico públicas. Y ello ha sucedido no solo en el ámbito penal, sino que también en otros ámbitos del Ordenamiento Jurídico, como por ejemplo en sede concursal (parte del ordenamiento jurídico encargado de estudiar los procedimientos de ejecución general contra patrimonios insoventes). Se llama concursal porque da lugar a un concurso de acreedores, cuyo crédito es superior al patrimonio de la entidad —persona física o jurídica— concursada. En este caso, también el legislador ha decidido que determinadas personas jurídico públicas no puedan ser declaradas en concurso de acreedores. Ello a pesar de que haya alguna entidad pública que, de ser privada, a buen seguro habría tenido que pedir el concurso por no pagar a sus acreedores. Por cierto, acreedor es aquella persona que ostenta un derecho de crédito contra otra.

Reiteramos, como dice una canción, que «no hay más motivo ni razón» que la sola voluntad del legislador para que las entidades que, a continuación enumeramos, queden al margen de la responsabilidad penal. Para ellas sigue estando vigente el aforismo latino: «societas delinquere quis non potest».

Entramos, pues, de lleno en el ámbito subjetivo de la norma. Y lo hacemos definiéndolo desde un punto de vista negativo: ¿Qué personas están exentas de ser responsables penalmente? Contestamos a la pregunta subrayando las entidades a que se refiere la norma. Dice el artículo 31 quinquies del vigente Código Penal —marco regulador de los comportamientos sancionables penalmente—: «*Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*»

»2. *En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.*»

Explicaremos a continuación —de la mejor manera posible— lo que se debe entender de cada una de esas personas: el Estado es una forma de **Administración Pública Territorial**; luego por tanto el legislador es, a nuestro juicio, redundante. Bastaría haber hecho solo referencia a las Administraciones Públicas territoriales, lo cual comprende el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. Respecto de estas últimas, entendemos comprendidas todas las formas: diputaciones, ayuntamientos, mancomunidades de municipios, concejos, pedanías... Ninguna de estas administraciones puede ser imputada penalmente.

Administraciones institucionales: De nuevo el legislador es innecesariamente reiterativo. Tanto las agencias como las entidades públicas empresariales forman, junto a

los organismos autónomos, la Administración institucional. A nivel estatal, las agencias estatales se regulaban en la Ley de Agencias de 18 de julio de 2006, hasta su derogación por la ley 40/2015 del Sector Público; mientras que las otras dos entidades aparecían reguladas en la ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, Ley 6/1997, de 14 de abril, superadas por esta última norma. La justificación para la existencia de diferentes Administraciones Institucionales estriba en la necesidad que la propia Administración ha tenido de «huir» hacia el derecho privado. La razón es que el derecho privado es más laxo que el derecho público. Baste señalar lo expuesto en el artículo 1.255 del Código Civil cuando dice que los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarias a la moral, a la ley y al orden público. Poco más que añadir, pues, a la infinidad de posibilidades que el derecho privado deja a la autonomía de la voluntad para celebrar pactos.

Por lo tanto, lo que la Administración quiere —hablando en sentido amplio— es despojarse de la enorme carga burocrática que el derecho público le exige. Para lo cual opta por dos vías:

1. *Crea figuras de naturaleza jurídica pública con progresiva aproximación al derecho privado.* Así, en una primera clasificación, diremos que la más privada de las entidades de derecho público es la entidad pública empresarial, mientras que la más pública es el organismo autónomo. Ello sin olvidar las entidades de derecho público, como la SEPI por ejemplo, exentas también de responsabilidad penal.
2. *Crea sociedades mercantiles de capital público.* Ésta es la forma más pura de eludir la mayor parte de la aplicación del derecho público: Acudir a formas jurídico privadas. De esta manera, cuando la Administración no actúa revestida de «auctoritas» ni «potestas», la consecuencia es que se convierte en un aparente agente del tráfico comercial más. Para este caso, el legislador establece la posibilidad de imponer penas del artículo 33.7 a) y g) del Código Penal. Luego lo veremos.

Desde otro punto de vista, cuando el legislador habla de Organismos Reguladores está refiriéndose a aquellas instituciones que son creadas para defender principios de libertad de mercado, de conformidad con el artículo 29 de la CE, en un ámbito concreto de la economía. Así, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia...

Las organizaciones internacionales de derecho público —Organización de Naciones Unidas—, y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas —como el caso de la Unión Europea— tampoco pueden ser sujetos de imputación. La clave en este caso es que la organización ejerza potestades públicas de soberanía o administrativas.

Dicho todo lo anterior, y advirtiendo que hemos definido el ámbito subjetivo de la reforma penal desde un plano negativo, esto es, tratando de explicar que entidades no serán sujetos de imputación, procede ahora señalar cuáles son los comportamientos por los que una entidad distinta de las referidas anteriormente, pueden ser objeto de imputación.

No cabe duda de que puede serlo cualquier persona jurídica, tal y como aparece redactado en el artículo 31 del Código Penal. No obstante, es importante desde este ámbito subjetivo hacer referencia a la figura de la entidad sin personalidad jurídica. Ya decíamos más arriba que la distinción entre persona física, jurídica y entes sin personalidad no era baladí.

Trataremos de explicarlo desde el origen del concepto de la persona. Sabemos, porque así ya lo hemos tratado en momentos anteriores, que las personas pueden ser físicas o jurídicas. La persona física lo es si nace con figura humana y vive enteramente desprendida del seno materno 24 horas. Así lo refiere el artículo 30 del Código Civil. Desde ese momento tiene personalidad jurídica, lo cual quiere decir que es sujeto de derecho y obligaciones. Otra cosa es que tenga la aptitud para ejercer esa titularidad de derechos y obligaciones. Este segundo matiz es el que tiene relación con el concepto de capacidad jurídica. Lejos de lo que entiende la mayoría de la gente, la capacidad jurídica no se adquiere de manera exclusiva con la mayoría de edad. El tiempo, como es evidente, influye en las relaciones jurídicas, y naturalmente que la mayoría de edad constituye un hito importante. Pero tanto antes de esa edad (por ejemplo, la edad para contraer matrimonio), como con posterioridad (mayoría de edad para adoptar), existen situaciones que requieren considerar la edad del sujeto actuante para comprobar si tiene capacidad jurídica para realizar el acto jurídico que pretende: testar, adoptar, contraer matrimonio, comprar, cometer un ilícito... Por lo tanto, es lo uno y lo otro lo que determina el conjunto de requisitos para hacer viable un determinado acto jurídico. No obstante, desde que una persona física cumple los requisitos anteriormente citados, existe para el mundo del derecho y es sujeto de derechos y obligaciones.

¿Qué ocurre desde la óptica de la persona jurídica? Conocemos que la persona jurídica es una ficción concebida para sustituir la voluntad de las personas físicas. Es un ente diferente del de las personas que lo componen, con capacidad para actuar en el tráfico de manera autónoma. Sin embargo, de la misma manera que la persona física ha de cumplir unos requisitos para constituirse como tal, también la persona jurídica ha de cumplirlos. Y dependiendo de qué tipo de persona jurídica sea, estaremos hablando de diferentes requisitos. No procede entrar en cada una de ellas en este momento, por ser materia esencialmente de derecho privado, aunque sí mencionaremos una relación de diferentes personas jurídicas, para tener un conocimiento: Las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas, y pueden ser con ánimo de lucro y sin ánimo de lucro. Pueden ser también civiles o mercantiles. Dicho todo lo anterior, recalamos que cada una de ellas necesita una serie de requisitos para constituirse y formarse como una verdadera persona jurídica. Con posterioridad a esa constitución, como hemos visto, es el legislador quien ha decidido considerar inimputables a las personas jurídicas que ha considerado oportuno.

En consecuencia, existen personas físicas y personas jurídicas... Y entidades sin personalidad jurídica. De nuevo añadimos un concepto que complica un poco más la vida al estudioso del Derecho. El legislador considera que, en determinados supuestos, la agrupación de personas físicas o, en otras ocasiones, de personas jurídicas, no tienen personalidad jurídica. Así por ejemplo, el caso de las comunidades de bienes, de las comunidades hereditarias, de las uniones temporales de empresa, de los grupos de empresa, de las sociedades en formación....

Cada una de las entidades a las que hemos hecho referencia con anterioridad tienen el común denominador de carecer de personalidad jurídica. Y si nos permite el amable lector, escogeremos tres para explicar cómo actuar en cada uno de los casos en los que no enfrentemos a ellas, desde la óptica de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En efecto, surge aquí la primera contradicción: ¿Cómo es posible que entidades sin personalidad jurídica puedan ser sujetos de investigación/imputación por un delito que sólo puede cometer una persona jurídica? Pues por la sola decisión del legislador. Dice el artículo 129 del vigente Código Penal, tras la reforma operada por la L.O. 1/2015: «En

caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita».

Decíamos que cuando hablamos de entidades sin personalidad jurídica, pensamos fundamentalmente en las uniones temporales de empresa —que son las unión de dos o más sociedades para la realización de una obra o servicio—, en las sociedades en formación —aquellas entidades que están en vía de constituirse en personas jurídicas pero que no lo son aún porque, por ejemplo, aún no han sido inscritas en el Registro Mercantil—, o el caso de los grupos de empresa —pensemos, por ejemplo, en grandes grupos mercantiles— a los que la ley no atribuye personalidad jurídica.

Por lo tanto, tanto las personas jurídicas como las entidades sin personalidad jurídica pueden estar sujetos a una imputación penal.

La siguiente cuestión es la que se refiere al ámbito objetivo

Sabemos ya qué personas pueden cometer delitos y cuáles no. Pero ¿conocemos qué delitos puede cometer cada una de esas personas? Es más, ¿sabemos qué es un delito (en sentido amplio)? En el ánimo de no ir en contra del principio que ha inspirado este documento «comenzaremos por el principio» —tal y como dice un personaje de una famosa película—, lo cual supone retrotraernos a los orígenes de este documento. La norma no es más que el orden de la razón en busca de un bien común. De manera tal que la desobediencia a la norma conlleva consecuencias previstas, con antelación (perdón por la redundancia), en la propia norma.

Parece evidente pensar que una persona jurídica pueda cometer faltas y delitos, desde el punto y hora en que puede ser sujeto de imputación penal. No obstante, se nos antoja imposible que, estudiado el Código Penal, una persona jurídica pueda cometer determinados tipos de delito, como por ejemplo delitos contra las personas. Un homicidio, por poner un ejemplo. Es por ello que el legislador recoge un catálogo cerrado de delitos por los que puede ser sancionada una persona jurídica.

Es lógico que el legislador haya optado por un *numerus clausus* —número cerrado— de delitos que pueden ser cometidos por parte de las personas jurídicas. Y lo es también que opte por cerrar el tipo de sanciones que pueden serles de aplicación. Así, no parece lógico pensar que una persona jurídica pueda cometer un delito de lesiones, ni tampoco que una sociedad pueda ser encarcelada...

A qué nos referimos cuando utilizamos el término latín del *numerus clausus*. Este término es una herencia del derecho romano. La forma que tiene el legislador de redactar los diferentes preceptos que componen una norma es muy importante. Por ejemplo no es lo mismo decir que «... podrá contener...» que «... deberá contener». La primera forma de expresión conlleva que la institución jurídica que regula puede contener los requisitos que en ella se contienen u otros diferentes. En cambio, la segunda forma conlleva una exigencia. El catálogo de delitos referidos en la norma penal, refleja el número total de delitos por los que una entidad puede ser sancionada. Ello supone que por ninguno más. Por eso es un catálogo cerrado.

¿Cómo refleja el legislador la idea que acabamos de exponer? Mediante la redacción dada al artículo 31 bis: «*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables (...)*».

Lo que quiere decir el legislador con esa frase es lo que hemos intentado referir con anterioridad. Es decir: solo los preceptos del Código Penal que establezcan la posibilidad de que una persona jurídica pueda cometer un tipo delictivo, podrán ser objeto de sanción penal. Los que no, no.

3. COMBATIR LA INFRACCIÓN: ¿CÓMO?

La aproximación al concepto de cumplimiento normativo» comprende las referencias a un modelo preventivo y garantista para todos los sujetos activos en el tráfico de comercio, cualquiera que sea su objeto. Se refiere, entre otros, a sociedades personalistas, capitalistas, entidades sin personalidad jurídica, como el caso de las UTES o de los fondos de inversión, así como a entidades de derecho público que aspiren a construir un programa transversal, mitigador de riesgos y configurador de un escenario de respuestas previsibles y adecuadas a las necesidades del negocio de cada una de ellas. Se encuentra, a nuestro juicio, a medio camino entre el gobierno corporativo y el *compliance*. El mundo del gobierno corporativo se refiere a las normas de funcionamiento del órgano de Administración, de sus reglamentos, códigos de conducta, entre otros aspectos. Y está también vinculado con el mundo del *compliance* en la medida que ha de prever el conjunto de riesgos que, asociados a determinadas conductas, pueden incidir en el patrimonio, reputación y existencia de la propia compañía.

Tengamos en cuenta que en este punto se entremezclan normas de carácter dispositivo y normas de carácter imperativo. Lo anterior requiere una explicación: Cualquiera de las organizaciones referidas anteriormente, cuando asume una norma dispositiva, y la toma como propia, la convierte en imperativa. Así, en efecto, el artículo 1091 del Código Civil dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Y cuando una entidad asume un código de conducta, en el sentido de que formalmente lo aprueba, acepta que le sea exigido como cualquier contrato que la vincule con un tercero.

Por otro lado, va de suyo, las normas imperativas, que pueden ser preceptivas o prohibitivas, han de respetarse en sus estrictos términos. Evitando realizar la conducta —por acción o por omisión— descrita como contraria al ordenamiento jurídico en la norma de que se trate.

Traemos a colación, en este punto, una definición que la OCDE utilizó en 2016, y que podría servirnos para considerar el cumplimiento normativo como «*el conjunto de prácticas que facilitan la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabilidad financiera y la integridad de los negocios*». Si tomamos esa definición como válida, podremos empezar a comprender que nos encontramos ante algo que abarca a todos los niveles de la organización, incluido el primer órgano de administración de las compañías e impacta, muy especialmente, en los primeros niveles ejecutivos.

Por tanto, es claro que es un tema de importancia transversal en los agentes del tráfico de comercio. ¿Qué pautas deberían seguir?

- A) Es necesario definir una **asignación clara de responsabilidades**, incluyendo también a los órganos de dirección como prolongación de los órganos de gobierno. Saber quién hace qué para saber qué poder exigir a cada persona.
- B) Es preceptivo establecer un proceso de toma de decisiones claro, transparente y documentado por medio de actas en todos los niveles. La finalidad consiste en saber qué hay que hacer y quién debe hacerlo. Y para ello, se hace preciso **redactar los acuerdos adoptados y revisar la naturaleza de los comités existentes en la organización para delimitar la naturaleza** consultiva o ejecutiva que puedan tener.
- C) Por otro lado, se revela esencial conocer qué puede hacer cada órgano para **concretar no solo las responsabilidades indelegables del órgano de administración, sino también el nivel de responsabilidad de los órganos de gobierno** y de los subsiguientes niveles de la organización, definiendo y concretando qué decide cada nivel y qué se tiene que elevar a nivel/es superior/es.
- D) **No puede tomarse una decisión sin un proceso previo que lo regule:** Ha de haber políticas, normas y procedimientos internos que respalden la toma de decisiones. Para ello, es preciso que la organización establezca su propio «**sistema normativo**» para asegurar el control y supervisión de las políticas aprobadas por el órgano de administración y, en consecuencia, acreditar diligencia debida.
- E) Las Secretarías Generales y Direcciones de Asesoría Jurídica deben **conocer el negocio, para captar los riesgos** asociados a la actividad de las empresas; así como de la posición que ocupan en el mercado y de su respeto por el derecho de la competencia.
- F) Es incuestionable la creación de un canal de denuncia, y la creación de un órgano de cumplimiento normativo con un estatuto claro y con un procedimiento de actuación sencillo, capaz de intervenir jerárquica y transversalmente. Y con una actuación documentada que justifique su proceder en todo momento. Y esa jerarquía se demuestra con **presencia regular en los órganos de decisión** de la organización, con estatus propio y garantías de independencia en su actuación.

¿En qué ámbitos, además del penal, se ha hecho referencia a la existencia de una aplicación de los principios de cumplimiento normativo? Realmente, todo el ordenamiento jurídico ha de ser tomado en cuenta a los efectos del Cumplimiento Normativo. Resaltemos tres:

- a) **En la ley 15/2007**, que contiene un procedimiento que permite denunciar ante la CNMC conductas prohibidas por la *Ley 15/2007*, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) (en particular, en los artículos 1, 2 y 3 de la ley), así como denunciar conductas prohibidas por los artículos 101 y 102 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (el Tratado) (antiguos artículos 81 y 82 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*).

Se pueden presentar denuncias relativas a:

- Conductas colusorias (artículos 1 LDC y/o 101 del Tratado).
- Abuso de posición dominante (artículos 2 LDC y/o 102 del Tratado).
- Falseamiento de la libre competencia por actos desleales cuando afecten al interés público (artículo 3 LDC).

Cuando se presenten denuncias ante la CNMC por conductas prohibidas por los artículos 101 ó 102 del Tratado, habrá de acreditarse que las conductas denunciadas tienen efectos en el comercio intracomunitario.

- b) Tras la reforma operada **por la Ley 31/2014 a la Ley de Sociedades de Capital** (Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo) se impone a los administradores el deber de diligencia «de un ordenado empresario» exigiéndoles adoptar «las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (artículo 225). La supervisión es, entre otras, una de las facultades indelegables por el consejo de administración en relación con el «efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado» (artículo 249 bis); y así, por mor del artículo 529 ter, 1.b en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a «la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control».
- c) **La LCSP 9/2017 contempla muchas novedades en esta materia** que serán desarrolladas e implantadas de la mano de la propia ley. Recordemos que en su artículo 64 impone a todos los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores. Además de referir la prohibición de contratar con aquellas entidades que hayan sido condenadas en delitos tales como organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

Y haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.

4. UNA REFLEXIÓN ACERCA DEL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

La justificación de la existencia de entidades públicas con diferente forma jurídica en el seno de un país responde, en principio y en función de la forma jurídica escogida o impuesta por las normas —liberalización del sector, por ejemplo—, a la necesidad de

huir del derecho administrativo, que es así como se denomina la acción por la que las diferentes administraciones han optado por constituir personas jurídicas que funcionen de manera más flexible que la propia administración, entendida en sentido estricto. No es lo mismo, como hemos visto, constituir una EPE que una sociedad mercantil.

Esta pretensión, que puede tener sentido para culminar la legítima aspiración del Estado —en tanto que agente económico— consistente en obtener un lucro mediante la gestión de sus activos, puede no tenerlo tanto en aquellos supuestos donde la forma jurídica escogida tropieza con la actividad llevada a cabo por la propia entidad. Estamos pensando en los supuestos en los que la sociedad realiza, por ejemplo, una actividad de interés general. Y ello, por la sencilla razón de que tal actividad vendrá regulada en sus derechos y obligaciones por una norma. Y que, en consecuencia, es separada de la pretendida flexibilidad que motivó su constitución. Consecuencia de lo anterior es el hecho, por ejemplo, de que en la comercialización de sus servicios pueden existir tarifas y no, como en el muto intercambio de voluntades en el tráfico ordinario privado, precios.

La reflexión anterior debería llevarnos a concluir que aquellas actividades que escapen del puro principio de competencia, y que obligan a la persona jurídica a realizar actos que cualquier otro competidor no haría en circunstancias de mercado, podrían considerarse como SIEG, servicios económicos de interés general. Denominados así porque no siguen las reglas lógicas de rentabilidad y maximización de beneficios que persigue toda sociedad capitalista. Tal reflexión permitiría, además, amortiguar el ansia de los competidores por denunciar cualquier compensación del injusto que supone, como hemos dicho, realizar lo que en términos de mercado ninguna empresa realizaría. Y que se hace, como decimos, por imposición legal.

Lo anterior supone, como se hace en los países de nuestro entorno, que esas actividades se declaren como tales y que sean revisadas, no con ojos de mercado privado, sino con ojos de servicio público o de actividad de interés general. Han de realizarse, en efecto, no porque sean rentables, sino porque son servicios esenciales para la comunidad.

Existen, por otro lado, determinadas sociedades cuya actividad está liberalizada por imperativo normativo comunitario, lo cual da lugar a que en el seno de la propia empresa se encuentre la parte relativa a la acción puramente de actividad de interés general y, por otro, con actividades puramente comerciales. Es, además, obligación de la compañía realizar todo lo necesario para que las contabilidades de una y otra actividad estén separadas. Ello permitirá huir de potenciales denuncias de ayudas de estado.

¿Y por qué de titularidad del estado? Porque desempeñan un papel fundamental en la economía y son decisivas en el desarrollo de las funciones del Estado; y representan un medio para otorgar a los ciudadanos, los recursos y/o servicios que éstos requieren para tener una mejor calidad de vida.

A juicio de quienes suscriben, sujeto a mejor opinión, podría ser oportuno adaptar las políticas de mayor interés general a formas jurídico públicas; mientras que en aquellos casos en los que la actividad fuera puramente privada, sin incidencia alguna de lo público en sentido regulatorio, debería aproximarse más a lo privado.

Mucho tiene que decir el legislador en todo esto, y particularmente en la toma en consideración del cambio histórico que se ha producido desde la Ley de Patrimonio de las A. A. P. P. de 2003 en la que, muy probablemente, en la mente del legislador se pretendía frenar la gran actividad de compra de empresas que se venía produciendo. En ocasiones sin excesiva lógica. Y, por ello, decidió que cualquier crecimiento inorgánico habría de hacerse con acuerdo de Consejo de Ministros. Preguntamos: ¿tiene esto senti-

do en la actualidad? La experiencia ha demostrado que este requisito ha impedido ejecutar políticas estratégicas de compañías públicas con necesidad de encontrar espacio en un determinado mercado. Obviamente, no puede conocerse «a priori» el resultado que habría tenido una potencial inversión, en el caso de que se hubieran podido producido las operaciones truncadas por esta burocracia legal. Pero lo que sí es cierto es que la teórica voluntad de la empresa y de su consejo de administración, cuando acuerdan realizar una determinada operación, se ve recortada por la superior aprobación mencionada. He aquí una primera cortapisa a la acción del consejo de administración, que la separa del mundo privado.

Y entonces, ¿qué papel juega el consejo de administración en una sociedad pública estatal?

Ciertamente, el papel del consejo es fundamental en la aprobación de operaciones ordinarias. Marcadas, como no puede ser de otra manera por la aplicación de la norma que, en cada caso, proceda. Pero como decíamos, ese papel teóricamente decisivo y ejecutor del Consejo queda empujado por cuestiones como la comentada. Ejemplo de lo anterior es, además, el hecho de que el propio artículo 115 de la Ley 40/2015 exime de responsabilidad a los administradores de las sociedades públicas estatales. Otro elemento diferenciador, sin duda.

Por otro lado, es necesario, no obstante, recalcar que tan importante es acordar hacer como acordar no hacer. Y los secretarios de los consejos deberían asesorar a los órganos de administración en tal sentido. Acordar no hacer no es omisión. Y la experiencia demuestra que no todos los señores consejeros que se sientan a un consejo, lo entienden así. Esto requeriría una mayor reflexión en relación con la llamada «*business judgement rule*», contemplada en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital.

Finalmente, nos gustaría poder detenernos un segundo en la sentencia de 26 de febrero de 2018 de la Sala de lo Civil del T.S. sobre remuneración de consejeros y en los efectos en el caso de las sociedades públicas. Particularmente en el caso de las estatales.

La citada sentencia concluye su fundamentación señalando que el sistema de retribución de los administradores de las sociedades no cotizadas, tras la reforma de la Ley 31/2014, queda estructurado en tres niveles:

1.º Estatutos sociales. Estos deben fijar el carácter gratuito o retribuido del cargo y, en este último caso, los sistemas de retribución de los administradores «en su condición de tales» (por todas las funciones que realicen, incluidas las ejecutivas).

2.º Acuerdos de la junta general. La junta fijará el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores, que permanecerá vigente mientras no se apruebe su modificación. La remuneración por el ejercicio de funciones ejecutivas debe computarse a efectos de este límite.

3.º Decisiones de los administradores. Salvo que la junta determine otra cosa, los administradores acordarán la distribución de la retribución entre ellos. Cuando exista un consejero ejecutivo, el consejo aprobará su contrato con la sociedad, que concretará los distintos conceptos retributivos que le corresponden dentro del marco estatutario.

Nosotros nos preguntamos: ¿cómo incide esta nueva interpretación en las sociedades mercantiles públicas estatales?; ¿en qué medida incide el RD 451/2012 de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades?; ¿deberían adaptarse los estatutos y normativa interna de las sociedades públicas mercantiles estatales a esta nueva realidad?

Dejamos estas preguntas para la reflexión del lector.

AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

Beatriz Vizcaíno López

SUMARIO: 1. EL ENCUADRAMIENTO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL.—2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES.—3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES DE ÁMBITO ESTATAL EN LA ACTUAL LEY 40/2015. 3.1. La nomenclatura. 3.2. La creación. 3.3. La no sujeción al control de eficacia y supervisión continua previsto para las entidades del sector público institucional estatal. 3.4. Las limitaciones presupuestarias de las autoridades administrativas independientes en relación con el personal laboral no funcionario

1. EL ENCUADRAMIENTO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES EN EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL

El Estado social y democrático de derecho, consagrado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978, tiene una singular trascendencia sobre el sistema de la Administración Pública en general y, por tanto, sobre la Administración General del Estado en particular, dado que su artículo 103.1 consagra, por un lado, el principio de eficacia de la actuación administrativa, y por otro lado, su carácter instrumental al servicio de los intereses generales.

En este marco, la Administración General del Estado, a través de sus diferentes modalidades de actuación debe tener presente que el servicio a los ciudadanos es el principio básico que justifica su existencia y que debe presidir su entera actividad, siendo que el denominado fenómeno de la huida del derecho administrativo que representa la Administración institucional, con carácter limitado en el caso de los organismos autónomos, descansa en este principio de eficacia, por lo que pueda significar la falta idoneidad del Derecho administrativo para satisfacer algunos de los fines propios de la Administración.

En este sentido, el Consejo de Estado, en su Dictamen (facultativo) número 274/2015, de 29 de abril, emitido con ocasión de la remisión del anteproyecto de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ha declarado que en el ordenamiento jurídico español la denominación de «*Administración institucional*» se ha aplicado tradicionalmente:

(...) al conjunto de entes creados por las Administraciones territoriales para el desempeño de determinadas actividades en régimen de descentralización funcional o sujeción al derecho privado, en el marco de un proceso de modulación de las reglas clásicas del derecho administrativo o de huida del mismo que se inicia a principios del siglo XX y se intensifica a mediados del mismo con un doble propósito: encontrar formas de gestión más flexibles de las actividades administrativas, frente a la estricta centralización de los servicios hasta entonces imperante; y canalizar la intervención de los poderes públicos en la economía, que se hizo necesaria —no sólo en España— con fines de reconstrucción nacional tras los conflictos bélicos de la época y, también, al calor de políticas públicas de marcado carácter intervencionista.

Así, la primera norma que abordó la cuestión de la Administración institucional fue Ley de Régimen de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, que distinguió entre organismos autónomos y empresas nacionales, siendo que posterior-

mente se introdujo el concepto de sociedad estatal, por la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria. De este modo, tras la modificación operada, existían tres tipos de entes institucionales dentro de la Administración del Estado: dos de naturaleza jurídico-pública, los organismos autónomos, que se regían por el derecho administrativo, y las sociedades estatales del artículo 6.1.b) de la Ley 11/1977, correspondiéndose conceptualmente con las empresas nacionales, sometidas al derecho privado, y uno de naturaleza jurídico-privada, las sociedades estatales del artículo 6.1.a) de la referida norma, que se sujetaban al ordenamiento privado.

Posteriormente, esta delimitación de la Administración institucional se incorporó a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que tras reformas posteriores operadas, principalmente por la Ley 28/2006, de 28 de julio, quedó configurada del siguiente modo:

Primero, los «*organismos públicos*» del título III, clasificados de forma tripartita en «*organismos autónomos*», para la realización de actividades fundamentalmente administrativas, con pleno sometimiento al derecho público; las «*entidades públicas empresariales*» con el fin de desempeñar actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, regidas por regla general el derecho privado, salvo en el ejercicio de sus potestades públicas y en determinados aspectos de su funcionamiento (presupuestario, contable, control financiero, patrimonial, y contratación); y las «*agencias estatales*», con el objeto de dar cumplimiento a los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrollara la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias, reguladas por su respectivo Estatuto y supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado.

Segundo, las «*sociedades mercantiles*», definidas en su disposición adicional duodécima, como entes constituidos, con mayoría de capital público, en forma jurídico-privada, y, en consecuencia, sin poder ejercer potestades públicas y regidos íntegramente por el derecho privado, salvo en los aspectos en que les resultara de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación.

Tercero, las denominadas «*Administraciones independientes*», ex disposición adicional décima, regidas por su legislación específica y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, salvo en el caso del Banco de España (disposición adicional octava), siendo que el Gobierno y la Administración General del Estado ejercían respecto de tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía.

En la actualidad, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que vertebra las relaciones *ad intra* que existen en el funcionamiento de cada Administración y entre las distintas Administraciones, como indica su exposición de motivos, «*abarca, por un lado, la legislación básica sobre régimen jurídico administrativo, aplicable a todas las Administraciones Públicas; y por otro, el régimen jurídico específico de la Administración General del Estado, donde se incluye tanto la llamada Administración institucional, como la Administración periférica del Estado*», dedica su título II a la Administración institucional, bajo la rúbrica de la «*Organización y funcionamiento del sector público institucional*», y en concreto su capítulo II, a la «*Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal*», en cuyo artículo 84.1 establece su composición y clasificación, con carácter de «*numerus clausus*», como se desprende también de la disposición adicional cuarta, al disponer que:

Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades: a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1º Organismos autónomos. 2º Entidades Públicas Empresariales. b) Las autoridades administrativas independientes. c) Las sociedades mercantiles estatales. d) Los consorcios. e) Las fundaciones del sector público. f) Los fondos sin personalidad jurídica. g) Las universidades públicas no transferidas.

Sentado lo anterior, la Ley 40/2015 dedica dentro de las disposiciones del sector público a las autoridades administrativas independientes los artículos 109 y 110 de su capítulo IV del título II («Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal»), definiéndolas en el apartado uno del primero, al establecer que:

Son autoridades administrativas independientes de ámbito estatal las entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley.

Teniendo presente, por un lado, la naturaleza inherente a las autoridades administrativas independientes, consagrada en el referido artículo 109.1, «independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», continuando lo que ya indicaba la derogada disposición adicional décima de la Ley 6/1997: «El Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán respecto de tales Organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía»; y por otro, el tenor literal del expuesto precepto 84.1 resulta que se han incluido en el sector público institucional estatal entidades como la autoridades administrativas independientes, que estando sujetas a la directa aplicación de la legislación contractual o presupuestaria, ex artículos 2.2.b) y 3.1.a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; 2.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria; y Sostenibilidad Financiera; y 3.1.c) y 2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no son, en puridad, entes instrumentales del Estado.

En otros términos, el calificativo que define realmente el estatuto jurídico de las autoridades administrativas independientes, desde un punto de vista organizativo y funcional, no es su vinculación a la Administración General del Estado sino la independencia y autonomía de ésta, por contraposición a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales, que dependen directamente de la misma.

Por ello, las autoridades administrativas independientes no son entes instrumentales de la Administración General del Estado, es decir, no están sujetos a las órdenes e instrucciones de ésta, a diferencia de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, que sí lo están. Por esta misma razón, las autoridades administrativas independientes se rigen «por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación», ex artículo 110.1 de la Ley 40/2015.

Circunstancia, que ha sido criticada por el Alto Cuerpo Consultivo en el referido Dictamen de 29 de abril de 2015, al afirmar que:

En primer lugar, es una clasificación realizada con base en criterios que no pueden considerarse estrictamente organizativos, en el sentido de que, de acuerdo con el anteproyecto, no sólo se integran en el sector público institucional estatal aquellos entes que se encuentran en una relación de dependencia o instrumentalidad de la Administración del Estado —como sucedía en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y todavía sucede en la vigente Ley 6/1997—, sino también aquellos que, siendo parte del sector público estatal a otros efectos, no están sometidos —desde un punto de vista orgánico y funcional— a las instrucciones de aquélla.

Como resulta de su exposición de motivos, el anteproyecto ha partido de las diversas delimitaciones del «sector público» realizadas en la legislación contractual (texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) y presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; y Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera) para definir lo que debe entenderse por «sector público» a los efectos de la regulación proyectada.

(...)

La inclusión expresa de las autoridades administrativas independientes y de las universidades públicas no transferidas dentro del sector público institucional del Estado, en los términos previstos por el anteproyecto, resulta un punto forzada desde el momento en que la regulación proyectada para dicho sector sigue siendo la que es propia y característica de los entes instrumentales del Estado. De este modo, se produce la paradoja de que a las autoridades administrativas independientes y las universidades públicas no les resulta de aplicación directa —sino tan sólo supletoria— la normativa del sector público institucional del Estado del que, según el anteproyecto, forman parte. Tal consecuencia, ya prevista en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997 y que es obligada en razón de la especial posición institucional de las autoridades administrativas independientes y de las universidades no transferidas, pone de manifiesto, sin embargo, que la integración de éstas en el sector público institucional del Estado resulta no poco forzada.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES

La categoría de las autoridades administrativas independientes, como se deduce del tenor literal del expuesto artículo 109. 1 y 2 de la Ley de régimen jurídico del Sector Público, «(...) tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley. Las autoridades administrativas independientes actuarán, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con independencia de cualquier interés empresarial o comercial», así como de la disposición adicional décima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, surgen por la necesidad de que las funciones de regulación o supervisión de determinados sectores de actividad se ejerzan con independencia del poder ejecutivo y de la Administración que del mismo depende, atendiendo, en exclusiva y con la debida neutralidad, a criterios de naturaleza técnica, todo ello en relación con el principio de eficacia, que rige la actuación administrativa al servicio de los intereses generales, ex artículo 103.1 de la Constitución.

Conviene apuntar, que la independencia respecto del Gobierno y de la Administración que caracteriza a las autoridades administrativas independientes, tanto en nuestro derecho interno como en el ámbito del derecho comparado, y que justifica su razón de ser, no significa que carezcan de legitimación democrática, que precisamente está expresada en la ley que las crea y en el ordenamiento al que se someten.

El propio Tribunal de Justicia de la Unión ha indicado que la existencia de autoridades administrativas independientes no contraviene el principio democrático, resultando necesaria la cita de la Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 2010, en el asunto C-518/07 (caso Comisión Europea contra Alemania), donde se razona que:

41. *A este respecto, ha de recordarse que el principio de democracia es un principio del Derecho comunitario recogido expresamente en el artículo 6 UE (RCL 1999, 1205 bis), apartado 1, como uno de los fundamentos de la Unión Europea. Al ser un principio común a los Estados miembros, debe tomarse en consideración cuando se interprete un acto de Derecho derivado, como es el caso del artículo 28 de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977).*

42. *Este principio no se opone a la existencia de autoridades públicas al margen de la Administración jerarquizada clásica y más o menos independientes del Gobierno. La existencia y requisitos de funcionamiento de esas autoridades se regulan, en los Estados miembros, mediante Ley, e incluso, en algunos de ellos, mediante la Constitución, y esas autoridades están sujetas a la Ley, bajo el control del juez competente. Este tipo de autoridades administrativas independientes, que también existen en el sistema jurídico alemán, ejercen con frecuencia una función reguladora o de otro tipo que exige que deban estar protegidas de la influencia política, sin dejar por ello de estar sujetas a la Ley, bajo al control del juez competente. Esto es lo que sucede, precisamente, con las funciones de las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.*

43. *Ciertamente, no se puede concebir la inexistencia total de influencia parlamentaria sobre dichas autoridades. Sin embargo, debe subrayarse que la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977) no impone en modo alguno a los Estados miembros semejante inexistencia total de influencia parlamentaria.*

44. *Así pues, por una parte, el Parlamento o el Gobierno pueden nombrar a las personas que asumen la dirección de las autoridades de control y, por otra, el legislador puede determinar las competencias de dichas autoridades.*

45. *Además, el legislador puede imponer a las autoridades de control la obligación de rendir cuentas de su actuación ante el Parlamento. Se puede observar una semejanza con el artículo 28, apartado 5, de la Directiva 95/46 (LCEur 1995, 2977), según el cual toda autoridad de control presentará periódicamente un informe sobre sus actividades, que será publicado.*

46. *Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el hecho de conceder a las autoridades de control en materia de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales en el sector no público un estatuto independiente de la Administración general no priva, por sí mismo, a dichas autoridades de su legitimidad democrática.*

En el ordenamiento jurídico español, existen determinadas funciones de regulación o supervisión de concretos sectores de actividad, que dada la necesidad de garantizar su desarrollo con independencia y autonomía respecto del Gobierno y de la Administración General del Estado, han justificado el nacimiento de autoridades administrativas independientes.

Así, entre otras, pueden citarse brevemente:

- a) La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, en cuyos artículos 1.2 y 2.1 se indica que «la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. (...) está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actúa, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado».

- b) El Consejo de Seguridad Nuclear, creado por la Ley 15/1980, de 22 de abril, configurado en su artículo 1, como un «ente de Derecho Público, independiente de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de los del Estado, y como único organismo competente en materia de seguridad nuclear y protección radiológica», en los términos que se precisa en su precepto segundo.
- c) La Comisión Nacional del Mercado de Valores, que conforme al artículo 16, apartados primero y sexto, del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, «es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que se regirá por lo establecido en esta ley y en las disposiciones que la completan o desarrollan», siendo que «el Gobierno y el Ministerio de Economía y Competitividad ejercerán respecto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores las facultades que les atribuye esta ley, con estricto respeto a su ámbito de autonomía», esto es, con respeto a su autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 17, entre otras, en materia de «supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, del ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y de las demás funciones que se le atribuyen en esta ley», como en relación con velar por «la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines».
- d) La Agencia de Protección de Datos, que se define en el artículo 35.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, como «un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones», que se detallan en el precepto 37, entre otras, «velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos», o «emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.», o «dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley».
- e) El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, creado en el artículo 33 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y configurado «como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», que «actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines», esto es, «promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno», ex artículo 34.
- f) El Banco de España, conforme al artículo 1.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, es «una entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración General del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico», que se definen en el

artículo 7, entre otras: «Definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad. Realizar operaciones de cambio de divisas (...). Poseer y gestionar las reservas oficiales de divisas de los Estados miembros. Promover el buen funcionamiento del sistema de pagos. Emitir los billetes de curso legal. Las demás funciones que se deriven de su condición de parte integrante del SEBC», las cuales se desarrollan a lo largo del capítulo II de la referida ley. Debe recordarse, que el Banco de España, conforme a la ya derogada disposición adicional octava de la Ley 6/1997, era la única de esta clase de entidades que se excepcionaba del régimen jurídico establecido en dicha norma.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS INDEPENDIENTES DE ÁMBITO ESTATAL EN LA ACTUAL LEY 40/2015

Las autoridades administrativas independientes de ámbito estatal se encuentran desarrolladas en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, como ya se ha indicado, en el capítulo IV del título II, que comprende dos preceptos, el primero referido a su definición, y el segundo a su régimen jurídico. Así, centrándonos en el contenido de este último, el mismo indica que:

Las autoridades administrativas independientes se regirán por su Ley de creación, sus estatutos y la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente y en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, por lo dispuesto en esta Ley, en particular lo dispuesto para organismos autónomos, la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el derecho común.

Las autoridades administrativas independientes estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

Del tenor literal del apartado primero del artículo 110 de la Ley 40/2015 resulta que el régimen jurídico de las autoridades administrativas independientes resultará, en primer lugar de su ley de creación, estatutos, y la legislación especial que le sea aplicable.

Bien, por ejemplo, en el caso de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se regirá, en primer lugar, por la Ley 3/2013, de 4 de junio, que la crea, por su Estatuto Orgánico, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y demás legislación especial de los mercados y sectores sometidos a su supervisión a que hacen referencia los artículos 6 a 11 de la ley de creación. O bien, en el supuesto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se regula con carácter preferente por el Real Decreto Legislativo 4/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, su reglamento de régimen interior, texto consolidado del Reglamento aprobado por Resolución del Consejo de la CNMV el 10 de julio de 2003 (BOE 18/07/2003) y posteriores modificaciones aprobadas, la última de ellas de fecha 25 de julio de 2017 (BOE 31/07/2017), y las disposiciones que completan o desarrollan el citado texto refundido.

Así mismo, con carácter supletorio de primer grado, ex artículo 110.1 de la Ley 40/2015, y siempre que sea compatible con su naturaleza y autonomía, las autoridades administrativas independientes se regirán por lo dispuesto en la propia Ley 40/2015, de 1 de octubre, en particular por lo establecido para organismos autónomos; la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 47/2003,

de 26 de noviembre, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, así como el resto de las normas de derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación.

Finalmente, como régimen supletorio de segundo grado, esto es, en defecto de norma administrativa, las autoridades administrativas independientes les resultará aplicable el derecho común.

En otro orden de cosas, relativas a las autoridades administrativas independientes, deben varias cuestiones.

3.1. La nomenclatura

En lo que se refiere a la nomenclatura de estas autoridades administrativas independientes, es el propio apartado 3 del artículo 109 de la Ley 40/2015, quien resuelve esta cuestión, al señalar que:

Con independencia de cuál sea su denominación, cuando una entidad tenga la naturaleza jurídica de autoridad administrativa independiente deberá figurar en su denominación la indicación «autoridad administrativa independiente» o su abreviatura «A.A.I.».

3.2. La creación

Una cuestión que preocupa reiteradamente a la doctrina, y que la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público no resuelve, es la que se refiere al momento y a la razón para la creación de autoridades administrativas independientes.

En este punto, la conclusión a la que ha llegado la doctrina es que la «*independencia*» que caracteriza a esta figura no es tal, sino que se trata en realidad de una autonomía de gestión en orden al cumplimiento de valores constitucionales que se entiende que deben quedar al margen de la contienda partidista. De tal manera, que en palabras del profesor García de Enterría, en lo referente a la creación de las autoridades administrativas independientes, «*solo en estos casos, esto es, cuando la “neutralización” inherente a la “separación” o “independización” características de esta figura venga exigida por la realidad y avalada por un apreciable consenso social y se sustente en algún valor constitucionalmente relevante cuyo mejor servicio la reclame, podrá considerarse constitucionalmente legítima la creación de estas entidades con autonomía reforzada, autonomía que, por lo demás, nunca podrá traducirse en una ruptura total de los vínculos de unión que siempre han de existir entre ellas y el Gobierno y el Parlamento*».

3.3. La no sujeción al control de eficacia y supervisión continua previsto para las entidades del sector público institucional estatal

La presente cuestión parte de las disposiciones relativas a la «*Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal*» del capítulo II del título II de la Ley 40/2015, que se abre con el artículo 84, que tras la enumeración de los entes que forman parte del sector público institucional estatal en el apartado primero, y en el que figuran las denominadas «*autoridades administrativas independientes*», regula en su artículo 85 el

control de eficacia y supervisión continua de las entidades del sector público institucional estatal.

Debe precisarse que en el artículo 60 del anteproyecto de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público se sometía a todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal al control de eficacia y supervisión continua, sin exclusión o excepción alguna, lo que implicaba que en dicho texto, las autoridades administrativas independientes no quedaban exoneradas de ambos controles. Sin embargo, el Consejo de Estado, al examinar dicho anteproyecto en su Dictamen número 274/2015, afirmó, tomando en consideración la naturaleza jurídica que preside a las autoridades administrativas independientes, que:

A juicio del Consejo de Estado, la cuestión de si tales controles son o no compatibles con la naturaleza y autonomía de las autoridades administrativas independientes no puede remitirse a la decisión de los operadores jurídicos competentes para la aplicación de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, obligados a discernir en cada caso sobre si las normas supletorias son o no compatibles con la naturaleza y autonomía de la entidad de que se trate.

La intensidad con que tales controles se regulan en el artículo 60 del anteproyecto parece, en todo caso, difícilmente conciliable con la independencia que debe caracterizar a estas autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones. Adviértase que se trata de un control que alcanza a «la subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación» y a «la concurrencia de la causa de disolución referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o a que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos» (artículo 60.3.a) y c)). La atribución de un control de esta naturaleza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y, en el seno de éste, a la Intervención General de la Administración del Estado, es compatible con la nota de dependencia que caracteriza a las personificaciones instrumentales, pero no lo es con la posición de aquellos organismos públicos a los que la Ley ha reconocido un estatuto de independencia en el ejercicio de sus funciones frente al Gobierno y a la Administración del Estado.

No son pocas las experiencias que, en fechas no demasiado lejanas, han venido a evidenciar la importancia de que estos organismos ejerzan sus funciones de supervisión o regulación con independencia del Gobierno y de la Administración General del Estado. Dicha independencia exige que ésta no pueda ejercer controles orientados a supervisar la actuación de las autoridades administrativas independientes que, a la postre, pudieran afectar de forma directa o indirecta a la neutralidad de éstas.

En realidad, los problemas planteados por la regulación proyectada derivan, en última instancia, de la aplicación supletoria a las autoridades administrativas independientes de un régimen jurídico pensado para los organismos públicos dependientes (organismos autónomos y entidades públicas empresariales). Esta supletoriedad ya está prevista en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, pero se hace más presente en el anteproyecto sometido a consulta desde el momento en que éste incluye a las autoridades administrativas independientes dentro de la misma categoría que los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, con las consecuencias ya señaladas para la autonomía orgánica y funcional de estas entidades. La adecuada regulación de estas autoridades administrativas independientes exigiría que las mismas recibieran un tratamiento conceptual y jurídicamente distinto de los organismos públicos instrumentales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) que les dotase de un régimen jurídico general adecuado a su estatuto de independencia y susceptible de aplicación en lo no previsto en su legislación específica. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, realizó un valioso esfuerzo en tal sentido, al establecer un régimen jurídico común a los organismos reguladores actualmente refundidos por la Ley 3/2013, de 4 de junio, en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Es cierto que los organismos reguladores ahora integrados en la mencionada Comisión presentan peculiaridades distintas a otros entes incluidos en la categoría de autoridades administrativas independientes, como lo es que, entre ellos, existe una gran heterogeneidad en su régimen jurídico. Sin embargo, existen unos mínimos de autonomía funcional que deben considerarse comunes a cualquier ente que quiera merecer el calificativo de autoridad administrativa independien-

te (condiciones de nombramiento de los órganos directivos, prohibición de renovación, causas tasadas de remoción, inexistencia de recurso administrativo frente a sus decisiones, entre otros aspectos) y que demandan la configuración de un régimen jurídico general de tales autoridades, distinto del previsto para las personificaciones instrumentales, que tenga naturaleza supletoria en defecto de lo previsto en su legislación específica.

Las consideraciones realizadas tienen una importancia especial en lo relativo a la posición institucional del Banco de España, cuya independencia se encuentra expresamente reconocida por el artículo 130 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como parte integrante del Sistema Europeo de Bancos Centrales. Muestra de esta particular condición son los artículos 1.2 y 4.1 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, según los cuales esta institución «no estará sometida a las previsiones contenidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», y tampoco «le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan especialmente lo contrario». La inadecuación del anteproyecto a la realidad institucional que se expresa en estos preceptos resulta patente.

Bien expuesto el criterio del Alto Cuerpo Consultivo, el vigente artículo 85 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya redacción es idéntica a la del precepto 60 del anteproyecto, con la salvedad del inciso final de su apartado primero, establece que:

Las entidades integrantes del sector público institucional estatal estarán sometidas al control de eficacia y supervisión continua, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 110.

En otras palabras, en el caso de las autoridades administrativas independientes, y atendiendo a su naturaleza jurídica, el expuesto precepto, se remite al apartado primero del artículo 110, que regula el régimen jurídico de aquellas, reconduciendo a su ley de creación, a sus estatutos y a la legislación especial de los sectores económicos sometidos a su supervisión y, supletoriamente, y sólo en cuanto sea compatible con su naturaleza y autonomía, a lo dispuesto en la propia Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Así, atendiendo, por un lado, a la redacción del vigente artículo 85 de la Ley 40/2015, que refleja un contenido idéntico al del precepto 60 del anteproyecto, con la única salvedad del inciso final del apartado primero, «*Las entidades integrantes del sector público institucional estatal estarán sometidas al control de eficacia y supervisión continua, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 110.*», acogiendo plenamente el criterio expuesto por el Consejo de Estado y por otro lado, a la pertinente remisión al indicado artículo 110.1 del mismo cuerpo legal, que determina el régimen jurídico de las autoridades administrativas independientes, estableciendo como régimen supletorio de primer grado la propia Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, pero siempre, bajo la condición, de que «*sea compatible con su naturaleza y autonomía*», llevan a la necesaria conclusión de que el régimen sobre control de eficacia y supervisión continua no es aplicable a las citadas entidades, puesto que dichos controles no resultan conformes con la autonomía de que han de disponer aquéllas para el correcto ejercicio de sus funciones.

Por ello, del tenor literal del artículo 85.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con el 110.1, las autoridades administrativas independientes se excepcionan del sometimiento al control de eficacia y supervisión continua, pues el razonamiento contrario, vulneraría su propia naturaleza, dado que «*(...) tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas por requerir su desempeño de independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado (...)*», ex artículo 109.1 del mismo cuerpo legal.

3.4. Las limitaciones presupuestarias de las autoridades administrativas independientes en relación con el personal laboral no funcionario

El régimen presupuestario de las autoridades administrativas independientes está comprendido por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera; y las leyes de presupuestos para cada ejercicio, como resulta del artículo 110 de la Ley 40/2015 y de las propias disposiciones de aquellas.

Delimitado el régimen presupuestario, la modificación de las condiciones retributivas del personal laboral no funcionario de las autoridades administrativas independientes, exige obtener la necesaria autorización administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, como establecen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los respectivos ejercicios presupuestarios (artículos 34 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre; 34, de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre; 33 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre; 32 de la Ley 3/2017, de 27 de junio; y 32 Ley 6/2018, de 8 de julio). Con la finalidad de evitar reiteraciones, dado que el contenido es idéntico, se cita el artículo 33 de la Ley de Presupuestos Generales para el año para el año 2016, que afirma, en sus apartados primero, segundo y quinto, que:

Durante el año 2016 será preciso informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de: d) Las restantes entidades públicas empresariales y el resto de los organismos y entes públicos, en las condiciones y por los procedimientos que al efecto se establezcan por la Comisión Interministerial de Retribuciones, atendiendo a las características específicas de aquéllas.

Se entenderá por determinación o modificación de condiciones retributivas del personal no funcionario, las siguientes actuaciones: a) Determinación de las retribuciones de puestos de nueva creación. b) Firma de convenios colectivos, acuerdos o instrumentos similares suscritos por los organismos citados en el apartado Uno anterior, así como sus revisiones y las adhesiones o extensiones a los mismos. c) Aplicación del Convenio único para el personal laboral de la Administración del Estado y de los convenios colectivos de ámbito sectorial, así como sus revisiones y las adhesiones o extensiones a los mismos. d) Fijación de retribuciones mediante contrato individual, ya se trate de personal fijo o contratado por tiempo determinado, (...). e) Otorgamiento de cualquier clase de mejoras salariales de tipo unilateral, con carácter individual o colectivo, aunque se deriven de la aplicación extensiva del régimen retributivo de los funcionarios públicos. f) Determinación de las retribuciones correspondientes al personal contratado en el exterior.

Serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes de Presupuestos.

Del tenor literal del expuesto precepto, junto con el artículo 35 de la misma norma, se llega a la necesaria conclusión de que la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario de las autoridades administrativas independientes exige para su concesión «el previo examen de todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, tanto para el año 2016 como para ejercicios futuros y, especialmente, en lo que se refiere a la determinación de la masa salarial correspondiente y al control de su crecimiento» (artículo 33.3.2 de la Ley 48/2015), así como «para su plena efectividad, el informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, siendo nulos de pleno derecho los que se alcancen sin dicho informe, sin que de los mismos pueda en ningún caso derivarse, directa o indirectamente, incremento

del gasto público en materia de costes de personal y/o incremento de retribuciones por encima del autorizado en el artículo 19 de esta Ley» (artículo 35 de la Ley 48/2015,), en aras de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, y reforzar el compromiso del Estado con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

En atención a lo expuesto, las autoridades administrativas independientes no gozan de autonomía para la determinación o modificación de retribuciones de su personal laboral no funcionario, estando sujetas a las limitaciones presupuestarias, que implican la previa obtención de las pertinentes autorizaciones administrativas en la materia.

LA CNMC: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

José Luis Marroquín Mochales

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES. 2.1. Origen del derecho de la competencia. 2.2. Su implantación en Europa. 2.3. Su implantación en España. 2.4. Origen y desarrollo institucional. 2.4.1. Antecedentes de las agencias independientes («Independent Agencies» o «Autorités Indépendantes»). 2.4.2. Su proyección en el derecho español.—3. EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 3.1. En Europa (Unión Europea). 3.2. En España.—4. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE. 4.1. Naturaleza jurídica de la CNMC: personalidad e independencia. 4.2. Régimen jurídico de la CNMC.—5. FUNCIONES DE LA CNMC. 5.1. Planteamiento. 5.2. Definición de mercado. 5.3. Funciones de supervisión y control, consultivas y de resolución de conflictos.—6. RÉGIMEN DE ACTUACIÓN Y POTESTADES.—7. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LA CNMC. 7.1. Planteamiento. 7.2. En especial, la revisión por el poder judicial de los actos, decisiones y resoluciones de la CNMC.—8. CONCLUSIONES Y JUICIO CRÍTICO.—9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

No sabría decir si nuestro añorado Manolo, a quien con tanto cariño como merecimiento dedicamos esta obra, tuvo ocasión —o quizás, mejor dicho, necesidad— de preparar en la fase de su oposición la tímida introducción en nuestro ordenamiento jurídico de unas nobles pautas de comportamiento a la hora de desarrollar una actividad económica, hecho que tuvo lugar a través del Decreto Ley de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1959. Posiblemente, lo digo por las fechas, tuviera que alterar, siquiera ligeramente, alguno de los temas del programa, con los consiguientes conflictos que bien conocemos todos.

Lo que sí puedo asegurar es que, siendo ya abogado del Estado, conoció y estudió el primer desarrollo normativo de aquél, contemplando órganos concretos de salvaguarda de la competencia en los mercados.

Y es que han transcurrido nada menos que cincuenta años desde entonces, desde que la Ley 110, promulgada en el verano del 63, disciplinara un organismo específico para luchar contra las prácticas restrictivas, hasta que otra ley, transponiendo postulados supranacionales, creara la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, objeto específico de este capítulo, dedicado al maestro y guía de tantos de nosotros.

Y es que dicha comisión (en adelante, CNMC) fue creada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, «como organismo público¹ que tiene «por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios».

¹ De los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Esta definición, contenida en el artículo 1 de la ley de creación, pone de manifiesto las notas básicas y características de la CNMC, a las cuales nos iremos refiriendo a lo largo del presente análisis.

Baste ahora, en este preámbulo, hacer una enumeración genérica de las mismas:

- 1.^a Desde un punto de vista subjetivo, se trata de una entidad pública (no es un órgano) a la que se dota de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar en las esferas pública y privada.
- 2.^a Desde un punto de vista objetivo, su fin último es el beneficio de los consumidores y usuarios.
- 3.^a Desde una perspectiva funcional, ejerce su actividad con independencia respecto de cualquier otra institución pública o privada.
- 4.^a Desde el punto de vista de actividad, ésta se concentra en garantizar el correcto funcionamiento de los mercados, velando por la transparencia y plena competencia de y en los mismos.

2. ANTECEDENTES

Para avanzar en el examen de este organismo, se hace preciso aludir a sus orígenes históricos, no sólo desde el punto de vista institucional cuanto, sobre todo, desde la perspectiva del área del bloque normativo u ordenamiento jurídico en que instituciones de este tipo se enmarcan.

Si hemos dicho que una de las características cardinales de la CNMC es la de preservar la plena competencia de todos los mercados en que interviene, debemos necesariamente detenernos en los antecedentes de su marco normativo, que es el derecho de la competencia, al que con buen criterio alude el propio preámbulo de la Ley 3/2013, de 4 de junio.

2.1. Origen del derecho de la competencia

Como indican ORTIZ BLANCO, MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, IBÁÑEZ COLOMO y LAMADRID DE PABLO², el derecho de la Competencia tiene su origen en el Estados Unidos de finales del siglo XIX, a raíz de los principios consagrados en su Constitución; principios que podríamos calificar, de una parte, como «anticorporativos» (o «*anti-trust*») en cuanto la economía no venía lastrada por el poder de los antiguos gremios de Europa, y, de otra, como «antiintervencionistas», dada la desconfianza del ciudadano estadounidense por la intervención estatal en su esfera económica (y, en general, en todos los ámbitos) privada. Y en este contexto, el fenómeno de la concentración del poder económico fue percibido por la opinión pública como «un peligro para la democracia y la libertad tanto o más importante que la propia intervención estatal, ante el que, además, los ciudadanos se encontraban indefensos».

Los paradigmas, normativo y judicial, «antitrust» en estos albores del derecho de la competencia en EE. UU. los constituyen, respectivamente, la «Ley Sherman» —en honor

² ORTIZ BLANCO, L.; MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; IBÁÑEZ COLOMO, P.; LAMADRID DE PABLO, A. (2008).

al nombre del senador que la promovió—, de 2 de julio de 1890, que declaró ilegal «todo contrato, asociación en forma de «trust» o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras»; y la Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU., de 15 de mayo de 1911, dictada en el asunto «Standard Oil de Rockefeller» —monopolio de productos petrolíferos—, que obligó a la separación estructural de la empresa, considerando que «había adquirido demasiado poder».

Es lo cierto, sin embargo, que, con el paso del tiempo, la propia Corte Suprema de los EE. UU. fue atenuando el impacto potencial de la «Ley Sherman», al considerar que la «cooperación interempresarial no es siempre y desde luego necesariamente negativa para la economía y no está siempre exclusivamente motivada por el deseo de abusar de los consumidores...».

2.2. Su implantación en Europa

El origen gremial y ulterior desarrollo corporativo de los grandes bloques de actividad económica en Europa hicieron que, en un primer momento —nos situamos en la década de 1920—, no se percibiera por los Gobiernos emergentes como un peligro para los ciudadanos, en tanto en cuanto, eso sí, los posibles excesos del poder económico pudieran ser corregidos por los propios Gobiernos (es el caso que contemplaba la Ordenanza alemana de 2 de noviembre de 1923 contra «el abuso de las posiciones del poder económico»).

Estos tímidos pasos iniciales, que representan más el interés político de control de la actividad económica que se desarrolla en un país concreto que el deseo de beneficiar al ciudadano o a la sociedad civil en su conjunto, adquieren carta de naturaleza con el proceso de integración europea. Los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas (del Carbón y del Acero [CECA], de 1951 y, sobre todo, de la Creación de la Comunidad Económica Europea [CEE], de 1957 establecen ya normas precisas al modo del derecho «antitrust» estadounidense, prohibiendo todos aquellos acuerdos que impliquen una posición de dominio o falseamiento de la competencia en cualquiera de los sectores de la economía (por todos y teniendo en cuenta su origen, citaremos el artículo 85 del viejo Tratado de 1957, que tanta literatura técnico-jurídica ha generado; hoy, artículo 81 y correlativos del Tratado de Lisboa).

Teniendo en cuenta que la población total de la Unión Europea en 2018 está integrada por 512,7 millones de habitantes³, no es extraño pensar que la política de competencia sea probablemente la más emblemática de todas las desarrolladas por aquélla, a lo que indudablemente contribuye el hecho, sustancialmente jurídico, de que los artículos del Tratado referidos a esta materia gozan de efecto directo y pueden ser, por tanto, invocados ante los tribunales nacionales sin necesidad de previa transposición de las directivas y demás disposiciones de la Unión Europea a los derechos internos.

2.3. Su implantación en España

Con anterioridad a su integración en la Comunidad Europea (hoy, Unión Europea), se promulgó en España la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas

³ Fuente: Datos Demográficos UE, 2018.

Restrictivas de la Competencia, la cual —teniendo como cabecera el Decreto Ley de Ordenación Económica, de 21 de julio de 1959, que crea el Servicio de Defensa de la Competencia, el Consejo de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia—, si bien se inspiraba en los principios contenidos en el Tratado Europeo de 1957, distó de ser satisfactoria⁴.

Sería, pues, en 1986 cuando se consolidan a nivel interno tales principios, cuyo desarrollo normativo se produjo, en primer lugar, con la promulgación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; más adelante, con el Real Decreto Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; continuó con la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de Reforma de la Ley de 1989; y concluyó con la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ligeramente retocada por la Ley 3/2013, de 4 de junio, que constituye el principal centro normativo de atención de este análisis.

2.4. Origen y desarrollo institucional

Como se ha dicho al comienzo de este apartado, no se puede explicar el nacimiento y evolución de las instituciones orgánicas en general sin hacer siquiera una breve reseña del marco normativo que las envuelve; y, naturalmente, el derecho de la competencia no es una excepción a esta regla general.

Por ello, una vez examinado dicho marco normativo, podemos aludir a las instituciones creadas para su implementación y aplicación.

2.4.1. *Antecedentes de las agencias independientes («Independent Agencies» o «Autorités Indépendantes»)*

En el derecho comparado encontramos con frecuencia tres fuentes de inspiración de las instituciones y figuras que se plasman y desarrollan en los correspondientes ordenamientos jurídicos internos. Y no es una excepción el análisis de las denominadas Administraciones u Organizaciones Independientes que ahora nos ocupa; también el origen de las mismas responde a explicaciones o motivaciones parecidas, pero no idénticas, en regímenes jurídicos distintos: derecho anglosajón (británico, por autonomasia); derecho americano (norteamericano, por excelencia, que modula las instituciones procedentes del derecho inglés al sentir de su sociedad); y derecho europeo continental (francés, fundamentalmente). Así, siguiendo a Rallo Lombarte:

- a) En el Reino Unido surgen los llamados «quangos» (Cuasi-Autonomous Non-Governmental Organizations) como manifestación de estructuras de carácter privado a las que se confían fines públicos. No debemos olvidar a este respecto que el Derecho anglosajón es, sobre todo, un ordenamiento basado en el principio de «intervención mínima» de los poderes públicos en la vida de los ciudadanos —es verdad que matizado con el paso de los tiempos— y de ahí que, aun cuando no sea posible llegar a un concepto unívoco de los «quangos», sí puede afirmarse la existencia de un denominador común a todos ellos: que su responsabilidad

⁴ ORTIZ BLANCO, L.; MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J.; IBAÑEZ COLOMO, P.; LAMADRID DE PABLO, A. (2008).

en relación a las autoridades políticas —llámense estas poder legislativo o poder ejecutivo— es indirecta y limitada.

- b) En Estados Unidos de América surgen las «Independent Agencies» como manifestación, fundamentalmente administrativa, del sistema presidencialista rector de su ordenamiento jurídico constitucional. Tampoco en este caso es posible establecer un concepto único de tales agencias, pues ni existe un marco normativo general que las ampare, ni responden a intereses o fines homogéneos.
- c) En la Europa continental el análisis de las denominadas Administraciones independientes —«Autorités Indépendantes» —requiere de una contextualización que difiere netamente de la derivada del entorno anglosajón. Un concepto rígido de Administración Pública sometida a la dirección del poder ejecutivo y al control del parlamento (como ocurre en Francia, Italia o España) deja poco espacio para la gestión de asuntos públicos a través de fórmulas cuasiprivadas de participación. Y es por ello por lo que las «Administraciones independientes «que emergen de los años setenta distan mucho de ser efectivamente «independientes» y de responder a un proceso general previamente concebido para controlar sectores homogéneos.

Podríamos, tal vez, decir que en el viejo continente —con excepción del Reino Unido y países de raíz claramente anglosajona— las Administraciones independientes —autoridades, agencias, reguladores, etc.— se van creando tímidamente para regular y controlar mercados muy concretos. Con el paso del tiempo, la aparición de organizaciones supranacionales —como es el caso del Mercado Común Europeo, antecedente de la Unión Europea— y la apuesta por un espacio común económico y social, que no político, da pie a la proliferación de instituciones cuyo grado de autonomía supera la clásica jerarquía de la Administración Pública, a fin de gestionar intereses generales o colectivos que escapan a una dirección férrea e inmediata de los respectivos Gobiernos.

2.4.2. Su proyección en el derecho español

En opinión de Magide Herrero, las denominadas Administraciones independientes tienen difícil encaje en el articulado de la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 97 atribuye en exclusiva al Gobierno la «dirección» de la política interior y exterior, la administración civil y militar y la defensa del Estado. Ahora bien, el hecho de que no parezca contemplarlas tampoco significa que no puedan existir dentro del propio marco constitucional, siquiera con importantes límites, tanto en lo referente a su creación (grado jerárquico de la norma constitutiva), cuanto a su funcionamiento (en el contexto del axioma de división de poderes).

El antecedente más próximo de su existencia en el derecho patrio lo encontramos, según el mismo autor, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —derogada por las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre—, cuyo artículo 2.2 se refería a las «entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de una Administración Pública. Sin embargo, siendo su caracterización una categoría inicialmente vaga, su proclamación o reconocimiento legal definitivo se produce en el marco de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya disposición adicional 10 alude a determinados «organismos públicos» que se someten a un particular régimen jurídico —el previsto en su norma de creación— y sólo supletoriamente al general de la indicada ley.

Siendo lo anterior así, también lo es que no todos los organismos a que aludía tal disposición adicional responden a una misma filosofía funcional, pues, junto a organismos que son el germen de las actuales agencias reguladoras de los mercados en que intervienen —cual es el caso de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, creada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores—, se mencionan otras instituciones específicamente concebidas para dirigir determinados servicios públicos, sean de interés social —caso de RTVE— o de interés económico —cual es el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX)—, que no desarrollan una función esencialmente tuteladora de los diferentes intereses en juego.

Por lo tanto, aceptando, como corresponde hacerlo, que las Administraciones independientes son «organizaciones administrativas de carácter institucional, no representativas, que desarrollan funciones propias de la Administración», y gozan de cierta autonomía respecto del Gobierno o poder ejecutivo, no todas ellas responden a un mismo impulso, sino a una diferente tipología en atención, precisamente a las funciones para las que son creadas y les son encomendadas.

El elemento común que las vertebra es la autonomía funcional, el «cierto» distanciamiento en su organización y toma de decisiones respecto del poder ejecutivo o Administración estrictamente considerada como proyección de tal poder en la vida de los ciudadanos. A partir de ahí, existen notables diferencias entre ellas, siendo el objeto específico del presente capítulo el análisis de la última categoría —agencias u organismos reguladores— y, más en concreto, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

3. EVOLUCIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Nos centraremos únicamente en nuestros entornos más próximos: el europeo y el español.

3.1. En Europa (Unión Europea)

Las instituciones básicas son las siguientes:

- La Comisión Europea y, dentro de ésta, la Dirección General de Competencia, como órgano básico de defensa, asumiendo, incluso, funciones normativas e interpretativas del derecho europeo.
- El Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como órganos encargados de juzgar los comportamientos anticompetitivos, imponiendo, en su caso, las correspondientes sanciones.

Ello, sin embargo y como hemos dicho más arriba, no obsta a que los propios juzgados nacionales (los Juzgados de lo Mercantil, en España) asuman competencia directa para conocer de reclamaciones y demandas en materia de competencia y mercados, a consecuencia de la aplicación directa o de primer grado de las disposiciones derivadas de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión⁵.

⁵ A partir del Reglamento 1/2003, que sustituyó el sistema centralizado de notificación de acuerdos a través de la Comisión por el sistema de excepción legal directamente aplicable.

3.2. En España

A la hora de determinar la historia institucional española en materia de defensa de la competencia debemos reseñar dos etapas, bien entendido que nos referidos, en todo caso, a legislación estatal, salvando las singularidades propias de las comunidades autónomas —dentro de una noción de estado autonómico, cual es el nuestro— allí donde se ha dotado de organismos específicos de salvaguarda de la competencia —Cataluña, Galicia y Madrid, entre otras—.

Partiendo de tal premisa, los dos momentos a tener en cuenta son los siguientes:

- Anterior a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:
 - Servicios de Defensa de la Competencia (SDC), encargado de instruir los procedimientos iniciados, bien de oficio, bien a instancia de parte, como consecuencia de prácticas contrarias al Derecho de la Competencia; y
 - Tribunal de Defensa de la Competencia, en cuanto órgano administrativo, que no judicial, encargado de la resolución de las decisiones adoptadas por el Servicio. En cualquier caso, sus decisiones eran susceptibles de recurso contencioso-administrativo.
- Posterior a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:
 - Comisión Nacional de la Competencia, que aglutinaba los dos órganos administrativos anteriores, siguiendo el modelo comunitario de autoridad única con funciones instructoras y de resolución de conflictos en la materia —y cuyas resoluciones eran, igualmente, impugnables en vía contencioso-administrativa—.
 - La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no constituye en sí misma una nueva etapa institucional, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, sino un signo evolutivo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con afán de abarcar todos los sectores económicos.

En efecto, a medida que se han ido liberalizando en España los diversos segmentos de la actividad económica —desterrando los antiguos monopolios, tanto administrativos como fiscales, tan característicos de los dos primeros tercios del siglo xx— se han ido creando organismos públicos encargados de velar por la transparencia en el funcionamiento de tales segmentos y por la competencia efectiva entre los distintos operadores intervinientes. En un primer momento, asignándoles funciones de investigación y puramente tuitivas del correspondiente sector; más tarde, atribuyéndoles competencias de inspección y sanción. Sin perjuicio, en todo caso, de la competencia de los tribunales de justicia dentro de un esquema de separación de poderes, como es el nuestro.

Así, junto a la ya citada CNC, se crean, entre otros organismos: la comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), el Comité de Regulación Ferroviario (CRF), la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP), la Comisión Nacional de Juego (CNJ), la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria (CREA) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA), cuyas respectivas funciones huelga enumerarlas al resultar de la propia denominación de los mismos.

¿Cuáles con las razones que han impulsado al legislador de 2013 a aglutinar bajo una sola «marca» (CNMC) las funciones de todos los antedichos organismos? El propio preámbulo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, en torno a la cual gira este capítulo, da respuesta a tal interrogante: en primer lugar, para consolidar la seguridad jurídica y la confianza institucional (y lo explica así: «Cuanto mayor sea la proliferación de organismos

con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operadora y decisiones contradictorias en la misma materia»); en segundo lugar, por razones coyunturales de austeridad administrativa (mediante el aprovechamiento de «economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes...»); en tercer lugar, por dar una respuesta institucional al progreso tecnológico (evitando así «el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada»), y en cuarto lugar, por mimetismo con los cambios operados a nivel internacional y, en especial, en el ámbito europeo, con cita expresa del modelo holandés, que ha integrado bajo un solo «paraguas» —autoridad de la competencia— las diversas instituciones reguladoras de otros tantos sectores (con lo que «se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes»).

4. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

4.1. Naturaleza jurídica de la CNMC: personalidad e independencia

En la introducción al presente capítulo se pusieron de manifiesto cuatro de las características fundamentales de la CNMC. Nos referimos en este subapartado a dos de ellas: la referente a su condición de persona y la relativa a su independencia funcional, cuestiones ambas que han sido planteadas bajo el apartado II y en las que ahora profundizaremos.

a) Se trata de una persona jurídica o entidad de derecho público de las previstas en la disposición adicional décima de la antes citada en acrónimo LOFAGE, situándola, pues, en el mismo plano que instituciones tales como la Comisión Nacional de Mercado de Valores o, insistimos tan sólo entre otras, el Consejo de Seguridad Nuclear.

En su condición de entidad —que no de mero órgano administrativo— ostenta personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y de obrar en cualquier esfera, pública o privada, del ordenamiento jurídico. Así lo enfatiza el artículo 3 de la ley de creación.

Poco más merece la pena resaltar a propósito de esta primera nota al estar en exceso tratada, tanto por la doctrina científica⁶ como por la jurisprudencia, la diferencia entre las condiciones de «entidad» y de «órgano». Baste indicar al respecto que así como la primera carece de superior jerárquico —en tanto en cuanto agota en sí misma su personalidad y capacidad—, el segundo está integrado en una organización superior, siendo ésta la que asume la condición de persona (vg., un ministro respecto de la Administración General del Estado). Sentado queda el carácter de entidad, que no de órgano, de la CNMC.

b) Mayor interés ofrece el examen de la segunda nota a destacar: la de su independencia.

Es significativo destacar que en el plano «lege data» el legislador insiste en esta característica. Así, el propio Preámbulo de la ley alude a tal término en no menos de tres

⁶ G.^a DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ, T.R. (1989).

ocasiones (habla de la «existencia de organismos reguladores independientes» y de la previsión, a nivel de normativa europea «de autoridades reguladoras nacionales independientes»). No deja de ser, por tanto, corolario lógico de tal exposición dogmática que la parte orgánica de la norma de creación y, en particular, sus artículos 2 y 3 reproduzcan incesantemente la nota de independencia, la CNMC, la cual se proyecta en relación con una doble perspectiva: es independiente de cualquier agente de derecho público (Gobierno y Administración Pública en general) y es independiente de cualquier operador económico, público o privado o, lo que es lo mismo, «de cualquier interés empresarial o comercial». Es, consecuentemente, una entidad independiente en el sentido de no estar sometida a las presiones o control de poder ejecutivo ni, por propia definición, a las presiones de los agentes económicos que participan en los mercados sobre los que la CNMC ejerce sus funciones. Los únicos controles legalmente establecidos son el parlamentario y el judicial; pues, de una parte, y tan sólo a modo de ejemplo indiciario —pues volveremos sobre esto más adelante— el Congreso de los Diputados ha de ser informado de la propuesta de nombramiento de presidente de la Comisión, pudiendo aquél vetar dicho nombramiento (artículo 15 de la Ley) y, de otra, los actos que emanen de la Comisión serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo (artículo 35), correspondiendo su conocimiento a la Sala de lo contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

Con el propósito de reforzar esta nota de independencia de la ley de creación confiere a la CNMC «autonomía orgánica y funcional»; es decir, le atribuye «ad intra» la facultad de dotarse de los elementos orgánicos y de reparto funcional que mejor se adapte, a juicio de la propia entidad, al desarrollo de sus competencias.

Hasta aquí, lo que dice la ley. lo que debemos preguntarnos a continuación es si desde un punto de vista teleológico, más que normativo, en atención a los fines de la institución, se puede hablar «*lege ferenda*» de un organismo realmente independiente.

Sobre esta cuestión nuclear merece la pena destacar algunas de las más recientes reflexiones doctrinales. Ya de entrada hay que recordar que la OCDE instó al Gobierno español en 2009-2010 a «mejorar la independencia de [sus] organismos reguladores sectoriales⁷, que en el año 2011, como se ha señalado, empezaron a adquirir un tinte diferente. Sin embargo, son varios los autores que mantienen su escepticismo acerca de la independencia de tales organismos y no ya tanto porque Las Cortes (poder legislativo) diseñen su campo de juego —estableciendo su sometimiento a leyes presupuestarias, patrimoniales o de contratación de general aplicación a las entidades públicas— o porque sus actos y resoluciones sean susceptibles de impugnación antes los Tribunales de Justicia (poder judicial), pues a fin de cuentas son las reglas que derivan de un Estado de Derecho; sino, sobre todo, por su dependencia, si se quiere tan sólo orgánica, pero al fin y al cabo dependencia, respecto del Gobierno (poder ejecutivo).

Así, como dice el profesor Rubio Martín, «examine el lector su currículum y verá que no es precisamente “expertos independientes” en los mercados que supervisarán»; «... cero en credibilidad, que luego pasan al sector privado de las empresas reguladas». Postula, en fin, este autor por la dependencia respecto del Parlamento, y no del Ejecutivo, previo consenso por amplia mayoría; y no basta, en su opinión, con que los períodos

⁷ Informe sobre resultados de España en los indicadores de régimen de mercados de productos de la OCDE, 2009.

de nombramiento de los miembros de los organismos reguladores sean largos, sino que sería preciso, además, que el período de carencia para ejercer una función privada, tras el cese, fuera superior⁸.

Tampoco tienen mejor opinión Nuno Garoupa⁹, para quien «la tutela ministerial es absolutamente contraria a la independencia [de los organismos reguladores], o Martín Peña y Martín García¹⁰, que centran su crítica en el «alineamiento político de los miembros de los correspondientes consejos rectores, y Juan Luis Redondo¹¹, quien aboga por la designación de sus miembros más en atención a su currículum que a tal o cual afiliación política.

Por su parte, quizás en un tono menos crítico, se pronuncia el profesor García Macho, para quien demasiadas veces en épocas recientes las decisiones de las Autoridades independientes se han visto cuestionadas al presentarse desprovistas del suficiente consenso; sus decisiones se han presentado ante la opinión pública de manera que parecían atender más a requerimientos ajenos a la dinámica de los mercados y las necesidades de los usuarios, poniéndose en tela de juicio la credibilidad de estas instituciones. Para evitar este riesgo, concluye este autor, es preciso diseñar adecuadamente un procedimiento de elección y designación de los miembros de estos organismos escogiendo entre diversas posibles alternativas.

En suma, como se puede observar, la adscripción de los organismos reguladores a un determinado departamento ministerial (en el caso de la CNMC, fundamentalmente al actual Ministerio de Economía y Empresa, según lo establecido en el artículo 2.4. de la Ley) y, por ende, al Gobierno es constante objeto de controversia. Es verdad que trata de paliarse a través del «examen» de sus miembros por el Parlamento o del establecimiento de plazos de mandato que exceden de los estrictos cuatro años de que se compone una legislatura ordinaria; pero, con eso y con todo, no deja de haber razones para alimentar la suspicacia de que el Gobierno de turno, sea del signo que sea, procure que al frente de tales instituciones se encuentren personas afines —o más afines— a las líneas programáticas de aquél. Obsérvese, por ejemplo, a este respecto que, además de la adscripción al Ministerio de Economía y Empresa, también debe la CNMC atender a los «requerimientos» de otros departamentos, tales como el de Industria, Comercio y Turismo y el de Transición Ecológica (dictando las circulares de desarrollo y ejecución de los reales decretos y órdenes de su titular, en desarrollo de la normativa energética; artículo 7.36) o el de Fomento (en el ejercicio de funciones de control del sector ferroviario; artículo 8.7).

4.2. Régimen jurídico de la CNMC

Como quedó dicho en la Introducción, la CNMC fue creada como un organismo público «de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril». Esto, siguiendo al dictado lo que indica tal disposición adicional, significa lo siguiente:

⁸ Juan Rubio Martín: «Credibilidad e independencia en los organismos reguladores» (artículo publicado en el diario *El Economista* el 20 de septiembre de 2013).

⁹ Nuno Garoupa: «Análisis de la Ley de Economía Sostenible».

¹⁰ Martín Peña y Martín García (revista *¿Hay Derecho?* de 5 de febrero de 2012).

¹¹ Juan Luis Redondo (revista *¿Hay Derecho?* de 5 de marzo de 2012).

En primer lugar, que tiene un régimen jurídico singular, concreto, específico para garantizar su propia independencia y autonomía funcional. Tal régimen está integrado sustancialmente por:

- La Ley 3/2013, de 4 de junio, ya citada, de creación de la CNMC, modificada, en menor o mayor medida y entre otras disposiciones, por las Leyes 18/2014, de 15 de octubre y 38/2015, de 29 de septiembre, y, más recientemente, por el Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre.
- El Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

En segundo lugar, que, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica más que sus atribuciones específicas, le son de aplicación aquellas disposiciones generales que implican una disciplina interna de comportamiento en materias igualmente generales. Así:

- En materia presupuestaria, se rige por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- En materia patrimonial, se rige por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- En materia de personal, por el Estatuto básico del Empleado Público, de 7 de abril de 2007, y por el Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995, según los casos.
- En materia de contratación, por la Ley 9/2017, de 8 de septiembre, de Contratos del Sector Público.

Y, en tercer lugar, que se aplicarán con carácter subsidiario o de segundo grado, a falta de concreción de normas específicas (funcionamiento de órgano colegiado, principios generales sobre recusación y abstención de sus miembros, etc.):

- La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Disposiciones complementarias.

5. FUNCIONES DE LA CNMC

5.1. Planteamiento

Bajo el epígrafe anterior se han desarrollado dos de las cuatro notas características de esta institución, las concernientes a su naturaleza y su independencia.

Nos queda, pues, detenernos en las otras dos: esto es, la que justifica la existencia de organismos como el presente (el beneficio de los consumidores y usuarios) y la que garantiza —o procura garantizar— que se cumpla tal objetivo final (que el mercado sea transparente y no se produzca discriminación para los operadores económicos que intervienen en el mismo).

En el fondo, sin embargo, son notas inescindibles, que deben ser objeto de un tratamiento conjunto, en función precisamente de la cadena sin solución de continuidad existente entre los operadores del mercado —fabricantes, productores, distribuidores, etc., que desarrollan la labor comercial— y los destinatarios de sus productos —clientes y consumidores finales, en general—. Esta reflexión inicial nos lleva, en primer lugar, a acotar el concepto de «mercado»; y, en segundo lugar, a exponer las funciones que realiza la CNMC para garantizar el correcto funcionamiento de aquél.

5.2. Definición de mercado

Si nos atenemos a un sentido puramente gramatical, el Diccionario de la Real Academia Española nos ofrece varias acepciones del término, que van desde «el sitio público destinado para vender, comprar o permutar bienes y servicios» hasta una definición más genérica y a la vez virtual, tal como «conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio», o «conjunto de actividades realizadas libremente por los agentes económicos sin intervención del poder público». Son en realidad todas ellas complementarias, focalizando únicamente sus diferencias en el punto en el que se pone el acento (el lugar, el consumidor o el productor).

Por lo expuesto, cuando la Comisión Europea o las autoridades nacionales de la competencia se enfrentan al concepto de «mercado» y, más aún, de «mercado de referencia» no lo hacen a partir de un sentido unívoco del término, sino en atención a los diferentes procedimientos de aplicación de las normas de competencia y a las circunstancias de tiempo y lugar, pues, como dice la Comisión Europea¹², la diferente perspectiva temporal en cada caso puede conducir al resultado de que se definan distintos mercados para los mismos productos según sean examinados en el marco de un tipo de procedimiento u otro; pero esta disparidad se debe sólo al análisis del mercado en diferentes momentos, que no a la utilización de diversos criterios para definir el mercado.

Para no extendernos más de lo justo en relación con esta cuestión y apartarnos del principal contenido de este capítulo, baste decir que el «mercado», desde la perspectiva de las autoridades reguladoras de la competencia, viene predeterminado por dos nociones: la de «producto» (totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos...); y la «geográfica» (zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro y demanda de los productos y servicios de referencia...)¹³.

Y es en este campo de juego acotado en el que la CNMC y demás organismos reguladores europeos implementan sus atribuciones, como veremos a continuación.

5.3. Funciones de supervisión y control, consultivas y de resolución de conflictos

El propio preámbulo de la Ley 3/2013, de 4 de junio, hace una clasificación general de las funciones a asumir por la CNMC, diferenciando entre las que ejerce «en el conjunto de mercados» y las que ejerce «en determinados sectores y mercados regulados», justificándolo porque en estos últimos «la aplicación de la normativa de defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva».

Esta distinción obedece, en nuestra opinión, a diferentes factores, no necesariamente cumulativos, tales como proceder de una situación más o menos reciente de monopolio (sector postal), tratarse de sectores estratégicos (sector eléctrico) o concurrir circunstancias relacionadas con la seguridad (sector ferroviario), etc.; todas las cuales pueden aconsejar un tratamiento singular por parte de la CNMC, si bien orientado, en

¹² Comunicación de la Comisión Europea DOCE C/372/1997.

¹³ Reglamento 802/2004, de la Comisión Europea, de desarrollo del Reglamento 139/2004, del Consejo.

último término, a garantizar una competencia efectiva en el correspondiente sector económico.

A partir de este contraste entre unos y otros mercados (general y específicos), las funciones de la CNMC, que aparecen reflejadas en el capítulo II de la Ley de creación, se dividen en tres bloques:

a) De supervisión y control, velando por una competencia efectiva a través de la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y mediante la adopción de las correspondientes medidas y decisiones, a propósito de aquellas conductas que constituyen su ámbito objetivo de intervención:

a.1: Conductas colusorias (prácticas, decisiones o acuerdos interempresariales que impidan o puedan impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del territorio nacional).

a.2: Abuso de posición dominante (explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del territorio nacional).

a.3: Actos desleales (falseamiento de la libre competencia que afecte al interés público).

b) Consultivas, mediante informe a emitir en la elaboración de normas que incidan sobre la competencia. Puede, incluso, impugnar ante la jurisdicción competente (generalmente será la contencioso-administrativa) aquellas disposiciones de rango inferior a ley y actos administrativos que, en su opinión, puedan obstaculizar la competencia real y efectiva de los mercados.

Adicionalmente, esta función consultiva se extiende a la emisión de informes generales o específicos sobre comportamiento de los diferentes sectores del mercado, informes estos últimos que adquieren una singular importancia cuando sean solicitados por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cuando considere que determinadas operaciones pueden constituir una amenaza real en cuanto al suministro de electricidad, gas o hidrocarburos (disposición adicional novena de la ley de creación).

c) De resolución de conflictos, que puedan surgir entre operadores económicos y/o entre estos y otras entidades e instituciones intervinientes en el mercado o sector de que se trate.

Al margen de su intervención obligatoria en estos casos, también podrá actuar como órgano arbitral, en aquellas cuestiones que le sean sometidas por los operadores económicos, de acuerdo con lo establecido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

6. RÉGIMEN DE ACTUACIÓN Y POTESTADES

En este apartado, siguiendo la misma sistemática que postula la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación, examinaremos las concretas fórmulas de actuación a través de las cuales la CNMC desarrolla o despliega el efectivo ejercicios de sus básicas funciones, que, recordemos, son de «supervisión y control», «consultivas» y «de resolución de conflictos» y que, a su vez —y por circunscribirnos únicamente al Consejo— se hacen efectivas en el seno del Pleno o de sus Salas (de Competencia, para asuntos generales; y de Supervisión regulatoria, para asuntos específicos por razón del sector estratégico de que se trate)¹⁴.

¹⁴ Aunque el término «supervisión» se refiera a una función y a una de las Salas del Consejo (la de Supervisión Reguladora) no significa que aquélla sea una función exclusiva de ésta.

Cuatro son las facultades/potestades previstas en el capítulo IV de la Ley: inspectora, requisitoria, sancionadora y normativa.

1.ª Facultad de inspección:

Aquella facultad que permite al personal de la CNMC «debidamente autorizado por el director correspondiente» inspeccionar a las empresas o asociaciones de empresas que sean objeto de una investigación.

En el ejercicio de esta facultad, dicho personal:

- Tendrá la condición de agente de la autoridad.
- Podrá acceder a cualquier local en que se desarrolle la actividad investigada, incluyendo domicilios particulares de los empresarios, administradores o personal al servicio de tales empresas.

Será necesaria autorización judicial —no de los juzgados penales, sino de los contencioso-administrativos— sólo en los casos de oposición de la entidad investigada y, además, se puedan ver afectados derechos fundamentales (el plazo que establece la ley para otorgar esta autorización es muy breve: 48 horas).

- Podrá verificar cualquier documento, incluidos los programas informáticos y retenerlos en su poder por un plazo máximo de diez días.
- Podrá solicitar explicaciones adicionales sobre hechos, documentos, etc., objeto de examen o verificación.
- Deberá extender acta de las diligencias practicadas, con el carácter de documento público y fuerza probatoria «*iuris tantum*».

2.ª Facultad de requerimiento de información:

Es, por razones obvias, una facultad consecuente con la anterior y no precisa de un especial desarrollo.

Baste decir que, desde la perspectiva del sujeto pasivo requerido, puede ser cualquier persona física o jurídica y no exclusivamente las empresas o asociaciones de empresas objeto del expediente de investigación abierto.

3.ª Potestad sancionadora:

En el ejercicio de esta potestad y al igual que ocurre en el ámbito de cualquier rama del derecho de alcance punitivo, la ley garantiza la debida separación entre la fase de Instrucción —que habrá de corresponder a la dirección competente por razón de la materia— y la fase de resolución del expediente o sancionadora, propiamente dicha, que sólo corresponde al consejo, ya sea en pleno o en sala.

4.ª Facultad normativa:

Esta facultad, que está residenciada en el consejo, aunque es susceptible de delegación en el presidente, se desdobra en tres instrumentos normativos o «pseudonormativos»: circulares, circulares informativas (requerimientos de información) y comunicaciones.

7. REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LA CNMC

7.1. Planteamiento

En apartados anteriores se ha puesto de manifiesto la intervención, de mayor o menor grado o intensidad, de los poderes públicos y más en especial del poder ejecutivo (Gobierno/Administración Pública directa) y del poder legislativo (Congreso de los Diputados) en la dirección y control de las administraciones «independientes» y, más puntualmente, de los organismos reguladores, como es el caso de la CNMC.

En el presente, nos centraremos en el control jurisdiccional de la actuación de esta tipología de entes.

Como dice Magide Herrero, el fundamento de la limitación de la intensidad del control judicial del ejercicio por la administración —y más aún si se trata de administraciones independientes— de potestades discrecionales es doble. En primer lugar, un fundamento de tipo competencial, habida cuenta de que se refiere a las competencias que caracterizan la posición institucional de la Administración [frente] al poder judicial. En segundo lugar, un fundamento basado en la naturaleza extrajurídica de los criterios en los que se apoya la decisión discrecional que se adopta por la administración.

Consecuentemente, según el mismo autor, la fiscalización jurisdiccional de la actuación administrativa discrecional deberá ceñirse al control de sus elementos reglados y a la comprobación de que se ha hecho un uso jurídicamente correcto de la discrecionalidad.

Dicho en otras palabras, si por actividad discrecional se entiende aquella actividad administrativa que goza de un cierto margen extrajurídico a la hora de resolver una cuestión o petición concreta (interviniendo criterios de conveniencia o de oportunidad o criterios técnicos en la decisión que se adopta), los mecanismos de control judicial de dichas decisiones deben limitarse a los tres siguientes: verificación de los hechos determinantes del ejercicio de la potestad; conformidad de la decisión con los principios generales del derecho; y coherencia de la decisión tanto con los hechos determinantes como con el fin o fines que la justifican, impidiendo que tal decisión discrecional sea una decisión arbitraria, y por ende, contraria a derecho.

7.2. En especial, la revisión por el poder judicial de los actos, decisiones y resoluciones de la CNMC

Como vimos, los actos que emanen de la CNMC serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo, correspondiendo su conocimiento a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Por tanto, los actos en cuestión agotan la vía administrativa, sin que sean susceptibles de previo recurso de reposición, a menos que se trate de actos que emanen de órganos de la CNMC distintos del presidente y del consejo. En los casos en que sea posible el recurso de reposición, el órgano competente para su conocimiento y resolución es el ministro de Economía y Empresa.

No existen, por lo demás, especiales requisitos que no sean los generales que se establecen para la admisión y tramitación de cualquier recurso contencioso-administrativo: por tanto, se seguirá el procedimiento general, salvo que se alegue la conculcación de derechos fundamentales en cuyo caso se seguirá el procedimiento especial previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley Jurisdiccional Contencioso-Administrativa.

Con relación a la posibilidad de suspensión del acto de la CNMC, el tribunal deberá ponderar de forma circunstanciada el perjuicio alegado por el solicitante, así como el interés público relativo al desenvolvimiento del sector regulado en cada caso, ya que la medida cautelar solo podrá acordarse cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Por último, como ha puesto de manifiesto la profesora Navarro Rodríguez, citando también a Ariño Ortiz, se torna imprescindible la constitución de salas especializadas en el Tribunal Supremo y en la Audiencia Nacional, para juzgar materias de regulación económica y sectorial, siendo lógica consecuencia de lo anterior una formalización especialización de los jueces en estas materias.

8. CONCLUSIONES Y JUICIO CRÍTICO

No resultaría apropiado aprovechar este espacio final para discutir el contenido y alcance de diversas resoluciones de la CNMC que, por recientes, se encuentran en fase prejudicial o judicial y que nos incumben particularmente a algunos de nosotros en el quehacer ordinario de los cargos y funciones que circunstancialmente ocupamos y ejercemos.

Por ello, a la hora de trazar las conclusiones que derivan del presente trabajo, debemos hacerlo con la máxima objetividad exigible y preguntarnos, al fin y al cabo, por las principales ventajas y debilidades de esta Institución. Y así:

a) En lado positivo:

- Nos encontramos en presencia de una organización especializada, cuyas funciones se concentran en la salvaguarda de la competencia. Y, si lo es desde la perspectiva institucional, también se predica respecto de la formación exigible tanto a los miembros del consejo como al personal directivo encargado de instruir los correspondientes expedientes.
- La integración en una sola comisión de las diversas instituciones que funcionaban hasta ese momento con similares atribuciones en los ámbitos de la competencia y regulación sectorial (CNC, CNE, CMT, CRF, CNSP, CNJ, CREA y CEMA, según vimos más arriba) contribuye a generar una corriente doctrinal uniforme, evitando con ello una previsible existencia —si no proliferación— de criterios interpretativos diferentes en cuestiones similares, aunque afectaran a distintos sectores. Lo cual, obviamente, no debe estar reñido con posibles pareceres discrepantes (se expresen o no a través de votos particulares) en la toma de decisiones.
- Las potestades que se le atribuyen para el mejor ejercicio de sus funciones, en especial la potestad de inspección, favorecen un grado de autonomía suficiente para corregir o sancionar conductas lesivas para los mercados en que interviene; si bien es cierto que sigue precisando autorización judicial para actuaciones que puedan interferir en derechos fundamentales de las personas.

b) Y en el lado negativo:

- La falta de independencia administrativa sigue siendo, probablemente, el principal «caballo de batalla» que tiene ante sí. Su adscripción a un ministerio determinado —actualmente el de Economía y Empresa— resta credibili-

dad a la institución. Se debe, sin embargo, reconocer un cierto esfuerzo para paliar sus efectos, tal como el previo examen de los miembros del consejo en la correspondiente comisión del Congreso de los Diputados, hasta el punto de la capacidad de veto que a ésta se atribuye, el establecimiento de un plazo de mandato diferente del calendario electoral general o el establecimiento de un «régimen de rotación» a aprobar por el Pleno de la propia Comisión que garantice que no haya una permanente adscripción de ningún Consejero a una sola de las Salas y que la rotación no se produzca en bloque para cubrir todos los puestos vacantes de una de las Salas.

- Íntimamente vinculada a la anterior, la posible «politización» de sus decisiones constituye otra de sus debilidades más significativas. En este caso no nos referimos tanto a la institución como tal, sino a los miembros del consejo, en tanto en cuanto su nombramiento —al igual que el de los integrantes de otros organismos igualmente criticados por ello, como es el caso del Consejo General del Poder Judicial— generalmente deriva de una significación política más o menos afín con los grupos políticos con capacidad de «propuesta».
- Si antes decíamos que puede considerarse como ventaja que un solo organismo regulador aúne la doctrina a aplicar en los diferentes mercados, también constituye un riesgo, dentro de un mercado globalizado especialmente a nivel europeo, que sus criterios no se compadezcan con los de institutos similares de nuestro entorno en una materia, sin embargo, común a todos ellos. Esta eventual disparidad —se insiste en que se trata de un riesgo, que no de una realidad constatable— podría llevar a las autoridades europeas a considerar conveniente asumir, a través de un organismo único, las atribuciones tuitivas y sancionadoras de todos los mercados, con la consiguiente merma de las particulares consideraciones que, ya por razones de sector, ya por razones geográficas, merezca la pena tener presentes en cada caso.
- Es legítima, además de legalmente exigible, la actitud del organismo regulador frente a empresas procedentes de una situación de monopolio. Pero, siendo ello así, también habrá de serle exigible una consideración singular sobre dicho origen, compatibilizando su doble función de salvaguarda de competencia y supervisión con una visión temporal razonable que impida romper de forma traumática con una génesis, igualmente legítima de dominio en el mercado de que se trate.

Finalmente, y a modo de síntesis —pues en puridad no constituye un juicio favorable o desfavorable—, ha de exigírsele un grado máximo de responsabilidad y mesura en el ejercicio de sus funciones, capaz de generar la necesaria confianza en la institución. Lo digo porque ha de ser consciente de que en no pocas ocasiones sus resoluciones sancionadoras han sido, y pueden serlo a futuro, revocadas por los tribunales de justicia, reduciendo o, incluso, anulando en su integridad la sanción impuesta¹⁵; lo cual, sin embargo, no llega a constituir argumento suficiente para resarcir los daños, tanto reputacionales, de imagen y marca, como económicos, derivados de aquella originaria resolución.

¹⁵ Según informe de la CNMC, del que se hace eco el diario *El País* (7 de enero de 2019), la Audiencia Nacional anuló el 65 % de las sanciones impuestas por la CNMC en 2017.

9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARIÑO ORTIZ, G. y DE LA CUÉTARA, J.M. (2012): Regulares sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión: Working Paper.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ T.R. (1989): *Curso de Derecho Administrativo*: CIVITAS.
- MAGIDE HERRERO, M. (2000): *Límites constitucionales de las administraciones independientes*: INAP.
- MARTÍN PEÑA, M. y MARTÍN GARCÍA, A. (2012): Artículo publicado en la revista *¿Hay Derecho?*
- MORALES PLAZA, A.; PARDO GONZÁLEZ, M. y RODRIGO LAVILLA, J. y VARIOS (2010): *Tratado del Sector Público Estatal: La Ley*.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (2013): La nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Naturaleza, régimen jurídico de dependencia (parte I); *Revista General de Derecho Administrativo*, 34, Editorial Iustel.
- ORTIZ BLANCO, L.; MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.; IBÁÑEZ COLOMO, P.; LAMADRID DE PABLO, A. (2008): *Manual de Derecho de la Competencia comunitario y español*: Tecnos.
- RALLO LOMBARTE, A. (2002): *La constitucionalidad de las administraciones independientes*: Tecnos.
- REDONDO, J.L. (2012): Artículo publicado en la revista *¿Hay Derecho?*
- RUBIO MARTÍN, J. (2013): Credibilidad e independencia en los organismos reguladores, *El Economista* (20 de septiembre de 2013).

COMPETENCIAS DE LA CNMV EN RELACIÓN CON LAS OFERTAS PÚBLICAS DE ADQUISICIÓN

José Ramón del Caño Palop

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES CON CARÁCTER PREVIO A LA AUTORIZACIÓN DE LA OFERTA. 2.1. Anuncio de la oferta. 2.2. Dispensa de OPA. 2.3. Control de los supuestos excluidos de la obligación de presentar una oferta pública de adquisición. 2.4. Solicitud de autorización y admisión a trámite. 2.5. Folleto explicativo. 2.6. Examen de la contraprestación ofrecida. 2.6.1. Actuación según los distintos tipos de contraprestación. 2.6.2. Contraprestación en el caso de OPA obligatoria («precio equitativo»). 2.6.3. Contraprestación en el caso de OPA voluntaria. 2.6.4. Contraprestación en el caso de OPA de exclusión. 2.7. Examen de las garantías de la oferta.—3. AUTORIZACIÓN DE LA OFERTA. 3.1. Potestad reglada o discrecional. 3.2. Órgano competente. 3.3. Plazo para conceder o denegar la autorización y silencio administrativo. 3.4. Reglas procedimentales en el caso de ofertas multijurisdiccionales. 3.5. Notificación de la resolución. 3.6. Recursos. 3.7. Autorización de las ofertas competidoras.—4. SUPERVISIÓN DEL PROCESO UNA VEZ AUTORIZADA LA OFERTA. 4.1. Control de la publicación. 4.2. Control de las limitaciones de la actuación del órgano de administración de la sociedad afectada. 4.3. Control de las medidas de neutralización. 4.4. Informe del órgano de administración de la sociedad afectada. 4.5. Ampliación del plazo de aceptación de la oferta. 4.6. Modificación de la oferta. 4.7. Desistimiento de la oferta. 4.8. Control del proceso de aceptación. 4.9. Control del mercado durante el período de aceptación. 4.10. Publicación del resultado de la oferta. 4.11. Cumplimiento de las limitaciones derivadas del resultado negativo de las OPAS voluntarias. 4.12. Intervención en relación con las compraventas forzosas.—5. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE OPAS. 5.1. Infracciones y sanciones administrativas. 5.2. Suspensión de derechos políticos. 6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La oferta pública de adquisición de valores mobiliarios podría ser simplemente una oferta pública de adquisición formulada de manera libre por quien estuviera interesado en su compra, pero la circunstancia de que determinados valores mobiliarios, como son las acciones, permiten influir en la gestión de las sociedades cotizadas, y que no es indiferente para los socios quién lleve a cabo tal gestión, ha determinado que en numerosos ordenamientos este tipo de ofertas se produzcan de una manera ordenada y controlada con objeto de garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales de esta figura, que, básicamente, son: la protección de los accionistas minoritarios y la igualdad de trato de todos los accionistas, principalmente, a través del reparto de la denominada «prima de control», que, en otro caso, iría a parar únicamente al socio que, disfrutando del control, lo «vende» obteniendo un beneficio.

Al no ser, por tanto, un proceso libremente configurado por los particulares y suponer, en determinados casos la obligación de presentar la oferta, es necesario que intervenga un organismo que garantice el cumplimiento de la mencionada obligación, cuando así se establezca, y que el proceso de oferta discurra de acuerdo con las reglas al efecto previstas.

Pues bien, en España el control de las ofertas públicas de adquisición se ha encomendado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), que tiene una participación decisiva en relación con las mismas, puesto que interviene en todos sus trámites, de manera que la voluntad del oferente pone en marcha el procedimiento, pero, no influye en su configuración y desarrollo, ni siquiera en los supuestos de las denominadas «ofertas voluntarias».

Hasta la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en España no existía un marco jurídico con rango legal que regulara las OPAS y, en el artículo 60 de la misma, se estableció un sistema OPA obligatoria «a priori», es decir, como cauce para la adquisición del control.

Con este sistema de OPA a priori se venían a reforzar las facultades de la CNMV en el momento de la aparición de un nuevo organismo que iba a supervisar los procesos de toma de control empresarial, y a asegurar la vigilancia administrativa en un mercado de adquisición de empresas que todavía estaba poco maduro.

Este enfoque de la normativa sobre OPAS cambió de manera radical como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2004/25/CE sobre Oferta Pública de Adquisición que, tras una larga tramitación, se decantó por un sistema de OPA a posteriori y total, en línea con los previsto en otros Estados miembros de la Unión Europea. Como consecuencia de la Directiva, se modificó el régimen español empezando por el capítulo V del título IV de la LMV (arts. 60 a 60 quáter y 61, actualmente, arts. 128 a 137 del RDLegis. 4/2015), y se desarrolló por el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.

Con este nuevo régimen, la CNMV continúa desarrollando importantes funciones en relación con las OPAS, aunque esta intervención se ve matizada en la OPA a posteriori, en la medida en la que la autorización de la OPA ya no es un requisito para la adquisición de una participación significativa o de control de una sociedad, si no que la solicitud de la autorización es consecuencia de haber adquirido la participación significativa. No obstante, su intervención es fundamental supervisando que todo el proceso se desarrolle de acuerdo con las previsiones de la nueva normativa, que sigue orientada a la protección de los accionistas minoritarios.

Por último, y también con carácter introductorio, conviene decir que no teniendo este estudio por objeto el examen del procedimiento de la oferta, sin embargo, tal procedimiento se irá viendo necesariamente reflejado a lo largo de la exposición como consecuencia del examen de las distintas facultades atribuidas a la CNMV en sus distintos trámites.

2. INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES CON CARÁCTER PREVIO A LA AUTORIZACIÓN DE LA OFERTA

2.1. Anuncio de la oferta

El primer trámite de la OPA viene constituido, actualmente, por el anuncio de la misma, anuncio que resulta obligatorio tanto si la OPA es voluntaria como si es obligatoria (art. 16.1 y 2 RD 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición —RD 1066/2007—). En el primer caso el anuncio de hacerse tan pronto como se haya adoptado la decisión de formular la oferta y, en el segundo, cuando se haya producido la toma de control en el sentido establecido en los artículos 3 o 7 del RD 1066/2007.

La CNMV, en relación con este trámite, procederá, en primer lugar, a suspender la cotización del valor cuando se le haya advertido de la próxima presentación del anuncio de la OPA y, una vez hecho público el anuncio, procederá al levantamiento de la suspensión cuando se haya asegurado suficientemente la difusión de la información¹.

Lógicamente, la CNMV comprobará que el contenido del anuncio se ajusta a lo previsto en la normativa aplicable que, además de lo previsto en el artículo 16 del RD 1066/2007, está constituido por la Circular 8/2008, de 10 de diciembre, por la que se aprueban los modelos a los que deberán ajustarse los anuncios y las solicitudes de autorización de las ofertas públicas de adquisición de valores.

Pero además, el contenido del anuncio, según se indica en la Norma 1.^a de la Circular 8/2008, debe reunir la cualidades lógicas de ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño, y debe redactarse de forma que resulte fácil su análisis y comprensión. Todas es cualidades del anuncio requerirán un examen previo por parte de la CNMV, aunque no esté formalmente previsto, puesto que de esta manera se evitará que, como consecuencia de algún requerimiento de la CNMV, se tenga que repetir o corregir el anuncio originando, sin duda, confusión en el mercado.

Es muy relevante, en relación con el anuncio de la OPA, que se haga en el momento previsto en la norma, es decir, tratándose ofertas voluntarias, tan pronto como se haya adoptado la decisión de formularlas, si bien se matiza que «siempre que se haya asegurado que se puede hacer frente íntegramente a cualquier contraprestación en efectivo o previa adopción de todas las medidas razonables para garantizar el cumplimiento de cualquier otro tipo de contraprestación», para evitar que se puedan anunciar ofertas que, en la práctica, no sean viables, con el consiguiente perjuicio para el mercado.

En el caso de ofertas por haberse producido una «toma de control», el anuncio debe producirse cuando se haya producido ese supuesto (por ejemplo, en el momento en el que se haya adquirido una participación superior al 30 % del capital social de la sociedad afectada), pero en el anuncio de haberse producido uno de esos supuestos de «toma de control» debe hacerse referencia a la intención de lanzar la OPA o, en su caso, a la intención de solicitar una dispensa, cuando resulte procedente, o a la intención de reducir la participación por debajo del umbral que le obligue a formular la oferta, en aquellos casos de tomas de control indirectas o sobrevenidas en que esto es admisible.

La remisión que el artículo 16 del RD 1066/2007 realiza al artículo 82 de la LMV debe entenderse realizada, en la actualidad, a los artículos 7 y 17 del Reglamento (UE) 596/2014, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre Abuso de Mercado o RAM) y a los artículos 226 y siguientes de la LMV (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, tras las últimas modificaciones operadas por Real Decreto-Ley núm. 19/2018, de 23 de noviembre).

En definitiva, en relación con este primer trámite de la OPA, la CNMV velará tanto por que el contenido del anuncio tenga el alcance y cualidades indicados como por que se lleve a cabo en el momento oportuno.

¹ Bajo el régimen del RD 1197/1991 (art. 13), la suspensión de la cotización debía acordarse necesariamente por la CNMV cuando se recibiera la solicitud de autorización y se mantenía hasta la publicación de los anuncios de la OPA, una vez autorizada, pero hay que recordar que en aquel momento la tramitación de las OPAS, por las características que entonces tenían, se solían tramitar en un plazo mucho más breve que el que actualmente prevé el RD 1066/2007.

2.2. Dispensa de OPA

La obligación de lanzar una OPA surge, en la actualidad, como consecuencia de haberse alcanzado el control de una sociedad, cosa que se considera que se obtiene cuando se dispone del 30 por ciento o más de los derechos de voto de una sociedad cotizada o, cuando habiéndose alcanzado una participación inferior, se hayan designado en los 24 meses siguientes a más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad afectada.

Sin embargo puede suceder que, aun habiendo adquirido una participación superior al 30% del capital social, no se disfrute del control porque haya alguien que, individual o concertadamente, lo disfrute. Pues bien, para estos casos, el RD 1066/2007 (art. 4.2) contempla la posibilidad de dispensa de la obligación de lanzar la oferta. Es decir, existirá la obligación de lanzar la OPA pero puede solicitarse la dispensa.

La dispensa debe solicitarse a la CNMV, debiendo el solicitante notificarlo al mismo tiempo a la sociedad afectada, que dispondrá de un plazo de tres días hábiles para formular alegaciones. En el plazo de diez días hábiles a contar desde la solicitud —o desde la presentación de los documentos e informaciones que sean requeridos—, la CNMV comunicará su decisión motivada al interesado y a la sociedad afectada y la hará pública a través de su página web.

La decisión de la CNMV, que pudiera parecer un acto «automático» por la terminología del RD 1066/2007 («la CNMV dispensará de la obligación de formular la oferta ...»), es, en realidad, un acto reglado o no discrecional, y que, además, como se ha dicho, debe ser motivado, de manera que tendrá que conceder la dispensa si se produce la situación de hecho descrita en la norma. Así lo entendió también el Consejo de Estado en su Dictamen de 26 de julio de 2007. La denegación de la dispensa sucederá cuando quien la solicite hubiera entendido, de buena fe y en base a las informaciones públicas disponibles, que iba a tener derecho a la misma, pero puede suceder que las informaciones públicas luego resulten inexactas o que hubieran variado. No parece, sin embargo, admisible y constituiría un abuso de derecho, solicitar la dispensa sin fundamento y con el único fin de aplazar el lanzamiento de la OPA o de reservarse la posibilidad de evitarla mediante la reducción de la participación.

La dispensa se condicionará a que quien ostente una participación igual o superior a la del potencial obligado no rebaje su participación por debajo de la ostentada por el accionista que hubiese sido dispensado o a que éste no designe a más de la mitad de los miembros del Consejo de Administración. Si sucediera cualquiera de estas dos cosas, quien hubiera obtenido la dispensa estará obligado a formular una OPA, salvo si, en el plazo de tres meses, enajena el número de valores necesario para reducir el exceso de derechos de voto sobre el porcentaje señalado o resuelve el pacto parasocial, acuerdo, o concierto en cuya virtud se hubiera alcanzado tal porcentaje y, siempre que durante ese período no ejerza los derechos de voto que excedan de tales porcentajes.

2.3. Control de los supuestos excluidos de la obligación de presentar una oferta pública de adquisición

Además de los supuestos de dispensa que se acaban de mencionar, se puede hacer referencia a los supuestos en los que, con arreglo a la norma, se excluye la obligación de formular una OPA obligaría cuando se ha alcanzado el control, puesto que, en algunos

casos, se atribuyen facultades específicas a la CNMV, aunque, en los demás, cabe entender que ejercerá un función genérica de control de la concurrencia efectiva del supuesto de exclusión de la obligación.

Los supuestos de exclusión de la obligación de formular una OPA obligatoria en caso de alcanzarse el control están recogidos en el artículo 8 del RD 1066/2007 y, resumidamente, son los siguientes:

- Las adquisiciones por el Fondo de Garantía de Depósitos y otras instituciones similares y las adjudicaciones que estos organismos realicen en cumplimiento de sus funciones.
- Las adquisiciones realizadas conforme a la Ley de Expropiación Forzosa y las que resulten del ejercicio de facultades de derecho público previstas en la correspondiente normativa.
- Los supuestos de unanimidad, es decir, cuando todos los titulares de los valores acuerden la venta o permuta de todos o parte de sus valores o cuando renuncien al régimen de OPA, pero, en estos casos esos titulares deben acordar, simultáneamente, la exclusión de la negociación de los valores.
- Las adquisiciones por conversión o capitalización de créditos en situaciones de crisis, siempre que se trate de garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad.
- Las adquisiciones gratuitas «mortis causa» y las «inter vivos» siempre que, en este último caso, el adquirente no haya adquirido acciones en los 12 meses anteriores y no medie acuerdo con el transmitente.
- Cuando el control se haya alcanzado tras una OPA voluntaria por la totalidad de los valores, si se dan alguna circunstancias.
- En caso de fusión cuando, como consecuencia de la misma, se alcancen en la sociedad cotizada resultante el 30% de los derechos voto, siempre que no se hubiese votado a favor de la fusión en la junta general correspondiente de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control, sino un objetivo industrial o empresarial.

Pues bien, en estos casos no está prevista una especie de consulta previa a la CNMV por parte de quien se pueda ver afectado por la obligación de presentar una oferta, aunque lo normal será que así se haga con objeto de confirmar el supuesto de excepción y, en todo caso, evitar la apertura de un expediente sancionador en el que también se podría acabar demostrando la concurrencia de la excepción correspondiente. No obstante, parece que esa consulta previa resultará menos necesaria en los casos de adquisiciones por el Fondo de Garantía de Depósitos o entidades similares y en los casos de expropiación forzosa.

De los restantes supuestos enumerados, hay dos en los que sí está previsto un pronunciamiento expreso de la CNMV con carácter previo a la adquisición, que permite exceptuar la presentación de la oferta, pero también hay otros que implicarán ciertas actuaciones por parte de la CNMV.

Los dos supuestos para los que se prevé una actuación concreta de la CNMV son: (i) las adquisiciones resultantes de la conversión o capitalización de créditos en acciones de sociedades cotizadas cuya viabilidad financiera esté en peligro grave e inminente, con el fin de garantizar la recuperación financiera a largo plazo de la sociedad, y (ii) los casos de fusión, siempre que los accionistas favorecidos por la excepción no hubiesen votado a favor de la fusión en la junta general de la sociedad afectada y que pueda justificarse que la operación no tiene como objetivo principal la toma de control sino un objetivo

industrial o empresarial. En estos casos, la CNMV dispone de cierto margen de apreciación para decidir si resulta exigible o no la OPA (deberá pronunciarse sobre este extremo), atendiendo a la viabilidad financiera de una sociedad que esté en peligro grave e inminente, en el primer caso, o si, atendidas las circunstancias concretas de la fusión, prevalece el interés industrial o empresarial frente al interés de hacerse con el control de la sociedad resultante sin formular una OPA. En definitiva, en ambos casos, la CNMV debe valorar si el interés de los accionistas en que se formule una OPA debe ceder ante intereses superiores derivados de la recuperación financiera de la sociedad o del interés empresarial o industrial derivado de la fusión.

Por lo que se refiere a los otros supuestos que exigirán cierta actuación de la CNMV, cabe mencionar los siguientes.

En primer lugar, se pueden citar los supuestos en los que unánimemente los accionistas acuerden la venta total o parcial, puesto que habrá de acreditarse que realmente se ha producido esa unanimidad (en este sentido, parece conveniente que la junta general se haya celebrado con intervención de Notario), y que, además, se haya acordado la exclusión de la negociación de las acciones, puesto que, en otro caso, sí resultará obligatoria la formulación de la OPA.

En los casos de adquisiciones gratuitas deberá acreditarse que se han producido mortis causa o que, siendo inter vivos, el adquirente no ha adquirido más acciones u otros valores que puedan dar derecho a su adquisición o suscripción en los doce meses anteriores y que no medie acuerdo o concierto con el transmitente (acuerdo que, en definitiva, tendría por finalidad evitar la obligación de lanzar la OPA).

Mayor intervención de la CNMV requerirán, sin duda, las OPA voluntarias, puesto que, como tales OPAs, estarán sujetas al procedimiento de autorización por la CNMV y en su aprobación o evaluación del resultado podrá comprobar que la oferta ha sido formulada a un «precio equitativo» (de acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 del RD 1066/2007), o que ha sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 50% de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido oferta (excluyendo del cómputo los que ya obraran en poder del oferente y los que correspondan a accionistas que hubieran alcanzado algún acuerdo con el oferente relativo a la oferta).

Finalmente, otros supuestos excluidos de la obligación de formular OPA que requerirán algún examen o pronunciamiento por parte de la CNMV son los casos de excepciones a la OPA de exclusión regulados en el artículo 11 de RD 1066/2007, de acuerdo con el antiguo artículo 34 de la LMV, actual artículo 82 del TR de la LMV. Estos supuestos son los siguientes: a) cuando se den las condiciones previstas para el ejercicio de las compraventas forzosas (art. 47 RD); b) cuando todos los titulares de los valores afectados acuerden por unanimidad la exclusión de negociación con renuncia a la venta de sus valores en régimen de OPA; c) cuando se produzca la extinción de la sociedad mediante alguna operación en virtud de la cual los accionistas de la sociedad extinguida se conviertan en accionistas de otra sociedad cotizada; d) cuando se hubiera realizado con anterioridad una OPA por la totalidad del capital de la sociedad afectada en la que se hubiera manifestado la intención de excluir las acciones de negociación y, además, se justifique el precio mediante un informe de valoración, y se facilite la venta de la totalidad de los valores mediante una orden de compra, al mismo precio que el de la oferta, durante al menos un mes en el semestre posterior a la finalización de la oferta; y e) cuando la junta general de la sociedad que se vaya a excluir de cotización, acuerde un procedimiento que, a juicio de la CNMV, sea equivalente a la oferta pública porque asegure la protección de los legítimos intereses de los titulares de valores afectados por la exclusión.

2.4. Solicitud de autorización y admisión a trámite

Después del anuncio de la OPA debe presentarse formalmente la solicitud de autorización de la misma, que es el trámite con el que se inicia formalmente el procedimiento ante la CNMV.

Como consecuencia de la «toma de control» (OPA obligatoria) o de la intención manifestada públicamente de realizar una oferta voluntaria, surge el deber de solicitar la autorización de la CNMV. Por lo tanto, lo que el supervisor deberá comprobar es que esa solicitud se formula efectivamente, se formula en el plazo correspondiente y que reúne las exigencias formales previstas para el mismo.

El escrito de solicitud deberá contener las principales características de la operación y debe estar firmado por persona con poder bastante para obligar al a oferente, debiendo ajustarse al modelo que, en su caso, apruebe la CNMV, cosa que hizo por medio de la Circular 8/2008, de 10 de diciembre, por la que se aprueban los modelos anuncio y de solicitud de las OPAs de valores.

En la solicitud, básicamente, debe constar la concurrencia, en su caso, de un supuesto que dé lugar al nacimiento de la obligación de lanzar la oferta, la decisión de formular efectivamente la oferta, la indicación de la garantía que se aporta para la misma, la principales características de la oferta, con una información similar a la del anuncio previo, la confirmación de las informaciones incluidas en el anuncio previo y la solicitud formal de autorización de la oferta. A la solicitud se tiene que acompañar el folleto explicativo debidamente firmado y el resto de la documentación acreditativa correspondiente.

Esta documentación consistirá, básicamente, en: la documentación acreditativa del acuerdo o decisión de promover la oferta pública adoptado por la persona u órgano competente; la documentación acreditativa de la garantía de la oferta; las solicitudes de autorización o verificación administrativa de otros organismos que, en su caso, resulten procedentes; la documentación acreditativa del precio de la oferta e informes de valoración cuando corresponda; los certificados de legitimación acreditativos de la inmovilización de los valores de la sociedad afectada; y el modelo de los anuncios a publicar. En el caso de que el oferente sea una persona jurídica se deberá aportar la certificación de la constitución de la sociedad oferente y de sus estatutos sociales, y la auditoría de cuentas de los estados financieros de la sociedad oferente y de su grupo, correspondientes, al menos, al último ejercicio cerrado. La documentación acreditativa puede presentarse al tiempo de la solicitud o durante los siete días hábiles siguientes, como máximo.

En cuanto al plazo para presentar la solicitud de autorización es de un mes, desde la fecha en que se haya hecho pública la decisión de formular la oferta o, cuando se haya producido un supuesto de toma de control, durante el mes siguiente a la fecha en la que surja la obligación de formular la oferta (en el caso de tomas de control indirectas o sobrevenidas, el plazo es de tres meses desde la fecha en la que se produzca la toma de control).

Presentada efectivamente la solicitud, la CNMV procederá a revisar la misma y la documentación acreditativa y declarará, en su caso, su admisión a trámite, para lo que dispone de un plazo de siete días hábiles, pero contados desde que se haya completado toda la documentación necesaria. En el caso de que la CNMV no se pronuncie en el plazo indicado, se produce un supuesto de silencio positivo, de manera que la solicitud se entenderá admitida a trámite. La CNMV debe publicar en su página web, el mismo día

en el que tome la decisión, la admisión a trámite o, en su caso, la inadmisión con indicación de los motivos.

Se trata, como su denominación indica, de un trámite de admisión y no de una resolución denegatoria al final del procedimiento, de manera que si se produce la inadmisión el procedimiento, en realidad, no llega a iniciarse.

La inadmisión, de producirse, debe ser motivada por alguna de las causas tasadas que establece la norma y sólo debería producirse después de haber concedido un plazo de subsanación al solicitante (siete días hábiles). Las causas de inadmisión son tres (art. 17.4 RD 1066/2007):

- a) Que el folleto contenga errores esenciales o no incluya la información mínima prevista.
- b) Que falte la documentación acreditativa de la constitución de garantías o cualquiera de los demás documentos antes mencionados o que se presenten con errores o vicios graves.
- c) Que la solicitud incumpla de forma manifiesta lo dispuesto en el RD 1066/2007. Este motivo debe ser objeto de interpretación restrictiva, de manera que se debería considerar producido cuando se produzcan incumplimientos formales relevantes puesto que, en otro caso, lo que debería producirse es una denegación «de fondo» de la autorización.

No parece muy probable que se produzcan casos de inadmisión puesto que lo normal será que si se aprecian defectos en la solicitud o en la documentación acreditativa se vayan subsanando y se pase a la fase de tramitación de la autorización. Ahora bien, si se acuerda la inadmisión, al solicitante le cabría la posibilidad de empezar de nuevo con una nueva solicitud pero, en el caso de un supuesto de OPA obligatoria, la inadmisión sería equivalente a que no se hubiera presentado la solicitud de autorización en plazo y, por lo tanto, habría que pensar en la procedencia de la aplicación de las facultades sancionadoras correspondiente (realmente, en un supuesto de OPA obligatoria, sólo parece que pudiera llegarse a una decisión de inadmisión si el obligado a presentar la oferta está procediendo de mala fe y, por lo tanto, tratando eludir o retrasar el cumplimiento de su obligación).

En esta fase de admisión cabría plantearse el supuesto de desistimiento por parte del solicitante, al menos en los casos de ofertas voluntarias, y, con arreglo a las reglas del procedimiento administrativo común (art. 94.4 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), esto debería dar lugar a la aceptación «de plano» del desistimiento y a la conclusión del procedimiento, salvo que, habiéndose personado terceros interesados, éstos insten su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia. Sin embargo, en el caso de las OPAS, el desistimiento del solicitante no se rige por la normativa general sino que hay una regulación específica en el RD 1066/2007 (art. 33), de manera que sólo puede producirse por unas causas tasadas, que son distintas según se trate de ofertas voluntarias o de ofertas obligatorias, como se verá más adelante.

2.5. Folleto explicativo

No resulta oportuno realizar en este momento un examen detallado del folleto explicativo de la oferta, puesto que ello excede del propósito de este trabajo, pero sí se

puede llamar la atención sobre algunos aspectos relacionados con el mismo, que ponen de relieve determinadas facultades de la CNMV.

Ante todo, debe destacarse que a la CNMV se le encomienda la comprobación de que el folleto explicativo contiene toda la información requerida por el RD, y que resulta respaldada por la documentación correspondiente, así como que a dicho folleto se acompaña la documentación específicamente requerida. De igual modo, ha de comprobar que la redacción del folleto se ha realizado de manera que resulte fácil el análisis y comprensión de su contenido, con objeto de que cumpla de forma adecuada su cometido informativo. Precisamente para ello, el RD faculta a la CNMV para exigir al oferente que incluya en el folleto cuanta información adicional estime necesaria y que aporte la documentación complementaria que entienda conveniente.

Pero, además, la CNMV puede incluir en el folleto advertencias y consideraciones que faciliten su análisis y comprensión. Precisamente por ello, al detallarse en el Anexo del RD el contenido del folleto, contempla la existencia de un apartado introductorio y de «advertencias si la operación lo requiere». No se trata de que la CNMV pueda aconsejar la aceptación o el rechazo de la oferta, sobre lo que evidentemente debe mantenerse al margen, sino de promover la mayor transparencia de la información y de facilitar el análisis y comprensión de la misma. Esta facultad de incorporar advertencias al folleto informativo de la oferta no es más que una manifestación de la función que se encomienda a la CNMV de promover la difusión de cuanta información sea necesaria para la consecución de sus fines de velar por la transparencia del mercado, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores, lo que lleva a que, según el actual artículo 240.2 de la LMV, la CNMV puede publicar avisos y puede requerir, por escrito o verbalmente, a las personas y entidades sometidas a su supervisión, que hagan pública de manera inmediata la información que estime pertinente sobre sus actividades relacionadas con el mercado de valores o que puedan influir en éste, y, de no hacerlo directamente los obligados, lo puede hacer la propia CNMV.

Asimismo, si una vez publicado el folleto se produjera alguna circunstancia que exija la incorporación de informaciones o datos adicionales, el oferente podrá aportarlos mediante un suplemento del folleto, que podrá requerir la CNMV que se aporte si no se realiza de manera voluntaria.

También se atribuye a la CNMV la facultad de eximir de la obligación de incluir en el folleto algunas de las informaciones exigidas con carácter general, cuando no estén a disposición del oferente y siempre que no afecten a hechos o circunstancias esenciales para formarse un juicio fundado sobre la oferta. En este sentido, debe tenerse en cuenta que algunas informaciones de las contenidas en el folleto no se refieren al oferente sino a la sociedad afectada por la oferta y que pueden no ser conocidas por aquél. Como casos en los que podría plantearse esta dispensa pueden citarse aquellos en los que tratándose de oferentes que sean sociedades de nueva creación, no exista todavía información económico-contable de las mismas, por lo que debería aportarse la información disponible que, en la mejor manera posible, pueda cumplir esta función; aquellos en los que, también por tratarse de sociedades de reciente creación, todavía no hayan sido sus cuentas sometidas a auditoría, por lo que, lógicamente, no podrán ser aportadas (aunque si, tanto en este caso como en el anterior, se trata de sociedades pertenecientes a un grupo, la información económico-financiera, así como las auditorías, podrían referirse al grupo y, en consecuencia, aportarse), o aquellos en los que ofreciéndose como contraprestación valores no emitidos por el oferente, éste no disponga de información acerca de la sociedad emisora, siempre que ésta no colabore proporcionando la necesaria, si bien, debiendo tratarse siempre de valores admitidos a negociación, existirá la información

que necesariamente debe hacerse pública por las entidades emisoras de valores admitidos a negociación.

Por otra parte, la CNMV publicará en su página web, bien todos los folletos aprobados en los últimos doce meses, bien la lista de tales folletos, incluyendo, en su caso, un enlace con el folleto publicado en la página web del oferente (art. 22.4 RD 1066/2007).

Por último, en relación con el folleto, cabe mencionar que la CNMV está habilitada por el RD para aprobar modelos de folletos explicativos de las ofertas, pero, a diferencia de lo que ha ocurrido con los modelos de anuncio y solicitud de OPA (Circular 8/2008), la CNMV, hasta el momento, no ha hecho uso de esta facultad. Quizás a este respecto quepa destacar que el Anexo del RD 1066/2007, que recoge de manera muy detallada el contenido del folleto, hace que resulte poco útil la aprobación de modelos.

2.6. Examen de la contraprestación ofrecida

2.6.1. Actuación según los distintos tipos de contraprestación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 14 del RD 1066/2007, la contraprestación puede consistir en dinero o en valores y, dentro de este último supuesto, cabe distinguir entre valores ya existentes y valores por emitir, pero no se debe olvidar que, tratándose de OPAS obligatorias, el precio tiene que ser «equitativo», según lo previsto en el artículo 9 del RD, y ello da lugar a ciertas particularidades que se examinan más adelante.

Pues bien, si la contraprestación consiste en dinero, el supuesto es el más sencillo, puesto que el examen de la CNMV deberá centrarse no tanto en la contraprestación misma como en la existencia de una garantía adecuada, como se verá a continuación.

En el caso de que la contraprestación consista en valores ya existentes, la actuación de la CNMV tendrá por objeto comprobar que la permuta que se ofrece es clara en cuanto a la naturaleza, valoración y características de los valores que el oferente se propone dar en canje, que las proporciones en que ha de producirse la permuta son igualmente claras y que los valores ofrecidos en contraprestación están admitidos a negociación en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado en un Estado miembro de la Unión Europea. Asimismo, cuando la contraprestación consista en valores ya existentes, pero emitidos por entidad distinta de la oferente, debe aportarse información sobre la situación económico financiera de dicha sociedad, así como especificación de los derechos y obligaciones que incorporan los citados valores ofrecidos en canje y una valoración de los mismos realizada por experto independiente. Por otra parte, el oferente debe indicar el precio en efectivo equivalente que resulta de aplicar a la ecuación de canje la cotización media ponderada de los valores entregados en canje durante el trimestre anterior al anuncio previo de la oferta, correspondiendo a la CNMV la determinación de la cotización media ponderada de los valores entregados en canje.

Si lo que se ofrece como contraprestación son valores por emitir, pero todavía no existentes, la CNMV deberá comprobar, además de que la permuta propuesta es clara en cuanto a la naturaleza, valoración y características de los valores y que las proporciones en que ha de producirse son igualmente claras, que los valores a emitir lo son por la propia sociedad oferente, que su capital social está total o parcialmente admitido a negociación, que la emisión de tales valores se sujetará a verificación y registro por la propia CNMV, y que el órgano de administración de la entidad oferente, en la misma

sesión en que acuerde formular la oferta, ha acordado la convocatoria de la junta general que decidirá acerca de la emisión de los valores ofrecidos en contraprestación (aunque dicha convocatoria no será necesaria cuando el oferente acredite que tiene autorización de la junta general para llevar a cabo la emisión de dichos valores). Además, cuando los valores ofrecidos en canje no se encuentren admitidos a negociación en algún de mercados de valores, se debe aportar el informe de un experto independiente que determine el valor que les corresponde.

Por tanto, parece claro que, tratándose de permutas, el examen por la CNMV de la contraprestación ofrecida ha de ser mucho más minucioso, ya que la protección del inversor exige que no haya dudas acerca de lo que se le está ofreciendo en canje, y que lo que se le ofrece presenta unas características adecuadas en cuanto a la certeza de su valoración y a su liquidez.

La contraprestación ofrecida debe respetar, en todo caso, el principio de igualdad de trato de los titulares de valores que se encuentren en iguales circunstancias (art. 14.1 RD 1066/2007), razón por la cual la CNMV debe velar especialmente por el respeto de este principio. En particular, cabe mencionar el supuesto de que la oferta se dirija a valores de diferentes clases, como, por ejemplo, acciones, obligaciones convertibles y derechos de suscripción, puesto que, en estos casos, la contraprestación que ha de ofrecerse debe guardar la adecuada proporción en relación con las otras clases de valores, de manera que no se beneficie o perjudique a ninguno de ellos en relación con los demás.

En este sentido, con la finalidad de procurar la mejor protección a los accionistas y el respeto al principio de igualdad, existen determinados supuestos (art. 14.2 RD 1066/2007) en los que la oferta debe incluir, al menos como alternativa, una contraprestación en efectivo, equivalente financieramente, como mínimo, al canje ofrecido. Estos supuestos son los siguientes: (i) cuando el oferente haya adquirido en efectivo, en los doce meses previos al anuncio de la oferta, valores que confieran el 5% o más de los derechos de voto de la sociedad afectada; (ii) cuando se trate de una oferta obligatoria al haber alcanzado el control; y (iii) en caso de permuta si no se ofrecen en canje valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado de algún Estado miembro de la Unión Europea.

2.6.2. Contraprestación en el caso de OPA obligatoria («precio equitativo»)

En los casos de OPA obligatoria por haberse alcanzado una participación de control, el titular de esa participación debe hacer la oferta a un «precio equitativo», de acuerdo con lo que se entiende por tal en el artículo 9 del RD 1066/2007, de manera que, en estos casos, el papel de la CNMV es muy relevante, pues debe comprobar la concurrencia de los requisitos para que el precio pueda ser considerado equitativo, teniendo, además, la facultad de imponer su modificación, como se expone a continuación.

Sin entrar en el examen detallado de qué es lo que se entiende por «precio equitativo», puesto que excede del objeto de este trabajo, sí que conviene hacer una referencia a las reglas principales aplicables al mismo y a las facultades específicas atribuidas a la CNMV.

La regla principal en relación con el precio equitativo es la prevista en el apartado 1 del artículo 9 del RD 1066/2007, que supone que el precio no podrá ser inferior al más elevado que el oferente hubiera pagado o acordado por los mismos valores durante los doce meses previos al anuncio de la oferta, siendo, por tanto, ésta, una comprobación fundamental que debe realizar la CNMV.

Dentro de lo que se declare como precio más elevado pagado por el oferente, se debe tener en cuenta cualquier otro importe que se haya podido pagar como la prima en el caso de una opción de compra previa.

Cuando la OPA obligatoria deba formularse sin haberse producido previamente la adquisición por el oferente de acciones de la sociedad afectada en el período de doce meses antes referido, el precio equitativo no puede ser inferior al calculado conforme a las reglas de valoración establecida para las OPAS de exclusión, que se verá a continuación.

En todo caso, debe destacarse que el precio por acción es una de las menciones incluidas en la autorización de las OPAS por la CNMV.

En relación con las OPAs obligatorias y el «precio equitativo», la CNMV dispone de una facultad muy relevante que es la de modificar el precio calculado con arreglo a lo previsto con carácter general para este precio, cuando se produzcan algunas circunstancias especiales, que son:

- a) Que la cotización de los valores de la sociedad afectada en el período de referencia se haya visto afectada por el pago de un dividendo, una operación societaria o algún acontecimiento extraordinario que permita realizar una corrección objetiva del precio equitativo.
- b) Que la cotización de los valores de la sociedad afectada en el período de referencia presentase indicios razonables de manipulación, que hubieran motivado la incoación de un procedimiento sancionador por parte de la CNMV, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones correspondientes, y siempre que ya se hubiese notificado al interesado el pliego de cargos.
- c) Que el precio equitativo hubiera sido inferior al rango de cotización de los valores en el día de la adquisición determinante de dicho precio, en cuyo caso el precio de la oferta no podrá ser menor que el límite inferior de dicho rango.
- d) Que el precio equitativo corresponda a una adquisición por un volumen no significativo en términos relativos y siempre que haya sido realizada a precio de cotización, en cuyo caso se atenderá al precio más elevado pagado o acordado en las restantes adquisiciones del período de referencia.
- e) Que las adquisiciones del período de referencia incluyan alguna compensación adicional al precio pagado o acordado, en cuyo caso el precio de la oferta no podrá ser inferior al más alto que resulte incluyendo el importe correspondiente a dicha compensación.
- f) Que la sociedad afectada se encuentre, de forma demostrable, en serias dificultades financieras, en cuyo caso la contraprestación de la oferta deberá ser aquella que resulte de aplicar los métodos de valoración previstos para la OPA de exclusión.

No se trata, por lo tanto, de una facultad discrecional de la CNMV, pues no puede decidir libremente cuál debe ser el precio, sino que debe moverse dentro del concepto de «precio equitativo», que es un concepto jurídico indeterminado y, en consecuencia, deberá atender a los criterios de valoración que resulten más idóneos para llegar a la determinación de ese «precio equitativo». Esta decisión será, desde luego, recurrible, y lógicamente, el recurso podría prosperar si el precio que se hubiera fijado resultara irracional o arbitrario².

² La STS 10 de julio de 2015 estimó parcialmente el recurso de casación, obligando a la CNMV a recalcular el «precio equitativo» de la OPA, atendiendo a uno de los criterios que deben tenerse en cuenta.

Desde el punto de vista procedimental cabe destacar algunas particularidades. Por una parte, la CNMV puede requerir al oferente, en todos los supuestos mencionados, un informe sobre los métodos y criterios de valoración aplicados para determinar el precio equitativo, con lo que se busca, sin duda, que el acto resulte adecuadamente motivado y asegurar la salvaguarda de los derechos de los accionistas. No obstante, parece que el informe debería requerirse únicamente en el caso de que el oferente pretendiera ofrecer un precio inferior al que resulte de la aplicación de las reglas generales, puesto que, en caso contrario, esto es, cuando sea la CNMV la que pretenda elevar el precio ofrecido, más que el informe, lo que debería permitirse al oferente es alegar en relación con la propuesta de resolución, para evitar que puedan producirse situaciones de indefensión que, sin duda, darían lugar a recursos, originarían inseguridad y alargarían los procedimientos. Por otra parte, la CNMV debe publicar en su página web la decisión de que la oferta se formule a un precio distinto del que procedería según las reglas generales aplicables al precio equitativo.

2.6.3. *Contraprestación en el caso de OPA voluntaria*

También debe destacarse la intervención de la CNMV respecto del precio o contraprestación de la oferta, en el caso de ofertas voluntarias, puesto que puede tener una importancia práctica relevante de cara a eludir la exigencia de una OPA obligatoria sucesiva. En efecto, el artículo 8.f) del RD 1066/2007 exceptúa de la obligación de lanzar una OPA en los casos de toma de control, cuando éste se haya alcanzado tras una oferta voluntaria por la totalidad de los valores, si ha concurrido alguna de las circunstancias que menciona que son: (i) que la oferta haya sido formulada a un precio equitativo, de acuerdo con lo dispuesto en el propio RD; o (ii) que la oferta voluntaria a un precio distinto del equitativo haya sido aceptada por titulares de valores que representen, al menos, el 50 % de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido (excluyendo del cómputo los que ya obren en poder del oferente y los que correspondan a accionistas que hubieran alcanzado algún acuerdo con el oferente relativo a la oferta). En definitiva, la CNMV tendrá que velar por que estas OPAS voluntarias se hagan, efectivamente, a un «precio equitativo» o que se haya obtenido el resultado positivo que se menciona (más de un 50 % de aceptación de lo «no controlado»), puesto que en ambos casos se logrará evitar la OPA obligatoria posterior.

2.6.4. *Contraprestación en el caso de OPA de exclusión*

Dentro del examen de la contraprestación ofrecida, puede hacerse una breve referencia al supuesto particular de las OPAS en caso de exclusión de la negociación de los valores de una sociedad. Estas ofertas deben promoverse para proteger los intereses de los titulares de sus valores en los casos en los que se quiera promover la exclusión de la negociación de los valores de una sociedad, ya que los titulares de los valores perderán, como consecuencia de la exclusión, la mayor facilidad para obtener la liquidez de sus valores derivada de la negociación. Esto es así porque, frente al supuesto de una oferta voluntaria (sobre todo si no supone toma de control), en la que el precio lo fija libremente el oferente, y en la que quienes no acudan a la misma no se verán afectados en sus derechos, ya que después de la oferta podrán seguir transmitiendo sus valores con la facilidad que proporciona un mercado organizado, en el supuesto de una OPA de exclu-

sión, quien no acuda a la oferta se quedará con unos valores de difícil transmisión y, además, normalmente, en una posición muy minoritaria en la compañía, lo que también redundará en una mayor dificultad para obtener liquidez para los valores. Así, pues, en estos casos, la contraprestación ofrecida debe ser objeto de un examen especial, puesto que claramente existen unos inversores a los que es preciso proteger, razón por la cual se refuerza la intervención de la CNMV, exigiendo, que la contraprestación consista siempre en dinero (evitando que se duplique el problema de valoración, ya que no sólo habría que llegar a un valor de la sociedad que se excluye de la negociación, sino de los valores que se ofrecen en canje), que el precio ofrecido sea objeto de aprobación por la junta general que acuerde la exclusión, y que el precio sea el mayor entre el «precio equitativo» fijado conforme al artículo 9 del RD 1066/2007 y el precio obtenido según los criterios recogidos en el artículo 10.5 del citado RD.

Para fijar el precio en este tipo de ofertas, el RD parece haber huido de soluciones automáticas, como podría haber sido la utilización de la cotización media durante un determinado período anterior, incluso operando como precio mínimo, puesto que estas valoraciones, aun derivadas de la indudable objetividad que proporciona un mercado, no siempre son correctas y, desde luego, evidentes razones de justicia y equidad deben hacer que quien desea adquirir una cosa por un «precio verdadero» no se vea obligado a tener que pagar uno superior, porque lo que puede suceder es que ante esta circunstancia decida no presentar su oferta, y si el precio que se pretendía ofrecer y que no cumplía una regla automática, sin embargo, sí resultaba ventajoso para los inversores, teniendo en cuenta el «verdadero valor» de lo que deseaba comprar, la regla en lugar de protegerles les habría perjudicado, puesto que no se llegaría a presentar la oferta. Parece, pues, conveniente en estos casos una cierta flexibilidad para poder llegar a proteger de la manera más eficaz a los inversores. De todas formas, es necesario tener en cuenta que no es la CNMV la que debe fijar el precio en estas ofertas, sino que el oferente debe señalarlo, pero justificando la respectiva importancia de, al menos, los criterios citados en el artículo 10.5 del RD 1066/2007, esto es, el valor técnico contable, el valor liquidativo, la cotización media durante el semestre anterior, el valor de la contraprestación ofrecida con anterioridad, si se hubiese formulado una OPA en el año anterior a la solicitud de exclusión, y otros métodos de valoración que resulten aplicables al caso, como el descuento de flujos de caja o múltiplos de compañías y transacciones comparables, sin que ninguno de ellos opere como un límite mínimo, aunque sí lo será el «precio equitativo» según lo que ya se ha indicado.

En consecuencia, si el precio ofrecido no resulta adecuado no se autorizará la oferta, pero sin que la CNMV lleve a cabo una actividad de valoración, sino que únicamente comprobará lo adecuado de las presentadas por el oferente³.

2.7. Examen de las garantías de la oferta

Las garantías aportadas por el oferente para asegurar la satisfacción de la contraprestación deben también ser objeto de las correspondientes comprobaciones con el fin de que su efectividad no pueda llegar a plantear ningún problema, ya que sólo se puede

³ Sobre la legitimación de los accionistas para impugnar las decisiones de la CNMV de autorización de la OPA de exclusión, por ser el precio también objeto de su apreciación, pueden citarse las SSTs de 23 de mayo de 2005, 7 de junio de 2006 y 18 de abril de 2007.

desistir de la oferta en los casos específicamente previstos en el artículo 33 del RD 1066/2007 y que, asimismo, la garantía cubre el importe máximo de la oferta.

Consistiendo la contraprestación en dinero, la garantía puede prestarse igualmente en dinero (depósito de efectivo en una entidad de crédito), o mediante aval de entidad de crédito, que es lo más frecuente. El aval, en la práctica, es incondicional, irrevocable, solidario y a primer requerimiento, y prestado por entidad de crédito, normalmente, nacional o extranjera con sucursal en España, para tratar de asegurar la eventual ejecución del aval en un breve plazo, si es que ello llega a ser necesario (aunque, teóricamente, también podría ser un entidad de crédito extranjera en libre prestación de servicios). Si la CNMV tuviera dudas sobre la solvencia de la entidad de crédito o de su capacidad para hacer frente, eventualmente, a sus obligaciones (por ejemplo, por el tamaño de la operación), lo normal será que exija al oferente que sustituya al avalista o, en caso contrario, la resolución no autorizando la oferta debería motivar adecuadamente la insuficiencia de la garantía.

Cuando la contraprestación consista en valores ya emitidos, la garantía supone acreditar la disponibilidad de los mismos en la cuantía suficiente y su afectación al resultado de la oferta.

Tratándose de valores por emitir, la prestación de garantía supone la atribución de una amplia facultad a la CNMV, ya que si, atendidas las circunstancias del caso concreto, apreciara un insuficiente grado de seriedad en la formulación de la oferta, puede exigir caución a los administradores de la sociedad oferente en garantía de las responsabilidades en que puedan incurrir por los perjuicios que se ocasionarán en el supuesto de que no llegue a producirse, en los términos previstos, la emisión de los valores ofrecidos en canje. Así pues, corresponde en estos casos a la CNMV valorar el grado de seriedad con el que han procedido los administradores de la sociedad oferente al presentar la oferta y determinar el importe de la caución, si es que se considera que no lo es en forma suficiente, para lo que deberá atender tanto al valor de los perjuicios potenciales que puedan originarse (derivados, entre otras razones, de la suspensión de la negociación durante un período de tiempo más o menos prolongado, o de la generación de unas expectativas en los titulares de los valores que les hayan llevado a comportarse de uno u otro modo) como a la propia falta de seriedad, de manera que cuanto mayor sea la falta de seriedad, mayor debería ser la caución, porque menos posibilidades hay de que la oferta llegue a tramitarse hasta el pago a los tenedores de los valores.

3. AUTORIZACIÓN DE LA OFERTA

3.1. Potestad reglada o discrecional

A la CNMV se le encomienda, como ya se ha visto, el examen del folleto y de la documentación adjunta al mismo, debiendo, una vez realizado tal examen, autorizar o denegar la autorización de la oferta. Conviene, pues, tratar de determinar el carácter de la potestad que se le encomienda, dentro de las categorías tradicionales de potestad discrecional o reglada. En este sentido, puede considerarse que, cuando la norma determina de forma exhaustiva todas las condiciones de ejercicio de la potestad, definiendo el supuesto legal de manera completa y delimitando la potestad totalmente, en cuanto a sus términos y consecuencias, se estará en presencia de una potestad reglada, como ocurrirá, por ejemplo, en los casos de ascensos por antigüedad o en la liquidación de tributos; mientras que si la norma delimita sólo algunas de las condiciones de ejercicio de la po-

testad y encomienda al órgano administrativo la estimación del resto, ya afecten a la completa integración del supuesto de hecho, ya a su contenido concreto dentro de los límites establecidos, ya a ambos, se estará en presencia de una potestad discrecional, como, por ejemplo, cuando se concede una subvención. En el primer caso, la aplicación de la norma no deja ningún extremo a la apreciación subjetiva de la Administración, debiendo ésta actuar de una manera prácticamente automática, pero en el segundo, la aplicación de la norma permite un margen de apreciación subjetiva por la Administración, que no puede ser, sin embargo, total, puesto que la norma ha de haber delimitado necesariamente algunos de estos elementos (por lo menos, la existencia de la potestad, su extensión, la competencia y el fin).

Ahora bien, la discrecionalidad debe ser distinguida de los denominados «conceptos jurídicos indeterminados», que, frente a los conceptos determinados, que delimitan el ámbito de realidad de una manera precisa, configuran un ámbito cuyos límites no resultan precisos, puesto que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, sino que debe ser concretado en el momento de la aplicación, aunque al referirse a supuestos concretos no existe más que una solución justa, es decir, concurre o no el concepto de que se trate (por ejemplo, el precio es justo o no lo es; hay buena fe o no la hay), lo que exige la constatación de la subsunción en el concepto legal de unas determinadas circunstancias producidas en la realidad, razón por la cual el proceso es reglado. Por el contrario, en la discrecionalidad se aprecia la existencia de una pluralidad de soluciones justas existiendo libertad de elección por parte del órgano administrativo (García Enterría, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, pp. 429 y ss.).

Dentro de este esquema se observa que a la CNMV se le encomienda la autorización o denegación de la oferta, pero especificando que el acuerdo de denegación deberá ser motivado y fundamentarse en el incumplimiento de lo previsto en la LMV, en el RD 1066/2007 o en la restante normativa aplicable. Es decir, que si todos los requisitos exigidos se cumplen, debe la CNMV proceder a conceder la autorización, por lo que, en definitiva, hay que concluir que se trata de una potestad reglada.

No obstante, la CNMV, a la hora de pronunciarse sobre la autorización solicitada, debe también tener presentes los principios que rigen toda su actuación y que, conforme a lo dispuesto, actualmente, en el artículo 17.2 de la LMV, son: la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores⁴. Así, pues, cuando una oferta reúna, en principio, los requisitos

⁴ La CNMV también debe tener en cuenta, en el ejercicio de sus competencias en materia de OPAS, los principios generales al respecto establecidos en el artículo 3 de la Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, cuyo apartado 1 establece que:

«A efectos de la aplicación de la presente Directiva, los Estados miembros velarán por que se respeten los principios siguientes:

»a) todos los titulares de valores de una sociedad afectada de la misma clase deberán recibir un trato equivalente; en particular, cuando una persona adquiera el control de una sociedad, deberá protegerse a los demás titulares de valores;

»b) los titulares de valores de una sociedad afectada deberán disponer de tiempo e información suficientes para poder adoptar una decisión respecto a la oferta con pleno conocimiento de causa; a la hora de asesorar a los titulares de valores, el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada presentará un dictamen relativo a las repercusiones de la aplicación de la oferta en el empleo, las condiciones de trabajo y la localización de los centros de actividad de la sociedad;

»c) el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada deberá obrar en defensa de los intereses de la sociedad en su conjunto y no denegar a los titulares de valores la posibilidad de decidir sobre la idoneidad de la oferta;

»d) no deberán crearse falsos mercados de los valores de la sociedad afectada, de la sociedad oferente o

previstos en el Real Decreto, que son, fundamentalmente, de carácter formal, debe también ser valorada bajo la óptica de los tres principios citados, de manera que podrían dar lugar a que, excepcionalmente, se llegase a denegar la autorización porque, de concederse, se produjera una situación contraria a los mismos (no parece razonable que la CNMV tenga que «colaborar» con situaciones contrarias a los principios fundamentales de su actuación). En este sentido puede pensarse en una oferta voluntaria en la que se proponga un precio irrisorio en relación con el de cotización del valor de que se trate, puesto que con este tipo de ofertas se pueden pretender influir de en los precios —pero no debido a una causa justificada—, pudiendo originar un perjuicio a los inversores. También, podría ser una oferta perturbadora y contraria a los principios mencionados, aquélla que se sometiese a la condición mínima de adquirir el 100 % del capital social de la sociedad afectada, puesto que en una sociedad cotizada, con una difusión «normal», tal objetivo es imposible.

En cualquier caso, conviene también recordar que la actuación de la CNMV en el ejercicio de funciones públicas, y autorización de una OPA lo es, está sometida, en primer término a la LMV y a sus disposiciones de desarrollo (como el RD 1066/2007), y, supletoriamente, a lo establecido en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta aplicación preferente de la normativa propia del mercado de valores ha sido especialmente reconocida (en relación con la LMV y el RD de OPAS anterior), por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005.

3.2. Órgano competente

Las competencias de la CNMV en relación con las OPAS, incluyendo la autorización o denegación de las mismas, corresponden, en principio, al Consejo de la CNMV, de acuerdo con lo previsto en los artículos 23 y 24 de la LMV.

No obstante, algunas competencias de la CNMV en materia de OPAS (sin comprender la autorización o denegación) se encuentran delegadas en el Presidente y Vicepresidente, en virtud del Acuerdo del Consejo de la CNMV, de 27 de septiembre de 2018.

Las competencias que están delegadas, actualmente, en el Presidente y Vicepresidente de la CNMV, en materia de OPAS, son (art. 3 del citado Acuerdo de 29 de septiembre de 2018):

- a) Las relativas a la admisión a trámite de las OPAS.
- b) La reiteración o ampliación de los anuncios de una OPA.
- c) La autorización de las prórrogas del plazo de aceptación de una OPA.
- d) La aprobación de modificaciones de las características de las OPAS.
- e) La verificación de suplementos de folletos.

de cualquier otra sociedad interesada por la oferta de forma tales que el alza o baja de las cotizaciones de los valores se torne artificial y se falsee el normal funcionamiento de los mercados;

«e) un oferente únicamente deberá anunciar una oferta una vez se asegure de que pueda hacer frente íntegramente, en su caso, a cualquier oferta de contraprestación en efectivo y previa adopción de todas las medidas razonables para garantizar el cumplimiento de cualquier otro tipo de contraprestación;

«f) la sociedad afectada no deberá ver sus actividades obstaculizadas durante más tiempo del razonable por el hecho de que sus valores sean objeto de una oferta».

3.3. Plazo para conceder o denegar la autorización y silencio administrativo

El plazo que se prevé en el RD para conceder o denegar la autorización es de veinte días hábiles a partir de la recepción de la solicitud. La duración de este plazo, aunque resulta razonable, alarga el que había estado previsto en los reales decretos de OPAS precedentes, pero, sin duda, permitirá un examen adecuado que facilitará llegar a la autorización de la oferta, frente a una posible denegación por falta de algún requisito o de claridad en los datos que no haya podido ser despejado en el indicado plazo. De todas formas, en el caso de que se requiera información o documentación adicional al oferente, el plazo de no comenzará a contar hasta que no haya sido suministrada. En la práctica, la duración media de los procedimientos de autorización de las OPAS, desde que se presenta la solicitud de autorización hasta la autorización efectiva (teniendo en cuenta, por lo tanto, los requerimientos de información), supera normalmente el mes (que serían, en números redondos, los veinte días hábiles), y se aproxima bastante a los dos meses.

En relación con el plazo fijado a la CNMV para resolver sobre la autorización de la oferta cabe plantearse el carácter que tendrá el silencio administrativo si transcurre el mismo sin que se haya producido ningún pronunciamiento. Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 39/2015, del procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas, al no existir ninguna disposición con rango de ley ni norma de derecho de la Unión Europea o derecho internacional aplicable en España que prevea el carácter desestimatorio del silencio administrativo, hay que entender que se produciría la estimación de la solicitud por silencio administrativo.

3.4. Reglas procedimentales en el caso de ofertas multijurisdiccionales

Pese a la previsión contenida en el artículo 1 del RD 1066/2007 en relación con la delimitación de la competencia territorial de la CNMV, es posible que una misma oferta pueda quedar sujeta a la autorización de órganos de supervisión de diferentes Estados, cuando los valores estén admitidos a negociación en España y un mercado secundario de algún Estado no miembro de la Unión Europea. En estos casos, los procedimientos y plazos previstos en sus respectivas normativas pueden no ser coincidentes, por lo que resultará necesario realizar las adaptaciones que resulten procedentes para lograr la conciliación de los distintos procedimientos que deban aplicarse.

A estos efectos, el RD 1066/2007 prevé (art. 21.5) que la CNMV pueda adaptar, cuando sea necesario, el procedimiento, los plazos y los demás requisitos formales aplicables a las OPAS que se formulen simultáneamente en un mercado secundario oficial español y en otro mercado de un Estado no perteneciente a la Unión Europea. Esta previsión, que resulta completamente razonable, deberá aplicarse de forma que se pueda mantener la seguridad jurídica necesaria en esta materia y, en este sentido, sería procedente que la CNMV hiciera públicos, tan pronto como sea posible, las reglas y criterios procedimentales que vayan a seguirse.

3.5. Notificación de la resolución

El RD 1066/2007 (art. 21.4) amplía el círculo de sujetos a quienes se debe notificar la resolución, respecto de lo que sería normal de acuerdo con la normativa aplicable al

procedimiento administrativo, puesto que, con arreglo a lo previsto en ésta, tal notificación debería hacerse únicamente a quien hubiese presentado la solicitud y, probablemente, a la sociedad afectada, en la medida que habría de ser considerada interesada, aunque no hubiese intervenido en el expediente; sin embargo, la notificación de la resolución se debe realizar, además de al oferente y a la sociedad afectada, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas, a la Sociedad de Bolsas, así como a cualesquiera otros organismos o autoridades cuya notificación pudiera considerarse necesaria⁵.

Entre estos organismos se incluía, en el anterior RD de OPAS (RD 1197/1991) al Consejo General de Colegios Oficiales de Corredores de Comercio (actualmente desaparecido) y al Consejo General del Notariado, lo que parece tender a que todos aquellos que puedan participar, mediar o dar fe de transmisiones de valores afectados por la oferta puedan llegar a tener conocimiento de la resolución adoptada, dada la importancia que puede tener en relación con las mismas, aunque, sin embargo, no se impone a los citados antes la obligación de transmitir el contenido de la resolución a sus miembros.

Otros posibles notificados serán quienes hayan intervenido en el procedimiento como interesados, como podrían ser los accionistas de la sociedad afectada, si hubieran sido admitidos como tales.

Además de las notificaciones mencionadas, la CNMV también difundirá acuerdo de autorización o denegación mediante la publicación en su página web.

3.6. Recursos

El Considerando 8 de la Directiva de OPAS (Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004) prevé que, de conformidad con los principios generales del derecho comunitario y, en particular, el de tutela judicial efectiva, las decisiones de las autoridades supervisoras deberán poder someterse, en las circunstancias oportunas, al control de una jurisdicción independiente.

En coherencia con ello y de acuerdo con lo que ya preveía la LMV, el artículo 21.3 del RD 1066/2007 prevé que el acuerdo de la CNMV autorizando o denegando la autorización de una OPA, pone fin a la vía administrativa y será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Este precepto, en realidad, no introduce ninguna especialidad en materia de recursos contra los actos de la CNMV, puesto que lo único que hace es recordar lo previsto en el artículo 22 de la LMV (el RD se refiere todavía al antiguo artículo 16 de la LMV), sin embargo, puede tener la utilidad de despejar cualquier duda acerca de la recurribilidad de los actos de la CNMV en estos casos, puesto que, en otros ordenamientos, se entiende que las decisiones de la autoridad supervisora en materia de OPAS no son susceptibles de impugnación ante los Tribunales.

Ahora bien, al establecer la LMV que las resoluciones de la CNMV en el ejercicio de las potestades administrativas que se le confieren ponen fin a la vía administrativa, está indicando que contra las mismas no cabe ningún recurso jerárquico (alzada), quedando, pues, equiparadas a las mencionadas en el artículo 114 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común. Por tanto, poniendo fin a la vía administrativa, cabe contra las mismas la interposición del recurso potestativo de reposición, previo al contencioso-administrativo (art. 21.3 RD 1066/2007).

⁵ En cuanto a la notificación de los actos administrativos, debe tenerse en cuenta lo previsto en los artículos 40 y ss. de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No previéndose ninguna disposición particular en la normativa del mercado de valores para el recurso de reposición, éste se someterá a las normas contenidas en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015; de manera que debe interponerse ante la propia CNMV en el plazo de un mes, a contar desde la notificación o publicación del acto, y ésta debe resolver en el plazo de otro mes, considerándose, en caso contrario, desestimado por silencio administrativo, y quedando expedita la vía contencioso-administrativa.

No estando tampoco prevista ninguna especialidad en la LMV en cuanto al procedimiento a seguir ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, son de aplicación las disposiciones generales contenidas en la Ley de la Jurisdicción, sin que se haya previsto, a los efectos específicos de impugnación de las resoluciones en materia de OPAS, ningún procedimiento especial abreviado. Así, pues, el recurso contencioso-administrativo deberá interponerse en el plazo de dos meses, contados desde la notificación de la resolución del recurso de reposición, si fuese expresa, y en el de un año desde la interposición de tal recurso en caso contrario. La única particularidad que cabe destacar en el ámbito del recurso contencioso-administrativo, es que la competencia para conocer de los recursos contra los actos de la CNMV corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (DA 4.^a de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

Teniendo en cuenta las circunstancias y plazos indicados, parece evidente que, aunque existe una posibilidad de recurrir frente a las resoluciones de la CNMV en materia de OPAS, tales recursos no resultan muy operativos, de ahí la trascendencia de que la CNMV valore adecuadamente las decisiones que deba adoptar en esta materia con objeto de garantizar el mayor acierto posible de las mismas⁶.

Una cuestión específica que puede mencionarse a la hora de abordar el tema de los recursos contra las decisiones en materia de ofertas públicas de adquisición es el de la legitimación para la interposición de tales recursos, puesto que ninguna regla especial se establece. En consecuencia, siendo de aplicación las disposiciones generales en esta materia, hay que considerar legitimados a quienes ostenten la condición de «interesados» con arreglo a lo dispuesto en Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común (art. 4) y en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa (art. 19). Pero quiénes sean «interesados» en el procedimiento de OPA no está expresamente establecido. Indudablemente parece que deben tener este carácter los oferentes y las sociedades afectadas, aunque también parece que pueden tenerlo los accionistas de la sociedad afectada, en determinados casos, como en las OPAS de exclusión⁷.

También puede originar situaciones conflictivas la suspensión de la ejecución de las resoluciones de la CNMV en materia de OPAS, en caso de impugnación de las mismas. La suspensión en vía de recurso administrativo podrá solicitarse en los casos en que dicha ejecución pudiera originar perjuicios de difícil o imposible reparación, o cuando la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho pre-

⁶ Como sentencias que se ha pronunciado manteniendo la validez de las autorizaciones de las OPAS acordadas por la CNMV cabe citar las SSTs de 23 de mayo de 2005, 18 de abril de 2007 y 25 de noviembre de 2008.

⁷ Se reconoce implícitamente la legitimación a los accionistas de la sociedad afectada por una OPA de exclusión en la STS de 23 de mayo de 2005, y también en las SSAN de 1 de octubre de 2003 y 7 de junio de 2006 e, incluso, en una OPA voluntaria en la Sentencia de la AN de 24 de enero de 2008. También se reconoce la legitimación activa a los accionistas en la SSTs de 18 de abril de 2007 y 25 de noviembre de 2008. Pero también se niega la legitimación activa de un accionista en las SSTs de 22 de marzo de 2004 y 18 de abril de 2007, porque no basta el «puro interés en la legalidad» y porque no se justificaba por qué se consideraba perjudicado por la decisión de la CNMV.

vistas en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 117 Ley 39/2015); no obstante, no es demasiado probable que tal suspensión se acuerde en la tramitación del recurso de reposición, tanto por la brevedad del plazo para resolver como porque, al ser el mismo órgano el que tiene que pronunciarse, lo más probable es que vaya a mantener el mismo criterio, salvo que se haya existido algún error claro. Por su parte, en vía contenciosa, la suspensión también ha de basarse en que la ejecución podría ocasionar daños o perjuicios de difícil o imposible reparación, pero, en relación con esta posibilidad, debe destacarse que resulta ciertamente remota por razón de los plazos para interponer los recursos (administrativos y jurisdiccionales) y para resolver el recurso de reposición, de manera que, aunque los interesados interpusieran sus recursos el primer día que ello sea posible, si el plazo de aceptación fuese de un mes y la CNMV se tomase igual plazo para resolver, tal y como está previsto, no habría posibilidad material de que los Tribunales se pronunciasen a tiempo sobre este extremo, pero si el plazo de aceptación fuese más amplio (hasta dos meses), también sería ciertamente difícil teniendo en cuenta los plazos para las notificaciones y la necesidad de algún tiempo para que los Tribunales puedan pronunciarse sobre la suspensión, que lleva, como trámite previo, la audiencia de la parte demandada (en este caso sería la CNMV).

En cualquier caso, y pese a que no resulte muy probable de la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa, si se llegase a acordar la suspensión de la autorización de la oferta, parece razonable que el oferente pudiera desistir de la misma, si la oferta fuera voluntaria (art. 33.1.c/ RD 1066/2007), aunque necesitando la conformidad de la CNMV. En la práctica, esto supondría que la pretensión del recurrente se viese materialmente satisfecha, porque ya no habría oferta.

Junto a estos supuestos de suspensión del acto administrativo, también cabe plantear otro supuesto de suspensión más conflictivo, que sería aquél en que el acuerdo del órgano de administración de la sociedad oferente de promover la oferta sea impugnado (por alguno de los administradores de la sociedad o por los accionistas que representen el 5 % del capital social —art. 251 LSC—). Si en estos procedimientos de impugnación se acordase judicialmente la suspensión del acuerdo del órgano de administración de promover la oferta, evidentemente la oferta debería quedar en suspenso, si todavía no hubiera sido aprobada, pero si lo hubiera sido habría que valorar todas las circunstancias y, en particular, si se está ante una oferta voluntaria o ante una oferta obligatoria por toma de control.

3.7. Autorización de las ofertas competidoras

En relación con estas autorizaciones, puesto que no se va a realizar en este momento un examen de las OPAS competidoras, sólo cabe destacar que suponen el examen por la CNMV de algunos requisitos adicionales específicos para este tipo de ofertas, no afectando, sin embargo, a los demás requisitos procedentes o al carácter reglado de la potestad administrativa. Particularmente, pueden destacarse los siguientes extremos que deberán ser examinados por la CNMV:

- Que el oferente competidor no forma grupo con el oferente inicial, ni actúa de forma concertada con éste, o por cuenta del mismo.
- Que se presenta dentro del plazo previsto para ello (desde la presentación de la oferta inicial hasta el quinto día natural anterior a la finalización del plazo de aceptación).

- Que el número de valores comprendido en la misma no es inferior al de la oferta anterior.
- Que se mejora la última oferta precedente, bien elevando el precio o valor de la contraprestación ofrecida, bien extendiendo la oferta a un número mayor de valores.
- Que se respeta la igualdad informativa entre los oferentes competidores, por parte de la sociedad afectada por la OPA (art. 46 RD 1066/2007).

Además, en el caso de que una oferta se presente antes de que se haya autorizado otra anterior sobre los mismos valores, la presentada en último lugar verá suspendida su tramitación hasta que se apruebe la anterior, momento en el cual y dentro del plazo de diez días que al efecto concederá la CNMV, deberá ratificarse en las condiciones de su oferta o mejorarla.

En el caso de que existan ofertas competidoras, es particularmente relevante la intervención del CNMV si, manteniéndose «vivas» varias ofertas, se llega a la fase de «subasta», con presentación de las últimas mejoras en sobre cerrado (art. 45.2 a 45.5 RD 1066/2007), ya que corresponde a la misma la apertura de los sobres y la publicación de esas ofertas modificadas, exigiendo, a continuación, la presentación de las decisiones que les sirvan de base, de un suplemento del folleto en el que se detallen las modificaciones introducidas en la oferta, y de la garantía complementaria que resulte necesaria.

4. SUPERVISIÓN DEL PROCESO UNA VEZ AUTORIZADA LA OFERTA

Producida la autorización de la oferta, la CNMV debe intervenir con objeto de supervisar la fase pública de la misma. A este respecto, se pueden destacar los distintos momentos posibles de su actuación, aunque sin descender a un estudio detallado de los mismos, puesto que excede del propósito de este trabajo el análisis pormenorizado de determinados aspectos procedimentales (como la publicación de la oferta) o de trascendencia sustantiva (como las limitaciones de la actuación del órgano de administración de la sociedad afectada).

4.1. Control de la publicación

Con arreglo a lo previsto en el artículo 22 del RD 1066/2007, una vez notificada al oferente la autorización, deberá éste proceder en el plazo máximo de cinco días hábiles a la difusión pública y general de la oferta, a cuyo efecto deberá publicar los anuncios correspondientes en el *Boletín de Cotización de las Bolsas de Valores*, donde los valores afectados estén admitidos a cotización y, como mínimo, en un periódico de difusión nacional. Pues bien, en relación con la publicación, la CNMV deberá supervisar, por una parte, el contenido del anuncio, para comprobar que contiene los datos esenciales de la oferta recogidos en el folleto informativo y, por otra, que en estos anuncios se indican los lugares donde dicho folleto y la documentación justificativa se encuentran a disposición de los interesados.

En relación con estos anuncios debe señalarse que la CNMV no efectúa una aprobación específica de los mismos, aunque parece lo normal que se pongan en su conocimiento antes de proceder a su difusión pública. Por otra parte, la CNMV ha de velar

porque la publicación tiene efectivamente lugar dentro del plazo indicado y en los medios señalados. En el caso de que no se realicen de este modo se podría producir una infracción administrativa que podría ser objeto de sanción, como más adelante se examina.

Finalmente, en relación con esta publicidad a través de los anuncios, la CNMV puede exigir su repetición si no se ajustan a lo que debe ser su contenido, pudiendo incluso pedir que se amplíen. La repetición, lógicamente, deberá tener lugar en aquellos casos en que los anuncios de la oferta no hayan tenido la difusión correspondiente; piénsese, por ejemplo, en una huelga de distribuidores de periódicos, mientras que la ampliación de los anuncios tendrá lugar en aquellos casos en los que su contenido no sea el adecuado. Igualmente, la CNMV velará porque el folleto informativo que debe poner a disposición el oferente en las Bolsas o en los mercados donde coticen las acciones, en su propio domicilio social, en el de la sociedad afectada o en el de los intermediarios que actúen por su cuenta, está efectivamente a disposición del público.

Además, la CNMV publicará en su página web, bien todos los folletos aprobados en los doce meses anteriores, bien la lista de tales folletos, incluyendo un enlace con el folleto publicado en la página web del oferente o del mercado.

4.2. Control de las limitaciones de la actuación del órgano de administración de la sociedad afectada

Como consecuencia de la presentación de una OPA se producen ciertas limitaciones en las facultades de actuación del órgano de administración de la sociedad afectada, que se extienden desde el momento del anuncio de la oferta hasta la publicación del resultado de la misma. Estas limitaciones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 del RD 1066/2007, suponen, fundamentalmente: no acordar la emisión de valores; no efectuar directa o indirectamente operaciones sobre los valores afectados por la oferta con la finalidad de perturbar ésta; proceder a la enajenación, gravamen o arrendamiento de inmuebles y otros activos esenciales, cuando puedan frustrar o perturbar la oferta pública; repartir dividendos extraordinarios o remunerar de cualquier otra forma que no siga la política habitual, salvo que los acuerdos hubieran sido aprobados con carácter previo y hechos públicos. Pues bien, dentro de los supuestos indicados, la intervención de la CNMV puede ser más o menos eficaz. En primer lugar, la Comisión sólo podrá actuar de una manera verdaderamente eficaz sobre la posibilidad de emitir nuevos valores, ya que, aunque pueda ser acordada por la sociedad afectada, la emisión de nuevos valores está sujeta a un proceso de verificación previa por parte de la propia CNMV, la cual, evidentemente, no daría tal verificación si con ella se pretendiese perturbar una oferta pública que estuviese en curso.

Respecto a la limitación de las operaciones sobre los valores afectados por la oferta, puede verse dificultada a través de otro mecanismo previsto en el RD 1066/2007, que es el deber de abstención al que se refiere el artículo 50, que afecta tanto a las Sociedades y Agencias de Valores como a los fedatarios públicos, en relación con aquellas operaciones que pueden infringir la normativa sobre ofertas públicas de adquisición.

Respecto a las limitaciones tercera y cuarta, realmente no hay una posibilidad de impedir que tenga lugar su vulneración con carácter previo y, por tanto, solamente a través de la sanción como consecuencia de haber cometido una infracción se podrá reaccionar para tratar de evitar que se produzcan este tipo de actuaciones.

4.3. Control de las medidas de neutralización

Dentro de lo que, tanto la LMV como el RD 1066/2007 consideran como «defensas» frente a las OPAS, se hace referencia también al régimen opcional de neutralización de defensas frente a las mismas. Pues bien, a este respecto se establece que las sociedades cotizadas deben comunicar a la CNMV, en el plazo máximo de quince días hábiles desde la celebración de la junta general correspondiente, la información sobre la decisión de aplicar medidas de neutralización, considerando como tales: (i) la ineficacia de las restricciones a la transmisibilidad de valores prevista en los pactos parasociales referidos a la sociedad; (ii) la ineficacia, en la junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas de defensa frente a la OPA, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos de la sociedad afectada y en los pactos parasociales referidos a la misma; y (iii) la ineficacia de las restricciones anteriores, cuando tras una OPA, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 75 % del capital que confiera derechos de voto.

Pues bien, la CNMV, una vez que se le hayan notificado esas medidas de neutralización, debe proceder a publicar inmediatamente en su página web esa información. Por otra parte, la adopción de acuerdos de neutralización por la junta general debe ser reflejada en el «Informe Anual de Gobierno Corporativo» de la sociedad, pudiendo la CNMV realizar las comprobaciones o requerimientos que resulten procedentes.

4.4. Informe del órgano de administración de la sociedad afectada

Este trámite fue introducido por el RD 1197/1991 inspirándose en la propuesta de Directiva sobre OPAS y, después de que se haya mantenido en la Directiva 2004/25/CE, también figura en el RD 1066/2007 (art. 24). En relación con este informe, la CNMV debe velar tanto por su contenido como por la publicidad que se dé al mismo.

En cuanto al contenido, la CNMV ha de comprobar que comprende las observaciones en favor y en contra de la oferta, la manifestación sobre la existencia o no de acuerdos entre la sociedad afectada y el oferente, sus administradores o socios, o entre cualquiera de éstos y los miembros del órgano de administración de aquélla, así como la opinión de los consejeros respecto de la oferta, y su intención de aceptar o no la oferta en el caso de que sean titulares directos o indirectos de valores afectados. El informe también debe hacer referencia a las posibles repercusiones de la oferta y a los planes estratégicos del oferente sobre el conjunto de intereses de la sociedad, el empleo y sus centros de actividad; a la eventual existencia de conflictos de interés y explicación de su naturaleza; los valores de la sociedad oferente poseídos por la sociedad afectada y los valores de la sociedad afectada poseídos o representados por los miembros de su órgano de administración así como los que pudieran tener en la sociedad oferente; y, en caso de que los miembros del órgano de administración mantengan posiciones distintas en relación a la oferta, deben incorporarse al informe las opiniones de aquellos que se encuentren en minoría. En la práctica, es frecuente que el informe del órgano de administración incorpore también un informe de experto independiente, que tendrá especial importancia en los casos en los que pueda existir algún conflicto de interés (por ejemplo, si un accionista relevante o un miembro del consejo participan o colabora de alguna manera en la oferta).

Por otra parte, la CNMV debe también supervisar la publicidad que se dé al citado informe. En este sentido, el informe debe ser emitido en el plazo de diez días naturales desde que se comunique a la sociedad afectada la autorización de la oferta, y debe publicarse el mismo por cualquiera de los medios previstos en el artículo 22.1 (*Boletín de Cotización de las Bolsas* y en un periódico de difusión nacional), es decir, no es necesario que se publique en todos ellos, sino que basta la publicación en uno de los mismos. Ahora bien, antes de la publicación debe ser remitido a la CNMV, con objeto de que se incorpore al expediente, sin que tampoco en este caso esté prevista una autorización del anuncio por parte de la Comisión. No obstante, si el contenido no resulta adecuado, la CNMV requerirá para para que se complete y deberán reiterarse los anuncios con la información completa, por lo que, en la práctica, se suele producir una fase de revisión informal previa a la publicación, con la finalidad de evitar anuncios posteriores.

4.5. Ampliación del plazo de aceptación de la oferta

Frente al sistema del RD 1197/1991, que requería para la prórroga de la oferta la autorización expresa de la CNMV, el RD 1066/2007 prevé que el oferente pueda ampliar el plazo de aceptación inicialmente fijado, siempre que no se rebase el máximo previsto en la norma (70 días naturales), mediante comunicación a la CNMV. La razón principal de este cambio se encuentra, a su vez, en el cambio en el régimen de la aceptación de la oferta, puesto que, con el RD de 1991 la aceptación era esencialmente irrevocable (art. 25.2 RD 1197/1991) y, con el nuevo RD, las aceptaciones pueden revocarse antes del último día del plazo de aceptación (art. 34.4 RD 1066/2007). Por lo tanto, si la aceptación era irrevocable, resultaba necesaria la intervención de la CNMV para comprobar que con la prórroga no se estaban perjudicando los intereses de los accionistas que ya hubieran aceptado la oferta, mientras que, actualmente, al poder revocarse las aceptaciones, los intereses de los accionistas que hubiesen aceptado estarán adecuadamente protegidos pudiendo tomar sus propias decisiones en relación con la aceptación, introduciendo flexibilidad en el procedimiento y favoreciendo también que el oferente adopte las decisiones que le convengan para lograr el éxito final de su oferta. En estos casos de ampliación del plazo de aceptación por voluntad del oferente, la CNMV deberá comprobar que se realiza la comunicación a la misma y que los anuncios se publican en el plazo oportuno, esto es, tres días naturales antes de la finalización del plazo inicial.

Junto al supuesto general de ampliación del plazo de aceptación de la oferta por voluntad del oferente, el RD ha introducido otros supuestos en los que la CNMV puede intervenir ampliando el plazo de aceptación. En este sentido, el RD prevé (art. 23.5) que la CNMV pueda ampliar del plazo de aceptación en los casos en que pueda resultar necesario, haciéndolo mediante resolución motivada y fundamentándola en dos tipos de razones: por una parte, en la protección de los destinatarios de la OPA (los inversores), pero también en el buen fin de la oferta, es decir, atendiendo a la operación misma y, en último término, a los intereses del oferente.

Además de la posibilidad genérica de ampliación del plazo de aceptación que se atribuye a la CNMV, hay determinados supuestos, en los que esta posibilidad está específicamente contemplada. Estos supuestos son los siguientes:

- En los casos de publicación de un suplemento del folleto explicativo de la oferta. El suplemento del folleto tiene como finalidad incorporar al mismo la información adicional que resulte precisa para que los inversores se formen su opinión sobre la oferta, una vez que ya ha sido autorizada y publicada. El suplemento del

folleto no implica una modificación de la oferta, necesariamente, pero, a la inversa, una modificación de la oferta, además de necesitar autorización, dará lugar a un suplemento del folleto. En cualquier caso, si se publica un suplemento del folleto, la CNMV puede ampliar el plazo de aceptación cuando la relevancia de la información incorporada así lo exija.

- Cuando se modifique la oferta, de manera que, al autorizar la modificación, la CNMV puede ampliar el plazo de aceptación, si lo considera necesario para un mejor análisis de la modificación (art. 31.3 RD 1066/2007).
- Cuando al oferta se formule simultáneamente en el mercado español y el de otro Estado no perteneciente a la Unión Europea, puesto que la CNMV puede adaptar los plazos y demás requisitos formales, si resulta necesario (art. 21.5 RD 1066/2007).
- Cuando el oferente adquiera valores de la sociedad afectada durante el período de aceptación de la OPA. En estos casos, el oferente debe comunicar sus adquisiciones a la CNMV y ésta puede ampliar el plazo de aceptación y adoptar las demás medidas que resulten necesaria durante la OPA (art. 32.6 RD 1066/2007).

4.6. Modificación de la oferta

En el Real Decreto de OPAS de 1984 sólo cabía modificar la oferta en el caso de que se presentase una oferta competidora (arts. 13 y 22), sin embargo, con el RD 1197/1991 y con el vigente RD 1066/2007, la modificación es mucho más flexible, puesto que lo fundamental es que produzca un trato más favorable para los destinatarios. No obstante, se exige la concurrencia de ciertos requisitos tanto de tiempo, como de forma y procedimiento.

La intervención de la CNMV, en este caso, tiene por objeto controlar que se cumplan todos los requisitos correspondientes y que se proporciona la información adecuada, de manera que si concurren estas circunstancias deberá proceder a aprobar la modificación propuesta.

Se pueden modificar las características de la oferta en cualquier momento anterior a los últimos cinco días naturales previstos para su aceptación, debiendo la modificación implicar un trato más favorable para los destinatarios de la oferta, ya sea porque extienda la oferta inicial a un número superior de valores, ya sea porque mejore la contraprestación ofrecida o porque se eliminen las condiciones a las que, en su caso, estuviera sujeta la oferta. En todo caso, las modificaciones deben respetar el principio de igualdad de trato de todos los destinatarios que se encuentren en iguales circunstancias y, en el caso de que la mejora de la contraprestación suponga una modificación de su naturaleza, será necesario obtener y aportar la opinión de un experto independiente que lo acredite (salvo que la contraprestación inicialmente ofrecida fuera una permuta o canje de valores y la nueva contraprestación consista sólo en efectivo).

Existe, no obstante, un supuesto en el que todos estos requisitos pueden ser obviados y no se produce autorización de la CNMV, que es el caso de modificación automática de la oferta por realizar adquisiciones en el mercado a un precio superior al de ésta, en cuyo caso se eleva automáticamente el precio de la misma y quedan sin efecto los límites máximo y mínimo, puesto que, de otra forma, podrían quedar burlados.

Tanto en el caso de modificación ordinaria como en el de modificación automática, deben completarse las garantías aportadas, pero mientras que en el primer caso la falta

de aportación de las mismas dará lugar a que no se autorice la modificación, en el segundo podrá dar lugar a que se considere producida una infracción.

Teniendo en cuenta el breve plazo previsto para que la CNMV se pronuncie sobre la modificación (tres días) y el alcance limitado de las modificaciones posibles, parece que la revisión previa a la autorización por parte de la CNMV debe ser, fundamentalmente, de tipo formal más que de fondo, puesto que, para los supuestos más complicados —por así decirlo— se deberá aportar un informe de experto independiente. En consecuencia, la CNMV comprobará que se ha designado un experto verdaderamente independiente, que ha emitido su informe con los pronunciamientos necesarios, y que la contraprestación ofrecida tras la modificación reúne los requisitos para ser admitida como contraprestación de una OPA.

Como se ha indicado, la CNMV, al autorizar la modificación de la oferta podrá ampliar el plazo de aceptación de la misma y el oferente deberá publicar la modificación el día siguiente hábil a la autorización (art. 31.4 y 31.5 RD 1066/2007).

4.7. Desistimiento de la oferta

Frente a la posibilidad general, en el ámbito de los procedimientos administrativos, de desistir de los procedimientos iniciados por los administrados (art. 93 Ley 39/2015) el desistimiento tiene unos supuestos tasados en el caso de la OPAS, supuestos que, además, son distintos según que las OPAS sean obligatorias y voluntarias. Está claro que los casos admitidos de desistimiento de las OPAS formuladas suponen excepciones al principio general de irrevocabilidad de las ofertas que es, sin duda, más importante en los casos de OPAS obligatorias.

No se va a entrar en este momento en el examen detallado de las causas de desistimiento de las OPAS, pero sí se deben mencionar determinados casos en los que la CNMV tiene alguna intervención en el desistimiento.

En particular, tratándose de OPAS voluntarias, la CNMV interviene en dos de los supuestos de desistimiento mencionados en el artículo 33.1 del RD 1066/2007. Estos supuestos son:

- Los casos en los que, por circunstancias excepcionales ajenas a la voluntad del oferente, la oferta no pueda realizarse o resulte manifiesta su inviabilidad, para lo que se debe obtener conformidad de la CNMV. Algunos ejemplos de estas circunstancias excepcionales podrían ser: el concurso de acreedores solicitado por la sociedad afectada que no estuviese contemplado como una posibilidad al formular la oferta; la desaparición de activos esenciales consecuencia de desastres naturales; la venta o gravamen de activos esenciales por parte de la sociedad afectada, infringiendo las limitaciones a la actuación del Consejo de Administración; o la suspensión judicial de la oferta autorizada por la CNMV o del acuerdo del Consejo de Administración de la oferente promoviendo la oferta.
- Los casos en los que la junta general de accionistas de la sociedad afectada (art. 28 RD 1066/2007) adopte alguna decisión o acuerdo que, a juicio del oferente, le impida mantener su oferta, siempre que el propio oferente no haya intervenido a favor de la adopción de dicho acuerdo y obtenga la previa conformidad de la CNMV (la misma regla se aplica a los supuestos en los que la actuación del órgano de administración no quede sujeta a esa limitación, conforme al procedimiento previsto en el artículo 28.5 del RD); no obstante, en el caso de acuer-

dos de reparto de dividendos extraordinarios o similares (art. 28.1.d/ RD 1066/2007), el oferente podrá mantener la oferta y ajustar su contraprestación, siempre que, a la vista de las circunstancias del caso, la eventual reducción en la contraprestación no exceda de lo necesario para preservar la equivalencia financiera con la antigua y obtenga la previa autorización de la CNMV.

La intervención de la CNMV tiene como finalidad fundamental comprobar la realidad de las circunstancias en las que se fundamenta el desistimiento, de manera que no quede el mismo al exclusivo arbitrio del oferente, lo que pondría en riesgo la irrevocabilidad de la oferta, a la que se ha hecho referencia.

En el caso de ofertas obligatorias, los supuestos de desistimiento son todavía más restringidos y, en particular, requiere la intervención del a CNMV el supuesto, paralelo al previsto para la ofertas voluntarias, consistente en la concurrencia de circunstancias excepcionales, ajenas a la voluntad del oferente, que determinen que la oferta no pueda realizarse o resulte manifiesta su inviabilidad, siempre que se obtenga la previa conformidad de la CNMV, que, como se ha dicho, habrá de comprobar la concurrencia de las citadas circunstancias excepcionales.

4.8. Control del proceso de aceptación

Las aceptaciones de la oferta también son controladas por la CNMV, mediante la reclamación de información sobre el número de ellas, tanto del oferente como de las Sociedades Rectoras de las Bolsas (arts. 34 y 35 RD 1066/2007). El control del proceso de aceptación tiene importancia porque a la CNMV se le encomienda la determinación del resultado positivo o negativo de la oferta, una vez concluido el período de aceptación y recibida la información sobre el número total de aceptaciones, que deben remitir las Sociedades Rectoras de las Bolsas donde estén admitidos a negociación los valores que son objeto de la oferta. Con este sistema se evita el riesgo de que el oferente, si correspondiese al mismo determinar el resultado de la oferta, pudiese, a su conveniencia, tratar de «manipular» el número de aceptaciones, tanto para determinar si la oferta ha tenido o no éxito, como para poder discriminar algunas de las aceptaciones producidas.

Asimismo, la CNMV debe velar porque durante el período de aceptación los interesados puedan obtener información sobre el número de aceptaciones presentadas y no revocadas, bien en el domicilio social del oferente bien el de los intermediarios que actúan por su cuenta.

4.9. Control del mercado durante el período de aceptación

Durante el período de aceptación de la oferta, y una vez levantada la suspensión de la negociación, los valores afectados por la misma se vuelven a negociar, pero se pueden considerar como «valores sensibles», por lo que lo normal será que sean objeto de un seguimiento especial por parte de la CNMV, bien de forma directa bien a través de las Sociedades Rectoras.

En el caso de que se observen operaciones «anómalas» u operaciones que, por su precio o por el volumen de valores comprendidos, se salgan de la normalidad, será razonable que se trate de averiguar la justificación de las mismas y, particularmente, si existe alguna relación con el oferente o con la sociedad afectada. Piénsese que si quien actúa es

el oferente y a precios superiores a los de la oferta, se produce la modificación automática del precio, pero, si quien actúa es la sociedad afectada, puede estarse vulnerando la limitación que afecta a su órgano de administración de no efectuar operaciones sobre los valores afectados por la oferta (art. 28.1.b/ RD 1066/2007) y, particularmente, en aquellos casos en que se trate de manipular los precios con objeto de que fracase la oferta (por ejemplo, haciendo subir el precio de mercado por encima de la oferta).

En el caso de OPAS con contraprestación en valores, el examen de la CNMV debe ser particularmente detenido, porque por los dos lados se puede romper el equilibrio del precio. En efecto, con valores poco «líquidos» se puede fácilmente mantener un canje artificial, de manera que si hay pocos títulos cotizando se puede influir sobre el precio con cierta facilidad.

4.10. Publicación del resultado de la oferta

Concluido el periodo de aceptación de la oferta, las Sociedades Rectoras de las Bolsas donde los valores a los que se refiera coticen o los intermediarios que actúen por cuenta del oferente, deben, en el plazo de los cinco días hábiles siguiente, comunicar a la CNMV el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación presentadas y la CNMV, a la vista de la citada información, comunicará, en el plazo de dos días hábiles, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores en que estén admitidos a negociación los valores, a la Sociedad de Bolsas, al oferente y a la sociedad afectada, el resultado positivo o negativo, según se haya alcanzado o no el número mínimo de valores señalados en la oferta y se hayan cumplido o no las condiciones establecidas para la eficacia de la misma. Las Sociedades Rectoras publicarán el resultado de la oferta en el *Boletín de Cotización* correspondiente a la sesión bursátil en la que reciban la comunicación, y la CNMV también lo publicará en su web.

Una vez liquidada la operación, la CNMV autorizará el levantamiento de la garantía ofrecida, salvo que deba ejecutarse la misma. También cabe la posibilidad de que se acuerden reducciones parciales de la misma, en cuanto no perjudiquen al proceso de liquidación pendiente.

4.11. Cumplimiento de las limitaciones derivadas del resultado negativo de las OPAS voluntarias

Concluida la OPA con la liquidación no acaba, sin embargo, la supervisión de la CNMV en relación con la oferta aprobada. En particular, si el resultado de una OPA voluntaria hubiera sido negativo, ni el oferente, ni las sociedades pertenecientes a su grupo, ni los miembros de su órgano de administración, ni su personal de alta dirección o quienes hayan promovido la oferta en su propio nombre pero por cuenta del oferente o de forma concertada con éste, podrán promover otra OPA respecto de los mismos valores (salvo que se trate de una oferta competidora respecto de otra presentada), hasta transcurridos seis meses, contados a partir de la fecha de publicación del resultado en que quedó sin efecto la oferta. Tampoco podrán adquirir valores ni incurrir en alguno de los supuestos que determina la obligación de presentar una oferta, conforme a lo previsto en el RD.

Se trata, evidentemente, de que, dadas las perturbaciones que un proceso de OPA produce en el mercado y, sobre todo, en la sociedad afectada por la oferta, que verá paraliza-

da la adopción de decisiones estratégicas (consecuencia del deber de pasividad), no se pueda estar alterando o perjudicando la vida de una sociedad sin una justificación suficiente o de manera continua (sin duda, se trata de evitar la presentación de ofertas «de prueba», de manera que si no tienen éxito, presentar otra en un momento posterior, en otras condiciones).

Para lograr su objetivo la CNMV debe vigilar las operaciones que se realicen en el mercado después de la oferta sobre los valores afectados por la misma, pero cuenta además con un elemento que puede contribuir de forma notable a que se respeten estas limitaciones, que es el deber de abstención de las Sociedades y Agencias de Valores y de los fedatarios públicos de intervenir en aquellas operaciones que puedan infringir la normativa de ofertas públicas de adquisición (art. 50 RD 1066/2007), dentro de la cual se encuentran, evidentemente, las limitaciones mencionadas. Por tanto, caso de no respetarse las limitaciones mencionadas, se produciría infracción tanto por el adquirente como por parte de la sociedad o agencia de valores o fedatario público.

4.12. Intervención en relación con las compraventas forzosas

Concluida la oferta y habiendo obtenido un resultado positivo, se pueden producir dos supuestos de «venta forzosa» (art. 136 LMV, y 47 y 48 RD 1066/2007), uno, a instancia del oferente («squeeze out») y, otro, a instancia de los titulares de los valores que no hubieran acudido a la OPA («sell out»). En ambos casos, dado el carácter forzoso de las operaciones, parece que requiere una intervención especialmente vigilante por parte de la CNMV, para evitar potenciales actuaciones incorrectas o abusivas. No obstante, debe destacarse que ninguno de los dos tipos de procedimientos da lugar a autorización por parte de la CNMV.

El control por parte de la CNMV de estos procesos abarcará cuestiones como las siguientes:

- Que en el folleto explicativo de la oferta se haya indicado si el oferente tiene intención de exigir la venta forzosa, en caso de que se den las condiciones previstas al respecto.
- El plazo máximo para exigir la venta o compra forzosas es de tres meses a contar desde la fecha de finalización del plazo de aceptación.
- El oferente debe comunicar a la CNMV, dentro de los tres días hábiles siguientes al de publicación del resultado de la oferta, si se dan las condiciones para exigir la venta forzosa.
- La comprobación de las circunstancias que dan lugar a que surjan estos derechos, es decir, que en la fecha de liquidación de la oferta: a) el oferente sea titular de valores que representen al menos el 90 % del capital con derecho de voto de la sociedad afectada, y b) que la oferta previa hubiera sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 90 % de los derechos de voto a los que se hubiera dirigido. La concurrencia de estas dos circunstancias es fundamental, puesto que la decisión, sobre todo la de compra forzosa, no la puede ejercitar libremente el oferente, aunque le pueda interesar.
- La comunicación del oferente a la CNMV, dentro plazo indicado, de si exigirá o no la venta forzosa y, si lo hiciera, debe fijar la fecha de la operación entre los 15 y 20 días hábiles siguientes a la comunicación de su decisión, y difundirlo públicamente.

- La constitución de las garantías que aseguren el cumplimiento de las obligaciones resultantes del ejercicio del derecho de venta forzosa, que el oferente debe acreditar ante la CNMV, con carácter previo a la fecha de la operación.

Una vez realizada la operación de venta forzosa, se producirá la exclusión de negociación de los valores afectados, que será efectiva a partir de la liquidación de la operación. No obstante, en el caso de compras forzosas, si como consecuencia de la realización de estas operaciones el oferente pasara a ser titular de todos los valores, también procederá la exclusión de la negociación, salvo si la CNMV, a solicitud del oferente, le concede un plazo de un mes para restablecer el cumplimiento de los requisitos de difusión y liquidez del valor en cuestión, pero, si transcurrido ese plazo, no se ha producido el restablecimiento de la difusión y liquidez de los valores, éstos quedarán excluidos de negociación automáticamente.

Finalmente, también se atribuye a la CNMV la facultad de establecer, mediante circular, los demás extremos que juzgue necesarios para la aplicación del procedimiento de compra o venta forzosa.

5. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA EN MATERIA DE OPAS

5.1. Infracciones y sanciones administrativas

El artículo 49 del RD 1066/2007 se remite, en cuanto al régimen sancionador, a lo dispuesto en la LMV. Indudablemente se trata de no introducir ninguna modificación en ese régimen legal, puesto que sería contrario al principio de jerarquía normativa, constituyendo, fundamentalmente, un simple recordatorio de la aplicabilidad a las ofertas públicas de adquisición del régimen determinado por la citada LMV.

Lo anterior supone que son de aplicación las disposiciones relativas a las personas sujetas al régimen de supervisión y todo lo relativo a las facultades de la CNMV en cuanto que entidad encargada de realizar esa supervisión, lo que comprenderá el deber de proporcionar todas las informaciones que sean necesarias para el desarrollo de sus funciones, que puede obligar a poner en conocimiento del público los hechos o informaciones significativas que puedan afectar a la negociación, que puede realizar inspecciones con presencia física, que puede requerir la presencia de personas físicas para la toma de declaraciones, que puede requerir el cese de toda práctica contraria a las disposiciones aplicables, que puede acordar la suspensión de operaciones o actividades, etc.

Por otra parte, la CNMV es la Administración encargada de la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores, de acuerdo con lo previsto en los artículos 271 y siguientes de la LMV, resultando de aplicación al procedimiento sancionador las Leyes 39/2015 y 40/2015, con las especialidades recogidas en la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (arts. 106, 108, 110 y 112), así como las previstas en la propia LMV y su desarrollo reglamentario (en particular, hay que tener en cuenta el RD 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, y el RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora).

Una vez concluidos los expedientes sancionadores, cuando las respectivas resoluciones sean firmes, las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves o

muy graves se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, constituyendo esa publicación una previsión legal sin que se contemple, actualmente, ningún tipo de facultad de la CNMV relativa a la decisión de publicar o no las sanciones.

Sin embargo, la CNMV si puede jugar un papel relevante en el caso de que se solicite la condonación, total o parcial, o el aplazamiento del pago de las multas impuestas, puesto que le corresponde informar esas solicitudes, que deben ser resueltas por el Ministro de Economía, y pueden plantearse cuando se hayan impuesto a personas jurídicas que hayan pasado a estar controladas por otros accionistas después de cometerse la infracción, y estén incurso en procedimientos concursales o se den otras circunstancias excepcionales que hagan que el cumplimiento de la sanción, en sus propios términos, atente a la equidad o perjudique a los intereses generales.

También puede destacarse, puesto que el contexto de las OPAS puede ser particularmente apto para su aplicación, que, en la actualidad, los artículos 276 bis y siguientes de la LMV (introducidos por el Real Decreto Ley 14/2018, de 28 de septiembre), contemplan un canal confidencial para denunciar la comisión de infracciones en el ámbito del mercado de valores, estableciendo tanto las correspondientes garantías de la confidencialidad, como las protecciones en el ámbito laboral y contractual.

Ahora bien, no resulta oportuno, en este momento, un examen detallado del régimen sancionador en el ámbito del mercado de valores, puesto que excede del propósito de este trabajo, por lo que, como particularidades destacables al respecto, cabe mencionar las infracciones en materia de OPAS recogidas en la LMV.

En este sentido, se consideran infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones relativas a las ofertas públicas de adquisición (art. 280 LMV):

- El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 128 a 133 y 137 de la LMV (relativos a las OPAS) y en la normativa que se dicte al amparo de lo dispuesto en estos artículos y, en particular:
 - a) El incumplimiento de la obligación de presentar una oferta pública de adquisición de valores⁸; su presentación fuera del plazo máximo establecido o con irregularidades esenciales que impidan a la CNMV tenerla por presentada o autorizarla; o la realización de la oferta pública sin la debida autorización.
 - b) La falta de publicación o de remisión a la CNMV de la información y documentación que haya de publicarse o enviarse a aquella, como consecuencia de actuaciones que obliguen a la presentación de una oferta pública de adquisición de valores, en el transcurso de la misma o una vez finalizada, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.
 - c) La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una OPA con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.
- El incumplimiento por los órganos de administración y dirección de las obligaciones establecidas en el artículo 134 (deber de pasividad y otros) y en su desarrollo reglamentario.

⁸ Sobre el incumplimiento de la obligación de formular una OPA pueden verse, por ejemplo, las SSTS de 4 de noviembre de 2002, de 7 de julio de 2003 y de 22 de julio de 2004.

- El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 82 (relativo a la exclusión de la negociación) y 135 (relativo a las medidas de neutralización) y en su desarrollo reglamentario.

Por su parte, se consideran infracciones graves las siguientes acciones u omisiones relativas a las ofertas públicas de adquisición (art. 293 LMV —Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo—):

- La falta de publicación o de remisión a la CNMV de la información y documentación que haya de publicarse o enviarse, como consecuencia de actuaciones que obliguen a la presentación de una OPA, en el transcurso de la misma o una vez finalizada, cuando no constituya infracción muy grave.
- La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una OPA con omisión de datos o con inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, siempre que no constituya infracción muy grave.

5.2. Suspensión de derechos políticos

Además de las consecuencias estrictamente sancionadoras —a las que se acaba de hacer referencia— derivadas del incumplimiento de la obligación de formular una OPA, en los casos en los que es obligatorio, la LMV prevé la suspensión de los derechos políticos derivados de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio corresponda, por cualquier título, a quien haya incumplido su obligación, así como los de los valores poseídos indirectamente por el obligado a presentar la oferta y aquellos de quienes actúen concertadamente con él⁹.

A su vez, consecuencia de esa suspensión de derechos políticos, es la nulidad de los acuerdos adoptados por los órganos de la sociedad, cuando para la constitución de los mismos o para la adopción de aquéllos, hubiera sido necesario computar los valores cuyos derechos políticos estén suspendidos y, a su vez, para asegurar la efectividad de esa suspensión y de la nulidad de los acuerdos que no lo hayan respetado, se legitima a la CNMV para el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación, sin perjuicio de la legitimación que pueda corresponder a otras personas.

El plazo para la impugnación de los acuerdos es de un año a contar desde que la CNMV tenga conocimiento del mismo (sea de la junta general, del consejo de administración o de cualquier otro órgano social en el que se puedan adoptar decisiones teniendo en cuenta los derechos políticos de quién los tenga legalmente suspendidos, como, por ejemplo, una comisión delegada o ejecutiva en la que la mayoría de sus miembros estén «controlados» por quién debió formular una OPA y no lo ha hecho).

Junto a esta legitimación activa reconocida explícitamente a la CNMV para impugnar los acuerdos sociales en los casos en los que se hayan tenido en cuenta los votos de las acciones que tengan sus derechos políticos suspendidos, se puede pensar en otros supuestos en los que la CNMV deba adoptar alguna actitud en relación con las actuaciones de quien tenga los derechos políticos suspendidos o de la sociedad en la que tales derechos se ejerciten (indebidamente). Por ejemplo, en el caso de que la CNMV incoe un expediente sancionador por considerar que un accionista ha incumplido su obliga-

⁹ En cuanto a la extensión de la suspensión de los derechos políticos, cabe mencionar la STS de 9 de febrero de 2009, aunque referida al régimen anterior de OPAS.

ción de formular una OPA, parece razonable que lo advierta expresamente a la sociedad afectada puesto que, a fin de cuentas es a esa sociedad a quién verdaderamente afecta la suspensión de derechos políticos, ya que, si quien puede estar apareciendo como un accionista de control o, al menos, como un accionista muy relevante, tiene suspendidos sus derechos políticos, surgirán o podrán surgir unas nuevas mayorías en la sociedad, mientras se mantenga esa suspensión.

La CNMV podría rechazar, por ejemplo, la verificación de una emisión de valores que se basase en acuerdos adoptados con el voto decisivo de quien tenga suspendidos los derechos políticos, aunque, en estos casos, por coherencia, parece que debería, por una parte, incoarse el correspondiente expediente sancionador por incumplimiento del deber de lanzar la OPA y, por otra, impugnar los acuerdos sociales si no lo hubiera hecho ya algún accionista.

Otra manifestación práctica de la suspensión de los derechos políticos podría producirse cuando se pretendiese inscribir en el Registro Mercantil de algún acuerdo que se hubiera adoptado contando de una manera decisiva con los votos de quien tenga sus derechos políticos suspendidos, como podría suceder con el nombramiento de algún consejero o con una modificación de estatutos. El registrador podría deducir la existencia de la suspensión de derechos políticos de la documentación que le sea presentada (aunque parece poco probable), de hechos notorios si hubiera noticias en los medios sobre la situación irregular o, incluso, de una comunicación de la CNMV en la que se ponga de manifiesto el incumplimiento de la obligación de promover una OPA.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV. *Régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (OPAS)*, dirigido por Sánchez Calero, F., Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1993.
- AA.VV.: *La sociedad cotizada*, coordinado por Vives, F., Pérez Arda, J., Ed. Marcial Pons. Madrid, 2006.
- AA.VV.: *Régimen jurídico de los mercados de valores y de las Instituciones de Inversión Colectiva*, coordinado por Uria Fernández, F., Ed. La Ley, Madrid, 2007.
- AA.VV.: *La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*, dirigido por García de Enterría, J. y Zurita Sáenz de Navarrete, J., Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.
- AA.VV.: *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Ministerio de Justicia, Ed. Aranzadi, 2009.
- AA.VV.: *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de la OPAS en el Derecho Español*, coordinado por Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- AA.VV.: *Los mercados financieros*, Ed. Tirant Lo Blanch, dirigido por Campuzano, A.B., Conlledo, F. y Palomo, R.J., Valencia, 2017.
- CAÑO PALOP, J.R.: *Comentarios a los artículos 27 y 49 en AA.VV. La regulación de las OPAS. Comentario sistemático del RD 1066/2007, de 27 de julio*, dirigido por García de Enterría, J. y Zurita Sáenz de Navarrete, J., Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009
- CONDE VIÑUELAS, V.: «Últimas modificaciones normativas en materia de ofertas públicas de adquisición de valores», *Diario La Ley*, n.º 8109, 20 Jun. 2013, Editorial La Ley.
- CUATRECASAS: *Una década de aplicación del actual régimen de OPAS en España. Guía práctica*. Ed. Cuatrecasas, 2017.

- ESCRIBANO GAMIR, C., «OPA y régimen sancionador (II) Suspensión de derechos políticos», en AA.VV. *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de la OPAS en el Derecho Español*, coordinado por Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 621 y ss.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.: «Suspensión de los derechos políticos de las acciones adquiridas sin promover una OPA», RDS, n.º 3, 1994, pp. 256 y ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *La OPA obligatoria*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Mercado de control, medidas defensivas y ofertas competidoras. Estudios sobre OPAS*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: *Limitaciones del voto, actuación concertada y ofertas condicionadas. Estudios sobre OPAS (II)*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*, Ed. Comares, Granada, 3ª Edición, 2007.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G.: «OPA y régimen sancionador (I) Sanciones administrativas», en AA.VV. *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de la OPAS en el Derecho Español*, coordinado por Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 621 y ss.
- PÉREZ RENOVALES, J.: «Las ofertas públicas de adquisición», en AA.VV. *Régimen Jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva*, Director Uría, F., La Ley, Madrid, 2006.
- PLAZA, C. «La CNMV: funciones y potestades en materia de OPAS», en AA.VV. *Derecho de OPAS. Estudio sistemático del régimen de la OPAS en el Derecho Español*, coordinado por Juste Mencía, J. y Recalde Castells, A., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: «Compatibilidad de un anuncio de oferta sucesiva con el reglamento de OPAS, estando en curso otra oferta pública», RDBB, 1992, pp. 935 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Oferta públicas de adquisición (OPA)*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2009.
- SUÁREZ DE LEZO CRUZ-CONDE, R.: *La tutela judicial en el mercado de valores*, Madrid, 1998.
- TAPIA HERMINDA, A.J.: *Sociedades anónimas cotizadas y ofertas públicas de adquisición*, Ed. La Ley, 2012.
- TAPIA HERMINDA, A.J.: *Fusiones y OPAS transfronterizas*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- TAPIA HERMINDA, A.J.: «Las ofertas públicas de adquisición de valores», en AA.VV.: *Los mercados financieros*, Ed. Tirant Lo Blanch, dirigido por Campuzano, A.B., Conlledo, F. y Palomo, R.J., Valencia, 2017.
- ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J.: «Diez años de vigencia del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de la ofertas públicas de adquisición», en AA.VV. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Ed. McGrawHill, Madrid, 2002, Vol. II, pp. 3031 y ss.

EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DEL PODER Y SU CONTROL, EL CONTROL JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LOS ORGANISMOS REGULADORES Y LA DISCRECIONALIDAD DEL SUPERVISOR EUROPEO BANCARIO

Elena Otero Novas, José Giménez Cervantes, Francisco José Serrano Gil de Albornoz

SUMARIO: 1. EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DEL PODER Y DE SU CONTROL. 1.1. Siglo XIX. 1.2. El cambio en el XX. 1.3. Retorno posterior a la discrecionalidad. 1.4. Cómo fue afrontando la jurisprudencia el problema. 1.5. Potenciación de lo discrecional. La «complejidad técnica», el derecho comunitario. 1.5.1. La competencia. 1.5.2. El mundo financiero. 1.6. Conclusión.—2. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LOS REGULADORES. 2.1. Introducción. 2.2. Regulación a través de normas con rango de ley. 2.3. Revisión de las decisiones de los organismos reguladores. 2.3.1. El principio de deferencia. 2.3.2. El juicio de razonabilidad. 2.3.3. Principios generales del derecho. 2.3.4. Discrecionalidad vs. conceptos jurídicos indeterminados. 2.4. Referencia bibliográfica.—3. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD DEL SUPERVISOR EUROPEO BANCARIO. 3.1. Referencia bibliográfica

1. EVOLUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD DEL PODER Y DE SU CONTROL¹

1.1. Siglo XIX

Desde el punto de vista de las relaciones entre el poder y los súbditos o ciudadanos, durante los períodos históricos de la monarquía absoluta los reyes tenían solo o prácticamente solo limitado su gran poder temporal y político por la subordinación a las leyes divina y natural. Y cuando en la Edad Contemporánea desaparece el *Ancien Régime* y las monarquías o repúblicas sustitutivas se hacen «constitucionales», ello viene a solaparse con el minusvalor social de la ley divina y con la negación de la natural por el positivismo; de modo que si bien el poder político está fraccionado, dentro de cada ámbito únicamente se ve limitado por la Constitución y las instituciones del derecho político.

Todo ello al tiempo que los avances de la técnica, el maquinismo y la industrialización, incrementan de modo exponencial la presencia e intervención de los poderes públicos en la vida social. Las autoridades, los servidores públicos toman diariamente muchísimas decisiones que afectan a la vida e intereses de los ciudadanos, haciéndoles progresar o fracasar. Y esas decisiones, no es que sean «discrecionales» en el sentido técnico-jurídico actual, sino que son realmente libres, porque nada hay en el mundo del derecho positivo que las regule o condicione.

No existía prácticamente el derecho administrativo. Las leyes que se fueron dictando para regular ese nuevo campo, eran todavía rudimentarias, y ello hacía que casi no tuviéramos normas que encauzaran ese importante volumen de acción administrativa que comenzaba a tener el poder político.

¹ Elena Otero-Novas Miranda.

Y por ello el siglo XIX, que produce un gran número de dirigentes abnegados y patriotas, también genera un elevado grado de corrupción, bajo todo tipo de gobiernos: reaccionarios, moderados, conservadores, progresistas, monárquicos y republicanos. Y lo reflejan todos los que han escrito seriamente sobre la época; en España, Benito Pérez Galdós, en cuyos *Episodios nacionales* se va dibujando la miseria ambiente, pero muy singularmente la política, reflejando entre otras cosas cómo se dan y se quitan los puestos de la función pública.

En Vicente Palacio Atard², leemos que «los estamentos profesionales... cuyos modos de vida y carreras dependían en gran medida del favoritismo y el padrinazgo del Gobierno...»; y también que «la vinculación de los gobernantes con el mundo de los negocios está clara: además de las Compañías ferroviarias, los grandes Bancos y las sociedades de crédito, las compañías mineras y muchas otras cortejaban a los políticos, grandes y pequeños, para que les presidieran o se sentaran en sus Consejos de Administración». Destacando cómo también la Ley del Jurado de 20 de mayo de 1888, teóricamente democratizadora, supuso poner la Justicia en manos de caciques, que manipulaban las listas de vecinos capacitados para el jurado.

1.2. El cambio en el xx

El siglo XX europeo potencia mucho el derecho administrativo recientemente creado. Y los políticos, para proteger tanto la moralidad como la eficacia, no dudaron en autolimitar sus poderes, sometiéndolos a controles y a garantías de objetividad, en todos los ámbitos de la acción administrativa.

Lo fueron haciendo todo tipo de Gobiernos. En España podemos citar la Ley Maura de 1907, que intentó limpiar el sistema electoral; la de Canalejas de 1911, estableciendo el sometimiento del Gobierno al principio y disciplina presupuestaria; las normas nuevamente de Maura en 1918, que consolidan esfuerzos anteriores para racionalizar la provisión de puestos de trabajo en la función pública, dotándolos de estabilidad, y evitando así que fueran el botín de los partidos ganadores; el decreto de Primo de Rivera de 1923, declarando las incompatibilidades de los altos cargos. Posteriormente, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en 1956, la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, la de Procedimiento Administrativo de 1958, la General Tributaria de 1963, la del Patrimonio de 1964, la de la Función Pública de 1964... que constituyeron grandes instrumentos de modernización de la acción de la acción administrativa, de defensa de los administrados, y de encauzamiento de la acción de los políticos.

La corrupción siguió existiendo, pero ya no generalizada, sino esporádica y anormal. Y esa diferencia entre el siglo XX y el XIX no se debió a que los políticos de una centuria fueran personalmente mejores que los de otra, sino sencillamente a que su capacidad para adoptar decisiones arbitrarias y descontroladas se redujo sustancialmente, como consecuencia de la incorporación a nuestras leyes de los avances del derecho administrativo, que fue además promovida por los políticos de todas las tendencias.

² Palacio Atard, *La España del siglo XIX, 1808-1898*, Espasa Calpe, Madrid, 1978, capítulo «Los instrumentos del poder» y sección «El poder oligárquico y el caciquismo».

1.3. Retorno posterior a la discrecionalidad

Sin embargo, el buen deseo de mejorar la eficacia de la acción administrativa y de extender el bienestar, naturalmente unido a la natural tendencia de las clases políticas de incrementar la relevancia social de sus funciones, ha producido una ola de sentido contrario que en España se extendió desde los años 80 del siglo xx, oyéndose por aquel entonces a los políticos justificar el cambio con el argumento de que ahora su acción estaba sometida al control popular periódico, sin necesitar ortopedias jurídicas negativas para la acción política de los Gobiernos. Y los Gobiernos sucesivos mantuvieron la discrecionalidad establecida y aun fueron profundizando algo más en ella.

En España esta tendencia se ha venido desde entonces practicando en numerosos campos. En los contratos patrimoniales, sobre todo las compraventas de inmuebles, en el acceso a la función pública, en la fiscalización atribuida a la Intervención del Estado, en la multitud de organismos nuevos que, como en un gigantesco *big ban*, fueron desgajándose de las estructuras administrativas normales, para realizar bloques de actividad exentos de muchas de las ya reducidas reglas establecidas por el derecho administrativo y así «flexibilizar» la Administración; en las «deslegalizaciones», atribuyendo potestades reglamentarias del Gobierno y ministros (97 de la Constitución) a muchos de estos organismos, Banco de España, CNMV, CNC, ICAC... o en el paradigmático sector de la contratación administrativa.

Cierto es que esos enormes márgenes de libre decisión de las autoridades pueden ser —y son— aprovechados por éstas para una mayor celeridad y acierto en la actividad pública.

Pero con frecuencia la autoridad que un día y otro decide discrecionalmente suele acabar «desviándose» en sus puras intenciones, y conforme crecen los niveles de discrecionalidad, también aumentan los del cohecho.

Obviamente la clase política se preocupa de sus repercusiones delictivas, pero con soluciones colaterales, o parches, como son los ceses de imputados, investigados, procesados o condenados; pero sin tocar la discrecionalidad. Incluso grupos políticos emergentes, más o menos «antisistema», silencian este asunto y, sin duda por considerar sus intenciones muy favorables al bien general, en cuanto ocupan espacios de poder tienden a aumentar sus facultades discrecionales de decisión.

1.4. Cómo fue afrontando la jurisprudencia el problema

Seguramente por todo ello, la jurisprudencia, que había comenzado absteniéndose de controlar la discrecionalidad del poder, considerando los actos correspondientes como «exentos» de enjuiciamiento, ha ido poco a poco ampliando el control, aunque insista en que nunca el juez puede pretender sustituir el criterio técnico-discrecional de la Administración por el suyo propio.

Antes del cambio de tendencia que hemos citado, ya se distinguía el núcleo de libertad que es lo discrecional propiamente dicho, de las reglas de derecho que lo circundan, es decir, de los «elementos reglados del acto discrecional», que sí que deben ser enjuiciadas por los jueces (STS 28.12.1974); estableciendo la necesidad de valorar los hechos y antecedentes que justifican el acto discrecional (STS 28.6.1978).

Pero a partir de dicho cambio, los abogados de ciudadanos que se consideran maltratados por los efectos de la discrecionalidad, van cuestionándola, y la jurisprudencia

del TS va perdiendo el temor inicialmente reverencial que le suscitaba la discrecionalidad.

- Ya la STS de 8 de noviembre de 1986 dice que la decisión de este carácter no puede limitarse a invocar esa potestad, sino que ha de exponer en cada caso cuáles son las concretas circunstancias de hecho y de derecho que a su juicio determinan inclinarse por la decisión elegida y no por las alternativas posibles; doctrina que afirma ser constante e inequívoca en todas las Salas del Tribunal, criterio más exigible, señala, cuando la resolución se aparta de informes previos o de criterios aplicados en casos idénticos o análogos.
- La de 23 de octubre de 1987 ordena no confundir discrecionalidad con «concepto jurídico indeterminado», pues en este último el proceso es reglado y solo cabe adoptar una decisión.
- La de 11 de diciembre de 1990, extrayendo criterios del viejo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, estableció que la decisión discrecional ha de ajustarse al principio de igualdad ante la ley, debiendo apreciarse la concurrencia de los motivos que la fundamentan en relación con los fines perseguidos, debiéndose elegir entre los modos admisibles, el menos restrictivo de la libertad individual.
- La de 28 de mayo de 1990 ya expresó la posibilidad de ir a la entraña de lo discrecional para controlar su uso proporcional o racional.
- La de 28 de mayo de 1991 sólo respeta como legítima la resolución discrecional cuando se produzca en función de los concretos intereses públicos objeto de protección.
- La de 6 de mayo de 1992 dispone que en los actos discrecionales no cabe dejar de aplicar la interpretación conjunta del Ordenamiento jurídico.
- Aclarando la de 25 de enero de 1992 que cuando la norma habilitante dice que la Administración «podrá», ello no convierte la decisión en una facultad discrecional.

Pero esta evolución jurisprudencial que limita algo el posible abuso de lo discrecional, como es natural se va produciendo con posterioridad a los avances de la normativa que amplía las decisiones libres de las autoridades.

1.5. Potenciación de lo discrecional. La «complejidad técnica», el derecho comunitario

Y, por otra parte, la normativa nuevamente en favor de lo discrecional se dispara en las últimas décadas al valorar la complejidad técnica y económica de muchos procesos de nuestros días, con frecuencia encomendados a organismos reguladores integrados por miembros expertos e independientes, pero en definitiva, designados por las autoridades políticas e integrantes del poder público. Y también cabe apreciar que esta tendencia se ve estimulada durante las últimas décadas por la práctica supranacional, y más concretamente, por diversas categorías que nos vienen dadas por el Derecho comunitario.

1.5.1. La competencia

Lo vemos por ejemplo en la normativa de defensa de la competencia. Ahí nuestra legislación (art. 63 del Texto Consolidado de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 15/2007), asumiendo lo dicho en los reglamentos de la UE, establece que las sanciones

a los infractores pueden llegar «hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa».

Vemos que el poder que se atribuye a la CNMC en estas normas resulta exorbitante, de dimensiones astronómicas si lo comparamos con el que poseen nuestros tribunales en caso de delitos. Fijémonos en que

- un 10 % del volumen anual de ventas supone en la generalidad de las empresas el equivalente a no pocos años de beneficios «brutos» de la empresa, por lo que una sanción de tal alcance producirá la quiebra de la sociedad;
- también que el 10 % no se establece sobre el montante del negocio afectado por la infracción, sino sobre todos los negocios de la empresa;
- que no se determina por relación con el beneficio o ventaja obtenido por la empresa con la infracción castigada, circunstancia que no se contempla en la ley, mientras que en materia de infracciones tributarias (192,4 y 187 LGT) la sanción no sobrepasa el 175 % de la ventaja ilícitamente obtenida, y en el delito fiscal (305 CP), en grado medio se queda en el 300 %.

Por supuesto que los funcionarios de la CNMC procuran ser justos en sus Resoluciones sancionadoras. Pero, ¿nos damos cuenta de la capacidad punitiva absolutamente extraordinaria de la que les hemos dotado?

1.5.2. *El mundo financiero*

Y ello se está viendo reiterado y multiplicado con otras normas «europeas» sobre organismos y sistemas de supervisión o intervención de entidades financieras.

La Unión Europea promovió la creación, entre otros, de dos organismos especializados en mercados bancarios: en España el FROB, y a nivel europeo su superior, la JUR. Pues bien, la mañana del 7 de junio de 2017, los accionistas y obligacionistas del Banco Popular Español conocen por los medios de comunicación que el FROB-JUR han anulado sus acciones y títulos, al considerar que valen cero y que el Banco Popular, en el que ya no tienen nada, ha sido adquirido por el Banco Santander.

A las personas afectadas nunca se les dio audiencia antes de ser adoptada la medida, ni nadie les notificó la decisión que les priva de su patrimonio en el Banco.

Los interesados pudieron entonces abrir la página web de estos organismos y ver en ella la resolución de la JUR, que dice fundarse en el informe provisional de una firma auditora, pero se les niega el acceso a dicho dictamen y a su contenido.

¿Cómo puede negarse esa información a los accionistas, que son los propietarios del objeto informado? Y sobre todo, ¿cómo podrán los accionistas recurrir a la Justicia europea contra esa decisión cuando se le ocultan los fundamentos de la misma?

Pero además de esos altos niveles de discrecionalidad en lo procedimental, hay otros igualmente muy altos sobre el fondo de la decisión, que consiste en expropiar sin indemnización las acciones y obligaciones del Banco Popular, sin más apoyo que el dictamen «provisional» de una firma que dice que si el banco se liquidara en un proceso concursal, los accionistas y obligacionistas no obtendrían nada.

Con independencia de las opiniones y juicios que puedan tenerse sobre este concreto asunto, actualmente *sub iudice*, y de las resoluciones finales que sobre el mismo se dicten, no es preciso abundar en la llamativa posición de supremacía de estos nuevos

organismos respecto de los interesados que han sido privados de su patrimonio ni en la merma de derechos y garantías para los ciudadanos de estas nuevas formas de proceder.

1.6. Conclusión

A modo de conclusión de esta introducción al tema del control jurisdiccional de la discrecionalidad del poder político, pieza esencial de la lucha por el derecho administrativo, debemos subrayar los finos esfuerzos que abogados, doctrina y jurisprudencia vienen haciendo para racionalizar lo discrecional. Y reconocer que probablemente siempre haya que admitir algún ámbito de discreción a las Administraciones, aunque cueste admitir en el tiempo presente las tendencias a su ampliación.

Sirvan estas líneas para subrayar la relevancia de un tema necesitado de profunda reflexión y seguimiento, por juristas, filósofos y políticos.

2. CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS DECISIONES DE LOS REGULADORES

2.1. Introducción

Liberalización no es necesariamente sinónimo de desregulación. Antes bien, la relativamente cercana liberalización de determinados sectores de actividad, como los de las telecomunicaciones o la energía, ha traído consigo una evolución a marcos regulatorios complejos cuyo fin último es garantizar la competencia efectiva entre los operadores y proteger a los consumidores.

Con ello, hoy en día la actividad de los operadores económicos en sectores estratégicos se rige por normas y por decisiones de la Administración adoptadas sobre la base de metodologías, parámetros y criterios de significada complejidad técnica y financiera.

En el plano estrictamente teórico, el artículo 24 (*tutela judicial efectiva*) y el artículo 106 de nuestra Constitución (*control judicial de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa*) garantizan a los operadores económicos un efectivo control judicial de dichas normas y decisiones que conforman el marco regulatorio en el que desarrollan su actividad.

Sin embargo, la experiencia práctica demuestra que ese control judicial no es sencillo, por varias razones que abordamos en este capítulo. Las fundamentales son la enorme discrecionalidad de la que se dota a los reguladores y la enorme complejidad técnica de las decisiones que adoptan. Pero hay también otras circunstancias que afectan a ese control judicial.

2.2. Regulación a través de normas con rango de ley

El marco regulatorio aplicable a un sector de actividad lo conforman leyes, normas y decisiones de la Administración, que van desde directivas europeas hasta pronunciamientos del regulador independiente. El grado o alcance de fiscalización por parte de jueces y tribunales varía dependiendo de cuál sea el instrumento empleado.

Como punto de partida, conviene incidir en la idea de que son las políticas y el derecho de la Unión Europea los que han marcado el camino hacia la liberalización y la

consecución de mercados en competencia efectiva en los distintos Estados miembros y, entre ellos, en España. Es muy relevante, por tanto, tener presente la trascendencia del derecho de la Unión Europea en la regulación de los principales sectores de actividad de nuestra economía, así como de la consecuente relevancia de los pronunciamientos de los tribunales de la Unión Europea en el ámbito del control jurisdiccional de los organismos reguladores.

Así, a efectos ilustrativos, el mercado de las telecomunicaciones en España se basa en el marco armonizado introducido en toda la Unión Europea mediante un paquete de directivas que se aprobó en el año 2002 (posteriormente, modificadas en 2009³). Del mismo modo, nuestras leyes actuales del sector eléctrico o del sector de los hidrocarburos emanan de las directivas relativas a los mercados interiores de electricidad o gas aprobadas en 1996, 2003 y 2009⁴.

Con carácter general, los recursos de que conocen los jueces y tribunales ordinarios tienen por objeto disposiciones reglamentarias o actos administrativos que los operadores económicos consideran contrarios a las directivas y leyes que establecen los principios generales y reglas básicas aplicables a un sector en cuestión.

Sin embargo, sucede con cada vez más frecuencia (especialmente cuando no hay mayorías parlamentarias sólidas) que los Gobiernos usan los decretos leyes no solo para cambiar por razones de urgencia normas con rango de ley (que es su fin constitucionalmente legítimo), sino para adoptar decisiones de naturaleza reglamentaria o, incluso, para tomar decisiones propias de un simple acto administrativo.

Aun cuando lo cierto es que no existe en España «reserva reglamentaria» ni mucho menos «reserva de acto administrativo», dos son los efectos más relevantes de esa «elevación de rango» provocado por los decretos leyes (y ambos son perversos). En primer lugar, el ordenamiento regulador de la actividad de que se trate pierde consistencia; en la ley reguladora se introducen «parches» para resolver problemas puntuales que «descuadran» el modelo diseñado por el legislador ordinario; esa falta de consistencia no será controlable, ya que la norma modificadora tiene el mismo o superior rango que la modificada. En segundo lugar (nótese que, en muchos casos, este efecto es incluso resaltado como una «virtud» de la nueva norma), se «blinda» la decisión regulatoria frente a su impugnación judicial.

No nos vamos a ocupar aquí de explicar el (limitado) alcance del control judicial de las normas con rango de ley, pero sí queremos destacar que la existencia de una amplia y detallada legislación de la Unión Europea regulando la liberalización de este tipo de actividades ayuda a que ese control judicial sea más efectivo e intenso.

³ A través de las siguientes directivas: (i) Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; y el Reglamento (CE) 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores; y (ii) Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

⁴ Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

En efecto, al llevar a cabo el test de compatibilidad de la norma nacional con el derecho de la Unión, el tribunal o juez ordinario puede por sí solo declarar inaplicable una disposición o acto, aun cuando éste derive de la mera aplicación directa de una norma con rango de ley, si considera que dicha ley resulta contraria a una norma del derecho de la Unión Europea. Resultan paradigmáticas, en este sentido, una sentencia del Tribunal Supremo de 2012⁵, en la que el alto tribunal declaró directamente inaplicable el mecanismo de financiación del bono social eléctrico (introducido en una norma con rango de ley) por no cumplir los requisitos que deben observar las obligaciones de servicio público establecidos en el artículo 3.2 de la Directiva 2003/54/CE (posteriormente sustituido por el mismo precepto de la Directiva 2009/72/CE), según estos habían sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Al contrario de lo que ocurre con el test de compatibilidad con el derecho de la Unión, un juez o tribunal ordinario no puede inaplicar una norma con rango de ley por considerar a su solo juicio que la misma resulta contraria a la Constitución. En estos casos, el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional dispone que el juez o el tribunal, de oficio o a instancia de parte, deberá plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Yendo un paso más allá: ¿qué ocurre en los casos en los que se suscitan dudas de compatibilidad de una ley tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución?

En este punto, es interesante señalar que el control que el Tribunal Constitucional lleva a cabo de la actividad del legislador es mucho más difuso que el que pueden llevar a cabo los tribunales nacionales o comunitarios en aplicación del derecho de la Unión.

Lo explicaremos con un ejemplo, referido a la aplicación de los principios de no discriminación y a los de arbitrariedad y de transparencia en el ámbito de las obligaciones de servicio público que los Estados miembros pueden imponer bajo determinadas circunstancias y observando determinados requisitos a empresas eléctricas y gasistas. El artículo 3.2 de las directivas que rigen los mercados interiores de electricidad y gas establecen los requisitos que debe observar la imposición de dichas obligaciones para que sean compatibles con el derecho de la Unión: deben definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas el acceso a los consumidores nacionales en igualdad de condiciones.

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si el alcance del principio de no discriminación de las directivas es el mismo que el determinado por los artículos 9 y 14 de la Constitución. Es decir, si a la hora de enjuiciar una medida regulatoria impuesta por una norma con rango de ley que suponga una obligación de servicio público o la imposición en general de cualquier obligación a las empresas eléctricas o gasistas, el análisis de su compatibilidad con el principio de no discriminación o de transparencia previstos en las directivas es el mismo que el que haría el Tribunal Constitucional respecto del principio de igualdad y no arbitrariedad reconocidos en la Constitución española.

La respuesta es que no.

El control por el Tribunal Constitucional tiene un alcance limitado. La especial naturaleza del Tribunal Constitucional como último garante de la Constitución hace que su análisis de compatibilidad se circunscriba a un estricto control de la arbitrariedad del

⁵ Sentencia de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010).

legislador, salvaguardándose así el pluralismo político y la libertad de configuración legal. Por ello, como se encarga de subrayar la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2016, de 6 de octubre, el análisis que realiza el Tribunal Constitucional es «*exclusivamente de constitucionalidad y no político, de oportunidad o de calidad técnica*» (por todas, STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4), «*excluyendo toda valoración política o de conveniencia y oportunidad*» (entre otras, STC 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 5)» (FJ 1).

Ello se traduce en que el Tribunal Constitucional solo considerará que una norma es discriminatoria o arbitraria (por todos, Auto Constitucional 72/2008, de 26 de febrero) en el escenario extremo de que carezca «*de toda explicación racional, [...], sin que resulte pertinente realizar [a tales efectos] un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de sus eventuales consecuencias*». Por ello, al Tribunal Constitucional le basta con verificar que el poder legislativo no ha ejercido de una forma caprichosa, inconsecuente o incoherente la discrecionalidad de la que dispone, pues solo en estos casos lo consideraría ilegítimo. Como señala la STC 167/2016: «*no podemos dejar de recordar, una vez más, que “no corresponde a este Tribunal interferirse en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación o, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza en ejercicio de su libertad de opción en este ámbito” (STC 140/2015, de 22 de junio, FJ 2)*».

Sin embargo, las normas de la Unión tienen un enfoque mucho más concreto y se ocupan, fundamentalmente, de que cualesquiera obligaciones que se impongan a las empresas no afecten a las condiciones de competencia en el mercado interior ni las ponga en una diferente situación para acceder a los consumidores nacionales. Así, la sentencia del TJUE en el asunto ANODE⁶ señaló que la directiva no permite excluir inmotivadamente de obligaciones de servicio público a empresas concretas; en el mismo sentido, las previas Sentencias del TJUE en los asuntos *Federutility*⁷ y *Enel Produzione*⁸ señalaron que no es discriminatoria una medida que haga recaer una carga financiera sobre un grupo reducido de empresas y no «*se aplica de modo idéntico al conjunto de las empresas*», solo y exclusivamente si la diferenciación no se basa en criterios objetivos.

Para ello es preciso que se analice de forma pormenorizada cómo se ven afectados los derechos y obligaciones (y su posición en el mercado) de todas las empresas del sector con cada medida introducida bajo el paraguas de dicha directiva. Y ello obliga a analizar la justificación y proporcionalidad de la medida desde un punto de vista técnico, con un alcance mucho más concreto (analizando no solo los criterios considerados en cada caso, sino también si han sido correctamente aplicados), sobre todo cuando se imponen obligaciones económicas significativas e individualizadas a un grupo reducido de agentes del mercado.

Una buena prueba del diferente alcance del control judicial es el hecho de que sobre la misma norma cuya constitucionalidad avaló la STC 167/2016⁹ en respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Nacional, la propia Audiencia Nacio-

⁶ Sentencia del TJUE, de 7 de septiembre de 2016, en el caso ANODE (C-121/15).

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de abril de 2010, en el asunto C-265/08.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia, de 21 de diciembre de 2011, en el asunto C-242/10.

⁹ Cuestión de inconstitucionalidad 6599-2013, planteada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en relación con la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

nal ha planteado después una cuestión prejudicial ante el TJUE por posible vulneración de los principios de no discriminación y transparencia de la Directiva de Electricidad¹⁰.

2.3. Revisión de las decisiones de los organismos reguladores

Los organismos reguladores autónomos son, bajo el derecho de la Unión Europea, un pilar esencial para la efectiva consecución de mercados liberalizados competitivos. Entre sus competencias se encuentran facultades tan relevantes como la de establecer la retribución de determinados sectores de actividad o la de fijar las condiciones en las que los operadores pueden acceder a las infraestructuras de otros operadores para poder prestar sus servicios a sus clientes.

En algunos casos, el legislador acota la discrecionalidad del regulador, y le atribuye potestades estrictamente regladas; un buen ejemplo de ello son las (detalladas) normas reglamentarias que aprueban metodologías de aprobación de la retribución de las actividades de distribución y transporte de electricidad o gas, que convierten la potestad del regulador de aprobación de retribuciones o precios en prácticamente reglada.

En la gran mayoría de los casos, sin embargo, la regulación se limita a establecer los principios generales que han de presidir el ejercicio de la actividad y a establecer las herramientas de las que dispone el regulador para ordenar el funcionamiento del mercado. La legislación de telecomunicaciones es un buen ejemplo de ello; la CNMC goza en ese mercado de amplísimas potestades para definir mercados, para imponer obligaciones, diseñar metodologías, etc.

La concesión de amplios márgenes de discrecionalidad es, en mercados dinámicos como los recientemente liberalizados, muy razonable. El regulador debe ser capaz de adaptar sus decisiones a la evolución de la competencia en los mercados, a las estructuras de costes de los agentes, a la variación de sus incentivos, etc.

Sin embargo, hemos de convenir en que cuanto más intensa es la discrecionalidad de la que gozan los reguladores, son menos las herramientas de las que gozan los tribunales para controlar el ejercicio de esa discrecionalidad y, por ello, el uso que se haga de esas herramientas tiene que ser más intenso.

2.3.1. *El principio de deferencia*

El alcance de la revisión de los actos y disposiciones de los organismos reguladores debe ser completo, lo que no quiere decir que pueda ser ilimitado. El comúnmente conocido en el mundo anglosajón como «principio de deferencia», exige que el poder judicial respete un cierto margen de apreciación a los reguladores que garantice su autonomía dentro del ejercicio de las funciones que el marco regulatorio establecido les atribuye.

Como ha recordado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de diciembre de 2018¹¹, esta doctrina tiene base asimismo en la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea:

¹⁰ P.O. 43/2014, Sección Cuarta.

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 6552/2017.

Pero que el control judicial deba ser completo no quiere decir que pueda ser ilimitado. En el ámbito de la Unión Europea se afirma, STPI de 15 de diciembre de 2005, T— 210/01, General Electric, que «[...] no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia tratando de acreditar lo que ésta habría hecho si hubiera tenido en cuenta dicho efecto disuasivo del art. 82 CE» (apdo. 312). En el mismo sentido, en el asunto GSK Services (STPI de 27 de septiembre de 2006, T-168/01, apdo. 243) el TPI declaró «no le corresponde sustituir la apreciación económica del autor de la decisión cuya legalidad debe controlar por la suya propia», confirmado mediante STJUE de 6 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, apdos. 85 a 87). Por último, el TJUE, en la antecitada sentencia de 11 de septiembre de 2014, C-67/13 P, indicó en la misma línea que «[...] no corresponde al Tribunal General sustituir la apreciación económica de la Comisión, que tiene la competencia institucional para ello, por la suya propia» (apdo. 46).

Por ejemplo, en materia de definición de mercados conforme a las normas de competencia, el Tribunal de Primera Instancia ha considerado que *«no le corresponde realizar su propio análisis del mercado, sino que debe limitarse a comprobar, en la medida de lo posible, el fundamento de las afirmaciones contenidas en la decisión que resultan esenciales para la apreciación del asunto»*¹². Y, en el mismo sentido, el Tribunal General ha señalado que *«cuando la decisión de la Comisión es el resultado de apreciaciones técnicas complejas, éstas son objeto en principio de un control jurisdiccional limitado que implica que el juez comunitario no sustituya la apreciación de los elementos de hecho realizada por la Comisión por la suya propia»*¹³.

La deferencia al regulador en sus apreciaciones de carácter técnico o jurídico no significa, en cambio, que no quepa un control judicial de su actuación. Las dos principales herramientas de control judicial (dejando al margen las herramientas de control «formal», e.g., motivación) son el juicio de razonabilidad y el necesario respecto a los principios generales del Derecho.

2.3.2. El juicio de razonabilidad

El «juicio de razonabilidad» se aproxima a lo que la doctrina administrativa ha llamado históricamente el «control de los hechos determinantes del acto discrecional», que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993 (ponente: GODED MIRANDA) se refería a *«los presupuestos objetivos legalmente exigibles para que pueda realizarse por la Administración la consecuencia jurídica contemplada en la norma»*. Es decir, el regulador puede tener libertad de apreciación, pero los hechos en los que se fundamenta su decisión han de ser los adecuados y han de ser ciertos, y la conclusión que se extrae de esos ha de ser razonable y ajustada a la realidad de las cosas. Y son estos aspectos concretos que el órgano judicial ha de verificar. El juicio de razonabilidad implica valorar, en última instancia, que la decisión del regulador es coherente y no resulta arbitraria.

En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 (ponente: GODED MIRANDA) que señaló que *«el ejercicio de potestades en que exista un elemento de discrecionalidad no excluye tales actuaciones del control jurisdiccional, que debe velar por que las mismas no se produzcan con arbitrariedad, ya que la interdic-*

¹² STPI de 10 de marzo de 1992, Società Italiana Vetro y otros, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89 (apartados 159 y 160).

¹³ STG de 1 de julio de 2010, asunto T-321/05, Astra Zeneca (apartado 32).

ción de la arbitrariedad de los poderes públicos constituye uno de los principios garantizados por la Constitución (artículo 9.3)».

El Tribunal Supremo ha hecho suya la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de analizar los análisis económicos de los organismos reguladores o de competencia, estableciendo que *«para la apreciación en materias económicas sobre los datos de carácter económico, el órgano jurisdiccional no sólo debe verificar, en particular, la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de ellos»*¹⁴.

Sobre este punto resulta clarificador el siguiente pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de diciembre de 2018, dictada a propósito de la normativa reglamentaria que reconoce los costes en que incurren las comercializadoras de electricidad de referencia¹⁵ a efectos de calcular su retribución: *«admitiendo, como ya hemos hecho, que la regulación aprobada habría podido acoger soluciones distintas a las que finalmente incorporó —y no solo en aquellos puntos en los que la recurrente centra su discrepancia—, es sabido que el autor de la norma reglamentaria cuenta con un margen de apreciación que permite la opción entre varias alternativas, siendo todas éstas legítimas en tanto no se acredite que la adoptada es irracional o arbitraria o que vulnera algún precepto legal».*

En definitiva, en aplicación del juicio de razonabilidad, los tribunales deben valorar si la decisión discrecional adoptada por el organismo regulador es justa, coherente, se basa en datos fiables y no excede de los límites que marcan los elementos reglados de la norma que aplican. Pero no corresponde al tribunal llevar a cabo un juicio de oportunidad, decidir si existen otras soluciones alternativas a la alcanzada por el regulador que también serían justas, coherentes, basadas en datos fiables y dentro de los límites de la norma, ni mucho menos completar o sustituir la decisión del regulador.

2.3.3. Principios generales del derecho

Si el acto discrecional supera el juicio de «razonabilidad», queda aún un último ejercicio, muchas veces olvidado por los tribunales: el control de la adaptación de la decisión del regulador a los principios generales que rigen el ejercicio de potestades administrativas.

De modo general, el artículo 129 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas menciona como «principios de buena regulación» (aplicables en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, pero también —entendemos— al dictar actos administrativos), los «prin-

¹⁴ Por todas, véase la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 6552/2017.

¹⁵ Real Decreto 469/2016, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación; y Orden ETU/1948/2016, de 22 de diciembre, por la que se fijan determinados valores de los costes de comercialización de las comercializadoras de referencia a incluir en el cálculo del precio voluntario para el pequeño consumidor de energía eléctrica en el período 2014-2018.

cipios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia».

De modo particular, cada legislación sectorial establece asimismo una serie de principios que han de presidir tanto la actividad normativa como la producción de actos administrativos (el principio de «suficiencia» de la retribución de las actividades reguladas de los sectores eléctrico y gasista, el principio de «orientación a costes», etc.).

Si observamos la práctica judicial en España, puede observarse que los tribunales se sienten mucho más cómodos analizando la infracción de los principios generales de carácter «formal» que los «sustantivos».

Entre los primeros cabe citar, por ejemplo, el principio de «transparencia», íntimamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva (es decir, la necesidad de exteriorización de las razones que llevan al regulador a adoptar una determinada decisión, como mecanismo de que *«tales decisiones o las consecuencias o aplicación de las mismas puedan ser debidamente controlables ante los tribunales por los sujetos afectados»*¹⁶).

De los principios «sustantivos» o «materiales», existen dos que, a nuestro juicio, que deberían ser los pilares de análisis de cualquier medida regulatoria pero que, por diferentes razones, raramente se aplican por los tribunales: son la libertad de empresa y la proporcionalidad.

De una parte, todas las limitaciones que impone la legislación sectorial constituyen, en última instancia, restricciones a la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 de la Constitución. Sin embargo, la delimitación del alcance de ese principio por parte de la jurisprudencia ha sido, hasta la fecha, extremadamente parca.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006, de 5 abril, que enjuició la constitucionalidad de la Ley 21/1997, de 3 julio, Reguladora de las Emisiones y Transmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos), considera que las «tres vertientes imprescindibles» de la libertad de empresa son «*la libertad de contratación*» y «*la libertad de inversión y la libertad de organización*». La Sentencia del Tribunal Constitucional 225/1993, de 8 de julio, con más detalle, afirma que «*si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial “en libertad”, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*».

La Sentencia 35/2016, de 3 de marzo, introduce una interesante distinción entre las regulaciones que afectan al acceso al mercado o que pueden introducir desigualdad en las condiciones de ejercicio de una actividad empresarial (donde la medida se considera constitucional si es proporcional), y regulaciones que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma. En este caso, según el Tribunal Constitucional, el canon de constitucionalidad empleado es algo diferente, pues solamente permite verificar si esas medidas son «constitucionalmente adecuadas», esto es, si la medida cuestionada «*constituye una medida adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que le corresponda a este Tribunal ir más allá, pues ello supondría fiscalizar la oportunidad de una concreta elección del legislador, de una legítima opción política*».

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012 (recurso 419/2010).

De otro lado, el principio de proporcionalidad como herramienta de control de medidas que supongan restricciones a la libertad de establecimiento ha sido ampliamente desarrollado por el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En concreto, para que estas medidas puedan ser compatibles con el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) deberán concurrir los requisitos establecidos al respecto por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Gebhard, a saber: (i) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general; (ii) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; y (iii) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Además, considera el Tribunal de Justicia que si se concluye que una determinada medida es restrictiva del derecho a la libertad de establecimiento, la carga de la prueba de la justificación de la restricción recae sobre el Estado que ha adoptado la medida¹⁷.

Así, por ejemplo, en relación con el principio de proporcionalidad, el TJUE ha señalado que la duración de una intervención de precios por parte de un regulador debe limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo que persigue, y ha declarado contrario al derecho de la Unión Europea aquellas intervenciones de precios que se impongan con carácter permanente¹⁸.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad no resulta apenas aplicado por los tribunales españoles en el control de la actividad de los reguladores. Si se comparan las sentencias del TJUE y de los tribunales nacionales en esta materia, las diferencias son enormes. Los tribunales nacionales consideran normalmente que la «necesidad» o «adecuación» de una medida es uno de los elementos discrecionales en los que se manifiesta la «deferencia» debida a la actividad del regulador. Sin embargo, tanto la necesidad de una medida como su adecuación para resolver un problema concreto son elementos «reglados» del acto, no discrecionales. Un juez está en perfecta situación (sin que ello suponga suplir el criterio del regulador) de determinar si el problema identificado por el regulador incide o no realmente en los bienes jurídicos tutelados por la norma, de modo que resulte necesario hacer frente al mismo; tampoco es algo «opinable» (es decir, de valoración discrecional) si la solución propuesta para atajar el problema detectado es adecuada o no, en el sentido de si la medida en cuestión pondrá efectivamente fin al problema. Y, por último, los Tribunales deben y pueden revisar también si hay medidas alternativas a las decididas por el regulador que, siendo igualmente adecuadas para resolver el problema detectado, son menos gravosas para los administrados afectados.

2.3.4. *Discrecionalidad vs. conceptos jurídicos indeterminados*

Diferente de la discrecionalidad (aun cuando a veces se confunda) es el control judicial de los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

El Tribunal Supremo (Sentencia de 5 de junio de 1995) ha definido el «concepto jurídico indeterminado» como aquel que «constituye una referencia legal a una esfera de la realidad cuyos límites no se dejan bien precisados en su enunciado, pero por los que intenta

¹⁷ Así lo ha establecido el TJUE para el equivalente a los artículos 43 y 45 del Tratado CE en el ámbito de la libre circulación de mercancías: el artículo 36 TFUE (*vid.* SSTJUE de 8 de noviembre de 1979 en el asunto C-251/78 *Denkavit Futtermittel*, Rec. 1979, pág. 3369, y de 26 de junio de 1980 en el asunto C-788/79 *Gilli*, Rec. 1980, pág. 2071, apartado 28).

¹⁸ Sentencia del TJUE de 20 de abril de 2010 en el caso *Federutility* y otros (C-265/08) y Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2016 en el caso *ANODE* (C-121/15).

delimitar un supuesto concreto, cuya aplicación es un caso de aplicación de la Ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas».

Asimismo, la jurisprudencia ha insistido en la conveniencia de deslindar la «*discrecionalidad administrativa*» de los conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1993, «*la simple inclusión de un concepto indeterminado en la norma a aplicar no significa, sin más, que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con libertad y renunciar a la solución justa del caso*».

Así, del mismo modo que la Administración dispone de un cierto margen de discrecionalidad a la hora de decidir una metodología de atribución de costes o de fijación de precios regulados, carece por completo de discrecionalidad cuando aplica un concepto jurídico indeterminado. La adopción de un Real Decreto Ley estará justificada por la «urgencia» o no dependiendo de las circunstancias, no porque el Gobierno *quiera* que sea urgente la adopción de un cambio normativo; la Administración carece asimismo de discrecionalidad al fijar el precio a pagar por una expropiación forzosa, ya que tal precio ha de ser el «justo», ni más ni menos; y, del mismo modo, al determinar la rentabilidad a reconocer a una actividad regulada, la Administración no puede discrecionalmente decidir si quiere retribuirla más o menos (del mismo modo que sí puede elegir que el trazado de la carretera discurra más por el norte o por el sur); tiene que reconocerle una rentabilidad «razonable» o «adecuada».

Así, pues, la discrecionalidad implica una «*pluralidad de soluciones justas*»; en los conceptos jurídicos indeterminados solo hay «*una solución justa*».

La legislación reguladora de sectores liberalizados está plagada de conceptos jurídicos indeterminados: «rentabilidad razonable», «orientación a costes, o «empresa eficiente y bien gestionada». Ciertamente, al aplicar estos conceptos jurídicos indeterminados existe un margen de apreciación más o menos amplio. La apreciación de la «urgencia», del «justo precio» o de la «buena fe» (todos ellos, típicos conceptos jurídicos indeterminados) requiere de la valoración de las circunstancias concurrentes, y en ese ejercicio de valoración hay un cierto margen de apreciación. Sin embargo, insistimos, la indeterminación jurídica de estos conceptos no lleva implícita una facultad de la Administración para actuar discrecionalmente. Más bien, ocurre al contrario: los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos objetivos, y operan en estos casos como un mandato a la Administración para que encuentre la solución más justa posible, la que más convenga a todos los intereses implicados, dentro de los límites del concepto jurídico indeterminado. Si la decisión adoptada es fruto del voluntarismo, la Administración se habrá equivocado en su decisión y tendrá la obligación de corregirla.

2.4. Referencia bibliográfica

RUIZ PALAZUELOS, N. *El control jurisdiccional de la discrecionalidad de los organismos reguladores: un análisis de casos en los ámbitos de la energía y las telecomunicaciones*. Thomsom Reuters Aranzadi 2018.

3. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD DEL SUPERVISOR EUROPEO BANCARIO

La atribución por el regulador de facultades discrecionales a los organismos supervisores alcanza particular intensidad en el ámbito bancario, afirmación que si ya era fá-

cilmente constatable de una simple lectura de la normativa que atribuía al Banco de España amplia discrecionalidad en la supervisión prudencial, más lo es ahora, ya que tras la gran crisis financiera y económica sufrida y como reacción a sus devastadores efectos, el nuevo régimen jurídico de supervisión prudencial del sector bancario europeo, consolida, si no exacerba, la discrecionalidad supervisora, atribuyendo un amplio margen de apreciación al Banco Central Europeo. Y es que, asumiendo las conclusiones del denominado «Informe Larosière»¹⁹, en estos últimos años la Unión Europea ha desplegado una ingente actividad legislativa, debiendo destacarse, por lo que ahora nos interesa, la Directiva 2013/36, de 26 de junio, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito, el Reglamento 575/2013 del Parlamento Europeo, de 26 de junio, sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inersión y el Reglamento 1024/2013, de 15 de octubre, del Consejo, de encomienda al BCE tareas específicas de respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito («Reglamento de Base»).

Resulta de sumo interés, al objeto de nuestro estudio, efectuar un somero repaso al artículo 4 de este último reglamento, pues atribuye al BCE competencias exclusivas para ejercer, con fines de supervisión, una serie de funciones en relación con todas las entidades de crédito establecidas en los Estados miembros participantes, competencias que están redactadas con gran generalidad y empleo de numerosos conceptos jurídicos indeterminados como velar por el cumplimiento de los requerimientos prudenciales en materia de fondos propios, titulización, liquidez o apalancamiento; garantizar el cumplimiento por las entidades de los deberes de tener sólidas estructuras de gobernanza o adecuados procesos de gestión de riesgos, mecanismos internos de control, procesos internos eficaces de evaluación de la adecuación de capital...

Como señala la doctrina (Izquierdo Carrasco), la función de control del supervisor bancario tiene una finalidad claramente directiva, pues el BCE puede claramente «encaminar» (si no abiertamente dirigir) la actividad de las entidades hacia aquellos comportamientos que considere más adecuados para garantizar su solvencia y, por ende, la estabilidad del sector financiero. Ese control afecta a los aspectos más sensibles de cualquier actividad empresarial, pues incide no sólo en la gestión y control de los riesgos sino que llega a influir tanto en el modelo de negocio como en la estrategia²⁰, lo que, como señala la doctrina (de nuevo Izquierdo Carrasco), se ha tratado de explicar bien acudiendo a la trascendencia de los intereses públicos en juego como son la estabilidad y buena marcha del sistema económico en su conjunto, bien a que las entidades de crédito son beneficiarias de privilegios de carácter público como el de «crear dinero» (el dinero fiduciario derivado de la función bancaria de «dar préstamo») o la posibilidad de acudir a los bancos centrales como prestadores de último recurso ante situaciones de falta de liquidez.

¹⁹ La Comisión Europea encargó en noviembre de 2008 a un grupo de expertos, el conocido como «grupo de expertos de alto nivel» liderado por Jacques de Larosière, que evaluara y propusiera una nueva organización de la supervisión financiera. Los trabajos culminaron en un Informe (el «Informe Larosière») que, como destacan Linette Fiel y Daniel Pérez en un estudio publicado en la revista *Estabilidad Financiera* del Banco de España, considera que debían producirse necesariamente cambios en el marco supervisor, si bien éstos no podían efectuarse de manera aislada con respecto a las regulaciones que los supervisores deben aplicar ni de los mecanismos de gestión y resolución de crisis a su disposición.

²⁰ El proceso de supervisión del BCE, denominado Proceso de Revisión y Evaluación Supervisora (conocido como proceso SREP por sus siglas en inglés), se basa en cuatro pilares, siendo el primero la supervisión del modelo de negocio y rentabilidad y el segundo la estructura de gobernanza (los otros dos son el análisis del capital y de la liquidez).

La doctrina ha constatado la gran dificultad que supone el control judicial de esta función, hasta el punto de que algún autor²¹ ha llegado a afirmar que es prácticamente imposible que los tribunales dispongan de los elementos de juicio necesarios para revisar si se ha conformado correctamente el supuesto de hecho que da lugar al ejercicio de las potestades administrativas de supervisión bancaria. Además, como bien señala Izquierdo Carrasco, la existencia de mecanismos informales de control (reuniones, recomendaciones verbales...) que den lugar a la «aceptación voluntaria» de los requerimientos por la entidad es un límite de hecho añadido al control judicial.

En este contexto, comentaremos la doctrina judicial comunitaria que refiere la forma en que debe ejercitarse el control judicial de las facultades discrecionales del BCE. En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2018, BNP Paribas/BCE, T-768/16, el control judicial que se debe ejercer sobre la conformidad a derecho de la motivación del decisión impugnada no debe llevarle a sustituir la apreciación del BCE por la suya propia. Ahora bien, el ejercicio de ese amplio margen de apreciación, no está exento de control jurisdiccional, antes al contrario. En este sentido, podemos sistematizar conforme veremos a continuación la forma en que puede, realmente debe, ejercerse tal control:

i) Doctrina general: apreciación de los hechos

La jurisprudencia comunitaria ha declarado reiteradamente que, en el caso de apreciaciones complejas, la autoridades de la Unión tienen en ciertos ámbitos del derecho de la Unión (como el presente) una amplia facultad de apreciación, de modo que el control que el juez de la Unión ejerce sobre tales apreciaciones se ha de limitar, necesariamente a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación de los hechos y de abuso de poder (Sentencia de 2 de septiembre de 2010, Comisión/Deutsche Post, C-399/08 P o Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017, antes mencionada). Así mismo, deberá comprobar que la decisión impugnada no está viciada de ningún error de derecho.

Dado que veremos separadamente la obligación de motivación y la interdicción de abuso de poder, comentar en este punto que la comprobación de la exactitud material de los hechos y la apreciación de si se ha incurrido o no en error manifiesto de apreciación de los hechos es uno de los primeros elementos que deben plantearse a la hora de analizar la interposición de un recurso judicial frente a una decisión de una institución comunitaria, como es el caso del BCE; en este sentido, como señala reiterada jurisprudencia, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos.

Por lo demás, el análisis de la exactitud de hechos y apreciación de los mismos es una cuestión de prueba que dependerá del caso concreto y al que el recurrente deberá prestar particular atención pues, como demuestra la Sentencia de 13 de diciembre de 2017 antes indicada, frente a la apreciación técnica del BCE en el caso concreto el Tribunal General consideró que no era suficiente la mera declaración del recurrente basada

²¹ J. García Andrade Gómez, citado por Laguna de Paz.

en su propio criterio, por lo que desestimó la alegación de manifiesto error en la apreciación tanto del hecho como de la conclusión jurídico regulatoria que se extraía del mismo.

ii) Garantías procedimentales

Como señala reiterada jurisprudencia comunitaria, cuando una autoridad de la Unión dispone de una amplia facultad de apreciación, el respeto de las garantías conferidas por el ordenamiento jurídico en los procedimientos administrativos reviste una importancia tanto más fundamental (Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017 o de 13 de julio de 2018 antes citadas). Y entre dichas garantías figura en primer lugar, respetar la audiencia del interesado, de manera que no se cause indefensión material.

iii) Motivación

De acuerdo con los artículos 33 y 39 del Reglamento de Base, toda decisión del BCE debe estar motivada, deber que no es sino reproducción del que se contiene, genéricamente, en el art. 296 del TFUE, que establece que las instituciones y los órganos de la Unión están sujetos a la obligación de motivación. Debe recordarse que la obligación de motivación constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo, tal y como señala la Sentencia del TJUE de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión, C-439/11 P.

Así, como señala la STG de 13 de diciembre de 2017, cuando una autoridad de la Unión dispone de una amplia facultad de apreciación el respeto a la obligación de motivar suficientemente es un deber esencial, pues sólo así el juez de la Unión podrá comprobar si concurren los elementos de hecho y de derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación.

Desde este punto de vista, como señala la STG de 16 de mayo de 2017, por un lado, la motivación debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emana el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y por ende el órgano judicial pueda ejercer su control. Más concretamente, en cuanto a la motivación de las decisiones individuales, el deber de motivarlas tiene como finalidad no sólo favorecer el control judicial, sino también proporcionar al interesado una indicación suficiente sobre si la decisión adoptada adolece eventualmente de algún vicio que permita impugnar su validez. Por otro lado, la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, del contenido del acto, de la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por el acto pueden tener en recibir explicaciones, no exigiéndose que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, pues la motivación debe ponerse en relación con el contexto de normas que regulan la materia de que se trate.

Específicamente con relación a la motivación de los actos del BCE y su recurso judicial, debemos llamar la atención sobre el hecho de que la doctrina judicial comunitaria admite que las Decisiones del BCE se completen, a estos efectos, con la motivación que se contenga en el dictamen del Comité Administrativo de Revisión (órgano administra-

tivo independiente ante el que puede, potestativamente, interponerse recurso frente a decisiones del Consejo de Supervisión del BCE) y ello por la razón de que dicho dictamen debe ser tenido en cuenta por el Consejo de Gobierno a la hora de emitir su Decisión resolutoria del recurso (en este sentido, por ejemplo, Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017, antes citada; o Sentencia del Tribunal General de 13 de diciembre de 2017)

Ahora bien, el hecho de que algunos de los motivos de una decisión del BCE puedan adolecer de nulidad o invalidez no convierte automáticamente en inválida la indicada resolución siempre que haya otros motivos que puedan justificarla de modo suficiente en Derecho, tal y como resalta reiterada jurisprudencia comunitaria (ver Sentencias de 12 de julio de 2001, Comisión y Francia/TF1, C-302/99P; y 12 de diciembre de 2006, SELEX/ Comisión, T-155/04)

iv) Principio de buena administración: ejercicio pleno de la facultad discrecional.

Otro principio que ayuda al control judicial es el de buena administración, que se define, según reiterada jurisprudencia, la obligación que la institución comunitaria competente tiene de examinar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate (sentencias de 21 de noviembre de 1991, Technische Universität München, C-269/90; 29 de marzo de 2012, Comisión/Estonia, C-505/09 P). Este principio viene deficiendo en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales y al que alude, por ejemplo, el art. 28.2 del Reglamento de Base que señala que el BCE, en su evaluación, tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes.

Como señalan las sentencias de 14 de julio de 2011, Freistaat/Comisión, T357/02 RENV, o 10 de julio de 2012, Smurfit/Comisión, T 304/08, si la normativa comunitaria ha investido de la facultad de apreciación a una institución, ésta debe ejercerla plenamente, de tal forma que la institución debe demostrar ante los órganos jurisdiccionales que adoptó su decisión tomando en consideración todos los datos y circunstancias pertinentes de la situación que se haya pretendido regular mediante el acto en cuestión.

La importancia de este principio la podemos ver en la, tantas veces mencionada ya, Sentencia del TG de 13 de julio de 2018, pues precisamente el incumplimiento de este deber por parte del BCE, en la medida en que no examinó debidamente todas las circunstancias del ahorro regulado propio del derecho francés, el que llevó al citado tribunal comunitario a estimar el recurso interpuesto por la entidad BNP Paribas, acordando anular la decisión del BCE que no excluía del cálculo del ratio de apalancamiento las exposiciones frente al organismo público CDC derivadas de ese denominado «ahorro regulado».

vi) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad forma parte de los principios generales del derecho de la Unión y exige que los actos de las instituciones sean idóneos para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar tales objetivos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas respecto a los objetivos perseguidos (véase por ejemplo la Sentencia de 4 de mayo de 2016, Philip Morris y otros, C-380/03). Y ha recordado también la jurisprudencia que la apreciación de la propor-

cionalidad de una medida debe conciliarse con el respeto del margen de apreciación que en su caso tenga la institución, por lo que, al igual que veíamos anteriormente, será clave para controlar el ejercicio de esta facultad que el recurrente presente pruebas que permitan acreditar que la medida adoptada por el supervisor infringe el principio de proporcionalidad, pues es más onerosa que otra alternativa también válida a los efectos pretendidos.

vii) Desviación de poder

Finalmente, dejar apuntado que según reiterada jurisprudencia, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas; recuerda esta doctrina que una cesión solamente está viciada de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptada con dicha finalidad y que en el caso de pluralidad de finalidades, aunque a los motivos válidos se una uno injustificado, no por ello la decisión está viciada de desviación de poder, siempre y cuando no sacrifique la finalidad esencial (por todas, Sentencia de 21 de septiembre de 2005 EDP/Comisión, T 87/05).

20. Referencia bibliográfica

- Izquierdo Carrasco M. (2012): «La supervisión pública sobre las entidades bancarias», en M.Rebollo Puig (dir.), *La regulación económica, en especial, la regulación bancaria*, Actas del IX Congreso Hispano Luso de Derecho Administrativo, Iustel.
- Laguna de Paz JC; «El mecanismo europeo de supervisión bancaria», en *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014).

LA AUTORIZACIÓN DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR: EVOLUCIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Alfonso Codes Calatrava, Pablo Gutiérrez Serrano

SUMARIO: ABREVIATURAS.—1. INTRODUCCIÓN.—2. LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO: INCIDENCIAS DE LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO.—3. LEY 9/2013, DE 4 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y LA LEY 21/2003, DE 7 DE JULIO, DE SEGURIDAD AÉREA.—4. CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE LA MATERIA.—5. RÉGIMEN JURÍDICO PREVISTO EN EL REAL DECRETO LEY 3/2018, DE 20 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES, EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR.—6. REAL DECRETO LEY 13/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES, EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR.—7. PROBLEMÁTICA ACTUAL

ABREVIATURAS

LOTT	Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres
ROTT	Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres

1. INTRODUCCIÓN

Las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor han sufrido, en la última década, una serie de modificaciones, en su régimen jurídico, que han generado importantes consecuencias no solo en el campo estrictamente legal. La aparición de nuevas tendencias de mercado fundamentadas en la aplicación de nuevas tecnologías han creado nuevos sectores económicos, potentes en términos cuantitativos y de gran calado en la sociedad. Uno de ellos ha sido el denominado «sector VTC», que ha permitido la irrupción de nuevos modelos de negocio en el campo de los transportes terrestres, obligando al legislador a adaptar la normativa vigente, en cada momento, al rápido avance y evolución de aquellos.

Tal ha sido la incidencia de este sector en el campo social y económico, que las modificaciones de su régimen jurídico han sobrepasado las consecuencias regulatorias habituales hasta generar una problemática real en la prestación del servicio de transporte de viajeros mediante vehículo con conductor privado, o taxi, que ha supuesto una importante intervención político-administrativa en aras de pacificar el sector y regular las condiciones de prestación del servicio.

Partiendo de lo anterior, la relevancia e interés de este artículo doctrinal radica, precisamente, en su máxima actualidad, así como en el conjunto de campos de nuestra vida diaria (económico, social y político) que se han visto influidos por los cambios sufridos por este sector, más allá de la mera evolución y actualización de su régimen jurídico.

Por ello, resulta necesario exponer la normativa aplicable, en cada momento temporal, desde la publicación de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y su normativa de desarrollo, para que pueda observarse cómo su evolución ha ido generando una serie de consecuencias económicas y sociales que, además de conllevar cierta conflictividad social, siguen sin tener una solución definitiva en nuestros días.

Y todo ello para formar parte, como trabajo doctrinal, de una obra colectiva que, además de su calidad y relevancia técnica, destaca por su finalidad: servir de recuerdo y homenaje a don Manuel Goded Miranda, jurista de indiscutible relevancia para el mundo jurídico español del siglo xx y protagonista relevante, como miembro ilustre, de los valores encomiables del Excelentísimo Cuerpo de Abogados del Estado del Reino de España. Sirva, pues, este artículo para recordar el cariño, el respeto y la admiración que estos dos autores siempre tendrán a la figura de don Manuel Goded Miranda.

Don Manuel, nunca podremos agradecerte lo suficiente todo aquello que hiciste por nosotros.

2. LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y SU NORMATIVA DE DESARROLLO: INCIDENCIAS DE LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE DIVERSAS LEYES PARA SU ADAPTACIÓN A LA LEY SOBRE EL LIBRE ACCESO A LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS Y SU EJERCICIO.

El régimen jurídico aplicable a la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor parte de la regulación establecida en los siguientes instrumentos normativos:

- La Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante LOTT): artículos 48 a 50.
- Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, ROTT): artículos 180 y siguientes.
- La Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del ROTT (en adelante, Orden FOM/36/2008).

La LOTT, a la hora de regular la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor, parte, en su redacción originaria, de la necesidad de obtención de un título administrativo habilitante que revestirá la forma jurídica que expresamente se establezca en la regulación específica de dicha actividad¹, otorgándole un carácter reglado, esto es, estableciendo una serie de requisitos que el solicitante del título habilitante debe cumplir, y debiéndose, por tanto, conceder si se acredita la concurrencia de aquellos. Por tanto la prestación del servicio se garantiza en un régimen de libre concurrencia sin perjuicio de las posibles restricciones que el legislador prevé para el otorgamiento de dichos títulos, en aquellos supuestos y de la forma prevista en los artículos 49 y 50 de la

¹ Artículo 180.2 ROTT, en su redacción originaria: «Para la realización de la actividad de arrendamiento con conductor será precisa la obtención, para cada vehículo que se pretenda dedicar a la misma, de una autorización expedida por el mismo órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones de transporte discrecional interurbano en el territorio de que trate, previo informe favorable del correspondiente Ayuntamiento, que habilite al efecto».

LOTT; medida que recoge, igualmente, el ROTT, cuando en la redacción originaria de su artículo 181.2 establece:

2. El correspondiente Ayuntamiento podrá valorar las circunstancias externas concurrentes a la hora de emitir su informe sobre la procedencia del otorgamiento de las autorizaciones solicitadas, debiendo tenerse en cuenta la distinta naturaleza y el carácter diferenciado del arrendamiento con conductor y de los servicios de transporte en vehículos de turismo.

Cuando el correspondiente Ayuntamiento haya emitido su informe favorable y se cumplan los requisitos a que se refiere el punto anterior, el órgano competente sobre el transporte interurbano otorgará la autorización solicitada, pudiendo únicamente denegarla si existe una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio de que se trate y los potenciales usuarios del mismo en dicha zona, o se incumple alguno de los requisitos exigibles, establece.

En el mismo sentido, la Orden FOM/36/2008, en su artículo 14.1, establece

El órgano competente podrá denegar la autorización solicitada si existe una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio y los potenciales usuarios del servicio.

En todo caso, se entenderá que es manifiesta la referida desproporción y que, en consecuencia, procede denegar la autorización, cuando la relación entre el número de autorizaciones de esta clase domiciliadas en la comunidad autónoma de que se trate y el de autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en la misma sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas.

No obstante, aún no concurriendo la circunstancia prevista en el párrafo anterior, cuando el órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones entienda que existen desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor en una determinada zona, el órgano competente de la comunidad autónoma podrá elaborar y aprobar un plan o programación de transporte en el que se establezcan limitaciones al otorgamiento de autorizaciones o criterios relativos a la prestación de la actividad, así como de su distribución territorial. Cuando exista dicho plan o programación, la decisión administrativa sobre el otorgamiento de las autorizaciones que hayan de domiciliarse en el territorio afectado tendrá carácter reglado, pudiendo revestir carácter negativo, únicamente, cuando se incumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo 5 ó cuando así deba resultar de los criterios previstos en el plan.

De esta forma, la normativa originaria aplicable a este tipo de actividad, estableció una regla general de libre concurrencia, previa concesión de una autorización administrativa de tipo reglado, junto con la posibilidad de restricción, o limitación de dicha concesión, en la forma y casos que la propia normativa determinó.

Este régimen jurídico que se mantuvo conforme a la realidad jurídica y social durante dos décadas, comenzó a verse condicionado con las exigencias que, en materia de libre competencia y libertad de mercado, se asentaron en el seno de la Unión Europea. En este sentido, dentro nuestro país, la irrupción de la comúnmente denominada «Ley Ómnibus», la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (en adelante Ley 25/2009), supuso importantes cambios en diferentes sectores de la economía.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ya había incorporado, parcialmente, al derecho español, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; si bien la Ley 25/2009, de 22 de diciembre adoptó una posición más ambiciosa en tanto que al establecimiento y consolidación de los principios generales regulatorios de las actividades de servicios era necesario complementarle, según señala el preámbulo de la ley, «un ejercicio de evaluación de toda la

normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha Ley establece». Así, continúa indicando, «el objetivo de la presente Ley es doble. En primer lugar, adapta la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud del mandato contenido en su Disposición final quinta. En segundo lugar, con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica».

Dicha ley, en lo que respecta a la materia del presente artículo, afectó de forma directa al contenido de la LOTT, ya que, además de modificar la redacción de algunos de sus preceptos, suprimió los artículos 49 y 50 de la misma, esto es, aquellos que permitían establecer restricciones cuantitativas al otorgamiento de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor. Para muchos esta situación es la que, verdaderamente, otorgó a este tipo de autorizaciones el carácter reglado, es decir, denegables solo en caso de incumplimiento de los requisitos previstos reglamentariamente para las mismas. Sin embargo, tal como se indicó anteriormente, dicha naturaleza ya existía con la normativa anterior en tanto que la regla general era la libre concurrencia sin perjuicio del reconocimiento de la potestad administrativa de restricción de aquellas. Sea como fuere, la realidad es que, a partir de dicho momento, el legislador optó por la apertura total de este sector impidiendo cualquier tipo de restricción, por ley, y adaptando tal previsión en la normativa de desarrollo por medio de la disposición derogatoria de la propia Ley 25/2009, que estableció: «*Quedan derogadas cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario, o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales se opongan a lo dispuesto en esta Ley*»².

Así las cosas, y ante dicho giro legislativo, el «sector VTC» comenzó a experimentar una importante previsión de crecimiento ya que empezaron a solicitarse un número de licencias creciente que, sin perjuicio de su carácter reglado, no estaban sometidas a limitación cuantitativa de ningún tipo. Es cierto que dicho número, en aquel momento temporal, no fue excesivo pero sí suficiente para servir de preludeo a lo que, posteriormente, sucedería.

3. LEY 9/2013, DE 4 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES Y LA LEY 21/2003, DE 7 DE JULIO, DE SEGURIDAD AÉREA

La incorporación, a nuestro ordenamiento jurídico de la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (en adelante, Ley 9/2013), supuso un nuevo giro en la regulación de la actividad de arrendamiento de vehículos con

² Nos encontramos ante una derogación general, ya que los artículos 181.2 del ROTT y 14.1 de la Orden FOM/36/2008 no se derogaron expresamente ni se modificaron para adaptarse a la citada modificación de la LOTT.

conductor. Según la citada ley, «puede significarse el encuadramiento definitivo de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor como una modalidad concreta de transporte discrecional de viajeros en vehículos de turismo, a la que, en consecuencia, le son de aplicación todas las reglas referidas a la actividad de transporte y no las señaladas para las actividades meramente auxiliares y complementarias del transporte, como sería el caso del arrendamiento de vehículos sin conductor, con el que poco o nada tiene que ver». Ante tal circunstancia y sin poder obviarse, a juicio de los autores, la presión social que comenzó a ejercerse por ciertos sectores del transporte terrestre de viajeros en núcleos urbanos, el legislador volvió a introducir, nuevamente, la posibilidad de establecer limitaciones reglamentarias al otorgamiento de las autorizaciones regladas, necesarias para el desempeño de la mencionada actividad, esto es, de las conocidas «licencias VTC».

Así, el artículo 48.1 y 2 de la LOTT, en su nueva redacción, impuesta por la Ley 9/2013, quedó configurado de la siguiente forma:

1. *El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público tendrá carácter reglado por lo que sólo podrá denegarse cuando no se cumplan los requisitos exigidos para ello.*

2. *No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor.*

En este sentido, de la redacción del citado precepto, puede observarse, a juicio de los autores, que si bien la ley prevé la posibilidad de limitar el otorgamiento de nuevas licencias ya que utiliza términos potestativos y no, imperativos, tal limitación deberá realizarse reglamentariamente y en los términos previstos por dichas disposiciones reglamentarias. Como consecuencia de ello, deberá entenderse que mientras que no se establezca dicha limitación por medio de disposición reglamentaria correspondiente, la limitación no podrá ser ejecutada. Esta afirmación que, a día de hoy, ha resultado ser compartida por el Tribunal Supremo, no fue, sin embargo, pacífica ya que, como se expone en epígrafes posteriores, ciertas Administraciones autonómicas³, conforme al mencionado artículo 48 de la LOTT y antes de la publicación del reglamento que determinó la citada limitación prevista en la ley⁴, denegaron la solicitud de concesión de li-

³ El régimen jurídico de los servicios de transporte público urbano en automóviles de turismo tradicionalmente, se ha encontrado regulado, en el Real Decreto 763/1979, de 16 de marzo, que aprueba el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos e Interurbanos de Transportes en Automóviles Ligeros, modificado parcialmente por los Reales Decretos 236/1983, de 7 de febrero, y 1080/1989, de 1 de septiembre.

Posteriormente, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y el reglamento que la desarrolla han regulado ciertos aspectos que, de un modo directo, afectan a la prestación de los citados servicios.

Por otra parte, la Sentencia 118/1996, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional, incide de una manera determinante en la regulación de esta clase de servicios, estableciendo un nuevo marco competencial, con referencia al carácter urbano e intra-autonómico de estos transportes en automóviles de turismo, estableciendo la competencia exclusiva de las comunidades autónomas, lo que ha llevado a que éstas establezcan su propia Ley de transporte urbano. Así, en la mayoría de los casos, el régimen de otorgamiento, utilización, modificación y extinción de las licencias municipales de transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo, así como el de prestación del servicio, se ajustarán a sus normas específicas, las cuales deberán seguir las reglas establecidas por la comunidad autónoma.

⁴ Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el ROTT, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013 (en adelante, RD 1057/2015). Dicho reglamento, que entró en vigor el 22 de noviembre de 2015, no tuvo disposición transitoria, o de carácter retroactivo. Su artículo 181.3 contiene una redacción muy similar a la que se preveía en el artículo 14.1 de la

cencias VTC, lo que derivó en centenas de recursos contencioso-administrativos ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia, que confirmaron las denegaciones administrativas. No obstante lo anterior, y siendo dicho criterio, contrariado por otros Tribunales Superiores de Justicia, que estimaron los recursos contencioso-administrativos, siendo concedidas las licencias, la disparidad de criterios judiciales fue solventada, finalmente, por el Tribunal Supremo.

En esencia y sin perjuicio de exégesis posterior, la denegación de dichas licencias se fundamentaba en lo previsto en la disposición final primera de la Ley 9/2013, por la cual:

1. Se declara vigente el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, y las disposiciones dictadas para su ejecución, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta ley ni en las disposiciones aprobadas por la Unión Europea que resulten de aplicación en la materia.

2. En el plazo de dos años, contados desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno adaptará el referido Reglamento a las modificaciones introducidas en el contenido de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Si bien la Ley 25/2009 había derogado cuantas disposiciones de rango legal o reglamentario, o estatutos de corporaciones profesionales y demás normas internas colegiales que se opusieran a lo dispuesto en esta ley; la Ley 9/2013 declaraba, posteriormente, vigentes tanto el reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, como las disposiciones dictadas para su ejecución, lo que para muchos suponía devolver la eficacia de los artículos 181.2 del ROTT y 14.1 de la Orden FOM/36/2008 que no se habían derogado expresamente, hecho que permitía, entonces, denegar la solicitud de nuevas licencias sin necesidad de esperar a la aprobación de las disposiciones reglamentarias a que se refería la nueva redacción del artículo 48.2 de la LOTT, otorgada por la Ley 9/2013.

Sin perjuicio de analizar estas cuestiones en epígrafes siguientes, tal como se ha indicado; la realidad jurídico-normativa, en aquel momento temporal, fue que el otorgamiento de licencias VTC, que tras la Ley 25/2009 había adquirido una naturaleza reglada, no sometida a restricción alguna, podía volver a limitarse, o restringirse, reglamentariamente, cuando concurriesen las circunstancias preceptuadas en el artículo 48.2 de la LOTT; y que, más allá de disquisiciones teóricas, dicho desarrollo reglamentario no se produjo hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1057/2015. Tal circunstancia generó que, en el período comprendido entre la entrada en vigor de la Ley 9/2013, por un lado, y del Real Decreto 1057/2015, por otro, se solicitaran miles de licencias que, ante su denegación en vía administrativa, dieran lugar a la controversia judicial, antes enunciada.

Por todo ello, resulta necesario exponer la problemática judicial sobre esta cuestión de forma pormenorizada, de manera que permita acercar al lector no solo el conocimiento de aquella, sino las consecuencias que, desde el punto de vista legislativo, ha generado la resolución judicial de dicha problemática.

Orden FOM/36/2008.

En desarrollo de dicho reglamento se aprobó la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008 (en adelante, Orden FOM/2799/2015), que también dio una nueva redacción al artículo 14.1 de esta norma.

4. CONFLICTIVIDAD JUDICIAL SOBRE LA MATERIA

Como veníamos anticipando, una de las principales cuestiones litigiosas que se han suscitado en relación con las autorizaciones de arrendamiento de vehículo con conductor consiste en la conformidad o no a derecho de ciertas denegaciones administrativas de otorgamiento, para cuyo estudio podemos distinguir dos grandes bloques.

En un primer momento, la litigiosidad consistió en enjuiciar si, una vez derogados los artículos 49 y 50 de la LOTT, el artículo 44 y el apartado 3º del artículo 45 del ROTT, por la citada Ley Ómnibus 25/2009, resultaba ajustada a derecho la denegación de las autorizaciones con fundamento en el anteriormente reproducido artículo 14 de la Orden FOM/36/2008.

Sobre ello se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de enero de 2014, de la que podemos destacar:

Desde esta perspectiva, ninguna norma de rango legal permitía, a partir de la entrada en vigor de la Ley 25/2009 (RCL 2009, 2556), que el número de autorizaciones para prestar el servicio de alquiler de vehículos con conductor pudiera condicionarse cuantitativamente en los términos que disponían tanto el artículo 181.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en la versión previa a la incluida en el aprobado por Real Decreto 1211/1990 (RCL 1990, 2072), no modificada por éste) cuanto el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008. Uno y otro han de considerarse, por lo tanto, derogados desde que entró en vigor la Ley 25/2009 (RCL 2009, 2556), como acertadamente resolvió el tribunal de instancia

...

A ello se añade que, como acertadamente expresa la Sala de instancia, las modificaciones introducidas por la Ley 25/2009 (RCL 2009, 2556) sobre la Ley 16/1987 (RCL 1987, 1764), al suprimir el artículo 49 de esta última, dejaron sin efecto los supuestos de restricción y condicionamiento del acceso al mercado del transporte (y de las actividades auxiliares y complementarias) que en él se establecían previamente.

Si bien inicialmente se produjeron algunos pronunciamientos confirmatorios de las denegaciones citadas, como es el caso de la Sentencia n.º 85/2014, de 10 de febrero de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de febrero de 2015, siguiendo su propia doctrina ya expuesta, casó la misma reconociendo el derecho del solicitante a la obtención de las autorizaciones.

Posteriormente, la litigiosidad se desplazó hacia aquellas denegaciones de autorizaciones solicitadas en el período comprendido entre la modificación operada en LOTT por Ley 9/2013, por la que se recupera la posibilidad de establecer restricciones, y la entrada en vigor del Real Decreto 1057/2015 por el que, como se ha expuesto, se materializaron reglamentariamente tales restricciones. Por su claridad, traeremos a colación, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 1713/2017, de 13 de noviembre, que viene a reconocer el derecho del solicitante a las autorizaciones en los siguientes términos:

... no cabe aceptar que los artículos 181.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobado por Real Decreto 1211/1990 y 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, hayan renacido y vuelvan a ser de aplicación a raíz de la nueva redacción dada al artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, pues las limitaciones y restricciones establecidas en tales preceptos reglamentarios no se ajustan a las pautas y criterios establecidos en las normas de rango legal a las que acabamos de referirnos, lo que, por lo demás, no debe extrañar habida cuenta que tanto Real Decreto 1211/1990 como la Orden FOM/36/2008 son anteriores

en el tiempo a esas normas legales que deben ser tomadas en consideración para llevar a cabo el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 48.2 LOTT redactado por Ley 9/2013.

En idéntico sentido cabe citar Sentencias del Tribunal Supremo nº 1337/2018, de 19 de julio, nº 715/2018, de 26 de abril, nº 1733/2017, de 14 de noviembre o, entre otras, 1711/2017, de 13 de noviembre.

5. RÉGIMEN JURÍDICO PREVISTO EN EL REAL DECRETO LEY 3/2018, DE 20 DE ABRIL, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES, EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR

Expuesto con anterioridad el régimen jurídico aplicable a las autorizaciones de arrendamientos de vehículo con conductor vigente hasta 2018, procede adentrarse, en primer lugar, en el análisis de la regulación que resulta del Real Decreto Ley 3/2018, de 20 de abril por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. Para ello, siguiendo la estructura del propio real decreto ley, y centrándonos en los aspectos sustantivos de la nueva regulación aplicable a tales autorizaciones, cabe referirnos a las siguientes cuestiones.

El artículo único, dos introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 48 de la LOTT con dos aspectos fundamentales. Por una parte, se reintroduce el límite cuantitativo al otorgamiento de autorizaciones para los casos en que la proporción entre el número de las autorizaciones existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretenden domiciliarse (VTC) y el de las de transporte de viajeros en vehículos de turismos (VT o taxi) domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas, que ya nos encontrábamos en el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008, en su día derogada por incompatibilidad por la disposición derogatoria de la Ley 25/2009. Por otra, se reconoce a aquellas comunidades autónomas que hayan asumido competencias en esta materia por delegación del Estado la posibilidad de modificar la anterior regla de proporcionalidad, siempre en sentido menos restrictivo que el contemplado en apartado anterior, lo que necesariamente debe entenderse en el sentido de que la proporción entre las autorizaciones existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse (VTC) y el de las de transporte de viajeros en vehículos de turismos (VT o taxi) sea de una de aquéllas por cada treinta, o más, de éstas. En definitiva, supone establecer en una norma con rango de ley el régimen restrictivo en su día previsto en el artículo 14.1 de la Orden FOM/36/2008 dictado en desarrollo del artículo 181.2 del ROTT, ambos derogados por la disposición derogatoria de la Ley 25/2009 al oponerse a lo en ella previsto, y posteriormente establecido en el artículo 181.3 del ROTT, introducido por el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre. Tal elevación de rango normativo se manifiesta de manera patente en la disposición derogatoria única del propio Real Decreto Ley 3/2018 que deroga el precitado artículo 181.3 del ROTT.

Por su parte, el artículo único, tres adiciona un apartado 2 al artículo 91 de la LOTT que, en definitiva, supone introducir un límite de carácter geográfico al desarrollo del servicio que habilita a prestar las autorizaciones que nos ocupan. En el estudio de tal limitación, a nuestro juicio, resulta imprescindible diferenciar, con carácter previo, entre servicios que se prestan con origen o destino en el territorio de la comunidad autónoma en el que se encuentren domiciliadas las autorizaciones y aquellos otros servicios que no

discurran «ni siquiera parcialmente» por tal territorio; conjugando ello con el concepto de «habitualidad» a que se refiere el precitado precepto.

Pues bien, el adicionado apartado 2 del artículo 91 de la LOTT, tras reconocer que las autorizaciones de transporte de vehículos de turismo (VT, o taxi) como de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) habilitan para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitaciones por razón del origen o destino del servicio, establece a continuación una restricción consistente en que el vehículo deberá ser utilizado «habitualmente» en la prestación de servicios en el territorio de la comunidad autónoma en la que se encuentre domiciliada la autorización. Es precisamente en relación con la aplicación del concepto de la habitualidad respecto del que adquiere especial importancia la diferencia antes referenciada entre uno y otro tipo de servicio en tanto se prevé expresamente que se entenderá que no se cumple el requisito de la habitualidad *«cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con ese vehículo dentro de un período de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por dicho territorio»*. Es decir, mientras que los servicios cuyo origen o destino se encuentre en el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización pueden prestarse sin ningún tipo de limitación, sí se establece limitación para aquellos otros en que no se dé tal circunstancia, de manera que no podrán superar el veinte por ciento de los servicios prestados por el vehículo en un períodos de referencia de tres meses. Cabría preguntarse aquí, dada la composición geográfica del territorio nacional, en qué grupo debe incluirse aquellos trayectos que tienen origen y destino en una comunidad autónoma distinta de la del domicilio de la autorización pero discurren incidentalmente por el territorio de la comunidad autónoma de ésta; si bien, a nuestro parecer, la cuestión quedaba igualmente resuelta por el precepto en cuestión al establecerse expresamente la no concurrencia de la habitualidad cuando el servicio no discurra «ni siquiera parcialmente», de manera que podría entenderse que el servicio prestado en tales trayectos ha sido destinado a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentra domiciliada la autorización, sin perjuicio de que, como veremos, tal cuestión ha quedado superada por la redacción de tal precepto por el Real Decreto Ley 13/2018, de 28 de septiembre, vigente al redactarse el presente artículo.

Ahora bien, tal y como se exponía respecto de la elevación de la limitación cuantitativa a norma con rango de ley, en este caso a través del Real Decreto Ley 3/2018 el legislador ha operado, en realidad, una elevación del rango normativo de un precepto ya contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, en concreto, en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 182.5 que, de la misma manera, se derogan expresamente por la disposición derogatoria única de aquél.

Lo cierto es que el Real Decreto Ley 3/2018, como reconoce en su preámbulo, trata *«de señalar, mediante norma de rango adecuado, las reglas que compatibilicen las condiciones de ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor con la regulación aplicable al transporte urbano en la modalidad de taxi»*, sin introducir otras novedades sustantivas en el régimen jurídico aplicable a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor que la precitada elevación del rango normativo con la finalidad de *«dar la mayor seguridad jurídica posible acerca de las reglas aplicables al caso»*.

Finalmente, y aun cuando no forma parte de los aspectos sustantivos de la regulación a que nos venimos refiriendo, cabe mencionar, siquiera someramente, la Conferencia Nacional de Transportes, estableciéndose en el artículo único, uno, disposición, del Real Decreto Ley 3/2018 como objetivo novedoso de la misma *«la mejora de la competitividad del sector del transporte de viajeros»* y previéndose en la disposición adicional

primera la convocatoria extraordinaria de tal conferencia a instancias de su presidente (Ministro de Fomento) para el análisis e identificación de los aspectos y medidas susceptibles de modificación para la mejora de la competitividad, competencia, la prestación del servicio y la coordinación de las distintas modalidades de servicio que venimos estudiando.

6. REAL DECRETO LEY 13/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA LA LEY 16/1987, DE 30 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DE LOS TRANSPORTES TERRESTRES, EN MATERIA DE ARRENDAMIENTO DE VEHÍCULOS CON CONDUCTOR

El preámbulo del Real Decreto Ley 13/2018 viene a considerar que los problemas de movilidad, congestión de tráfico y medioambientales derivados del incremento en la oferta de transporte urbano en vehículos de turismo en los principales núcleos urbanos no fueron suficientemente atendidos con las medidas contempladas en el ya estudiado Real Decreto Ley 3/2018 y ello, junto con el desequilibrio entre oferta y demanda de este tipo de vehículos, supone la necesidad de aproximar las regulaciones aplicables al taxi y al arrendamiento de vehículos con conductor.

Es por ello que, a través de su artículo único, se da una nueva redacción al artículo 91 de la LOTT cuya primera novedad, tras sentar la regla general consistente en que las autorizaciones de transporte público habilitan para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitaciones por razón del origen o destino del servicio, consiste en exceptuar tal régimen general al restringir territorialmente el ámbito de aplicación tanto de las autorizaciones de transporte de vehículos de turismo (VT o taxi) como de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) habilitando éstas últimas para realizar exclusivamente transporte interurbano de viajeros y definiendo a continuación el transporte interurbano en los siguientes términos:

A estos efectos, se considerará que un transporte es interurbano cuando su recorrido rebase el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano así definida por el órgano competente para ello.

Por tanto, mientras que en la anterior regulación solo se contemplaba como límite territorial el de la habitualidad en la satisfacción de necesidades de la comunidad autónoma del domicilio de la autorización, actualmente los servicios «VTC» solo se podrán prestar para realizar transportes interurbanos, según el concepto transcrito de los mismos.

A continuación, la nueva redacción del apartado 2 del artículo 91 incorpora una adicional restricción aplicable únicamente a las autorizaciones de arrendamiento de vehículo con conductor (VTC), consistente en que los servicios «deberán iniciarse en el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la correspondiente autorización», y para la delimitación del lugar donde se entiende iniciado el servicio el propio precepto se refiere «al lugar en que son recogidos los pasajeros de forma efectiva». En este sentido, procede destacar que la descrita restricción adicional no resulta de aplicable al sector del taxi dado que la interpretación literal de la nueva redacción del artículo 92.1 LOTT conduce a la conclusión de que, si bien tal sector se excluye de la regla general de habilitación en todo el territorio nacional, solo las mencionadas en segundo lugar (VTC) son las habilitadas exclusivamente para el transporte interurbano.

Ahora bien, se prevén seguidamente dos tipos de excepciones, a modo de excepciones a la excepción prevista únicamente para los servicios VTC, que, por su claridad, nos permitimos reproducir:

1.º Para los servicios de recogida de viajeros en puertos y aeropuertos que hayan sido previa y expresamente contratados, que podrán ser prestados al amparo de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en comunidades autónomas distintas a aquella en que se ubica el puerto o aeropuerto, siempre que el destino de tales servicios se encuentre en el territorio de la comunidad autónoma en que esté domiciliada la autorización.

2.º Para los casos en que las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en una comunidad autónoma no basten para atender un aumento coyuntural de la demanda de esta clase de servicios en su territorio. A tal efecto, el órgano competente en materia de transporte interurbano podrá establecer, previo informe de los municipios afectados, un régimen específico que permita a los vehículos amparados en autorizaciones de arrendamiento con conductor domiciliadas en otras comunidades autónomas realizar temporalmente servicios con origen en todo su territorio o en determinados puntos de éste.

En la práctica, ello supone que, mientras las autorizaciones VTC o taxi habilitan para prestar servicios urbanos, las autorizaciones VTC no habilitarán para prestar servicios cuyo origen y destino no se encuentren dentro del mismo término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano salvo en la prestación de servicios con origen en un puerto, o aeropuerto, situado fuera del territorio de la comunidad autónoma de su domicilio siempre que el destino sí se encuentre en tal territorio, o para atender aumentos coyunturales de demanda en territorios de otras comunidades autónomas previo establecimiento de un régimen específico por parte del órgano competente que, en todo caso, atendiendo a la literalidad del precepto, no podría tener carácter indefinido.

En su disposición adicional primera el Real Decreto Ley 13/2018 habilita a las comunidades autónomas competentes para otorgar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor para modificar las condiciones de explotación del artículo 182.1 del ROTT, el cual condiciona la circulación de los vehículos adscritos a tales autorizaciones ocupados por personas que no pertenezcan a la empresa titular a la previa contratación del servicio, de la forma siguiente: solo podrán modificarse las condiciones de servicios que se presten íntegra y exclusivamente en el ámbito territorial de sus competencias y en relación con «condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo» y con la finalidad de mejorar «la gestión de la movilidad interior de viajeros o garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios», dentro del lógico marco de proporcionalidad.

A continuación, la disposición adicional segunda de este real decreto ley viene a otorgar mayor relevancia a la Comisión de Directores Generales de Transportes, al contemplar la creación de un subgrupo de trabajo a los efectos de compartir buenas prácticas regulatorias y experiencias exitosas en la conciliación de los sectores del taxi y VTC y mejora de la experiencia de usuario, así como tratar los aspectos y medidas susceptibles de modificación a que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto Ley 3/2018 a que hemos hecho referencia en el punto anterior.

Asimismo, el Real Decreto Ley, en línea con el régimen restrictivo que en él se contiene, aborda el régimen sancionador sobre esta materia en su disposición adicional tercera. A los tales efectos, dispone la presentación a las Cortes Generales, por el Gobierno, de un proyecto de ley de modificación del régimen de infracciones y sanciones contenido en la LOTT en el plazo de seis meses desde su propia entrada en vigor. En este senti-

do, dispone que la reforma adecuará el régimen sancionador a las restricciones, tanto territoriales, como de limitación a la satisfacción de las necesidades de la comunidad autónoma del domicilio a los servicios que, respecto de los servicios VTC, que se contemplan en el mismo. El apartado 2 de la disposición adicional tercera establece la habilitación, a cargo de la Dirección General de Transporte Terrestre, del acceso al registro de comunicaciones de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor regulado en artículo 2 del Real Decreto 107/2017, por el que se establecen normas complementarias al ROTT, por parte de los órganos autonómicos competentes en materia de transporte y entidades locales que lo soliciten. El mencionado registro se crea en el precitado precepto «a efectos de control» disponiéndose la obligación de los titulares de las autorizaciones de comunicar los datos previstos en el artículo 24 de la Orden FOM/36/2008 que, en síntesis, se refiere a una hoja de ruta con datos de servicio y del arrendador y arrendatario.

Aun cuando tampoco viene a novar el ámbito regulatorio de las autorizaciones en cuestión, el Real Decreto Ley establece expresamente, en su disposición adicional cuarta, la presentación por el Ministerio de Fomento a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de un informe anual sobre los resultados de la aplicación de lo en él previsto.

Una de las principales cuestiones que plantean el régimen restrictivo del Real Decreto Ley 13/2018 es el de su aplicabilidad a las autorizaciones de arrendamiento de vehículo con conductor vigentes en el momento de su entrada en vigor (30 de septiembre de 2018) en tanto, resulta notorio, ya no habilitarán a sus titulares para prestar el servicio que sustancialmente venían desarrollando consistente en transportes urbanos de pasajeros, entendiéndose por tales, interpretando *a sensu contrario* la nueva redacción del artículo 91.2 inciso 2.º de la LOTT, aquellos que discurren íntegramente por un término municipal o zona de prestación conjunta de servicios así definida por el órgano competente. El Real Decreto Ley 13/2018 reconoce abiertamente en su preámbulo que «la nueva definición del ámbito territorial de las autorizaciones» puede ocasionar perjuicios a los titulares de las autorizaciones otorgadas conforme a la normativa anterior de manera que «para garantizar el adecuado equilibrio entre la nueva regulación lo derechos existentes en el momento de la entrada en vigor» opta por un mecanismo de compensación en tiempo. La disposición transitoria única, en lo que a los efectos prácticos de la prestación del servicio, de manera resumida establece (el resaltado es propio):

1. Las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley se sujetarán, durante los cuatro años siguientes a esa fecha, al siguiente régimen:

a) No obstante lo dispuesto en el artículo 91.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, sus titulares podrán continuar prestando a su amparo servicios de ámbito urbano.

b) No obstante lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, seguirán habilitando para realizar servicios sin limitación por razón de su origen, siempre que los vehículos que desarrollen esa actividad sean utilizados habitualmente para prestar servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización.

A tal fin, se entenderá que un vehículo no ha sido utilizado habitualmente para dichos servicios cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con él dentro de un periodo de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por el territorio de la comunidad autónoma.

A efectos de control, cuando los titulares de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor comuniquen a la Administración los datos relativos a cada servicio deberán hacer cons-

tar necesariamente los lugares de inicio y finalización de éste. Cuando el servicio se inicie y finalice en un mismo lugar, indicarán, además, el punto del recorrido que se encuentre más alejado de dicho lugar; todo ello conforme al artículo 2 del Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor.

c) Los servicios de transporte prestados en el ámbito urbano por los titulares de dichas autorizaciones quedarán sujetos a todas las determinaciones y limitaciones que establezca el órgano competente en materia de transporte urbano en el ejercicio de sus competencias sobre utilización del dominio público viario, gestión del tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica; especialmente en materia de estacionamiento, horarios y calendarios de servicio o restricciones a la circulación por razones de contaminación atmosférica.

En definitiva, durante el período de cuatro años se viene a exceptuar la limitación de los servicios VTC exclusivamente a transportes urbanos y se exceptúan las restricciones por razón del origen del trayecto siempre que se cumpla con el requisito de la habitualidad en la satisfacción de necesidades de la comunidad autónoma de domicilio de la autorización (adicionando una mera formalidad a los servicios con origen y destino en el mismo lugar), recuperando el concepto de habitualidad que se introdujo en la ahora derogada redacción del artículo 91.2 de la LOTT introducida por el artículo único. Tres del Real Decreto Ley 3/2018, ya estudiado. Además, la letra c) del apartado 1.º de la disposición transitoria única contempla la posibilidad de que los órganos competentes en materia de transporte urbanos impongan determinaciones y limitaciones a las autorizaciones VTC durante el aludido período de cuatro años en el ejercicio de las competencias que describe; lo que, es de suponer, conllevará la correspondiente polémica social, política y jurídica que viene acompañando el avance del sector y la adaptación del marco regulatorio a tales avances.

Anticipábamos anteriormente, con base en el preámbulo del real decreto ley, que el legislador ha optado por el mecanismo de compensación en tiempo, manifestándose tal opción de manera aún más rotunda en el apartado 2.º de la disposición transitoria única que, además de referirse expresamente a ello, viene a reconocer la posibilidad de que los mecanismos previstos en el apartado 1.º sean insuficientes para compensar los perjuicios que puede ocasionar la nueva definición del ámbito territorial de las autorizaciones. En este caso, se prevé la posibilidad de solicitar una indemnización complementaria sometida al procedimiento y condiciones que en él se contemplan y que, en síntesis, de manera muy resumida consisten en la necesaria solicitud del interesado dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del real decreto ley de manera independiente para cada autorización, incluyendo la documentación a que se refiere el anexo de tal norma (datos de identificación, fiscales y, entre otros, de ingresos y gastos), siendo competente para la tramitación y resolución la Dirección General de Transporte Terrestre mediante actos finalizadores de la vía administrativa, previéndose un plazo máximo de resolución de seis meses legitimando al interesado para, en caso contrario, entender su solicitud desestimada; y, estableciéndose como método de cálculo del período de recuperación a efectos de determinar la indemnización complementaria en tiempo que correspondería, lo dispuesto en el artículo 10.2 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, de acuerdo con los criterios que se recogen, remitiéndonos a tal sistema de determinación al trascender de lo estrictamente jurídico.

La disposición transitoria única asimismo contempla la aplicación de lo expuesto a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor que deban otorgarse después de la entrada en vigor de este real decreto ley en virtud de solicitudes anteriores

a esta fecha, incluidas las presentadas al amparo de la Ley 25/2009, ya analizada, computándose el plazo de cuatro años desde que sean otorgadas.

Para completar el régimen transitorio, se aclara, quizá innecesariamente, que una vez finalizado el plazo correspondiente a la indemnización complementaria, la autorización seguirá habilitando para realizar servicios de transporte interurbano de viajeros en las condiciones establecidas en la LOTT y en las normas dictadas para su ejecución y desarrollo.

Para concluir el estudio del Real Decreto-ley 13/2018 procede hacer alusión a la derogación que acomete, en lógica coherencia, del artículo 182.2 ROTT en tanto el mismo declaraba la habilitación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor para prestar servicios tanto urbanos como interurbanos en todo el territorio nacional.

Finalmente, nos resulta de obligada cita el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento que, desde la perspectiva de la constitucionalidad, analiza el Real Decreto Ley 13/2018 considerando que el mismo se muestra respetuoso con los límites establecidos en el artículo 86 de la Constitución Española, previo detenido estudio del presupuesto habilitante, la relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar, la eficacia inmediata de las medidas, el respeto a las materias protegidas del instrumento legislativo en cuestión, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y la constitucionalidad del sistema indemnizatorio que se establece. Sobre esta última cuestión, se viene a concluir que, en la medida en que la exposición de motivos del Real Decreto-ley declara que el plazo transitorio de cuatro años se ha fijado en atención a los datos de que dispone la Administración por considerarlo suficiente para compensar los perjuicios y se añade la información económica que figura en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo, el sistema indemnizatorio debe estimarse justificado, máxime teniendo en cuenta que el propio real decreto ley prevé la posibilidad de ampliar el plazo de habilitación temporal como mecanismo para corregir eventuales discordancias entre los cálculos en que se basa la normativa para fijar el sistema indemnizatorio y las circunstancias concretas de los titulares.

7. PROBLEMÁTICA ACTUAL

La incorporación a nuestro Ordenamiento Jurídico de las previsiones contenidas en el Real Decreto Ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, han supuesto un cambio muy significativo en las condiciones de prestación del servicio, lo que, a su vez, permite anunciar importantes consecuencias no solo en términos económicos y sociales, sino también en el ámbito jurídico, bien sea desde el punto de vista litigioso, bien desde el punto de vista legislativo, en un futuro no muy lejano.

Obviamente, de la lectura del mencionado real decreto ley, puede observarse una afección importante a los intereses del sector VTC, que, sin duda, reaccionará articulando la totalidad de los mecanismos legales a su alcance. Y es que, más allá de la más que cuestionable utilización de la figura del real decreto ley en supuestos como el que acontece, en el que la extraordinaria y urgente necesidad, en términos jurídicos, resulta muy difusa, la dudosa aplicación del régimen constitucional de distribución de competencias que se ha llevado a cabo por el mencionado instrumento, o las discutible falta de confor-

midad a Derecho en relación con la normativa comunitaria, la aprobación de este real decreto ley incide directamente en el derecho de propiedad de los titulares de licencias VTC que han visto como en los próximos años, dichas licencias tendrán un valor económico ínfimo en comparación con el actual. Esto es, dicho real decreto ley puede ser considerado, en lo relativo a esta cuestión y sin perjuicio de las demás previsiones que contiene en relación con este particular, como un instrumento expropiatorio legislativo sin *causa expropriandi*, al menos, aparente, ya que se privará a los titulares de licencias VTC de una serie de derechos que, a día de hoy, ostentan.

A estas alturas, dicho sector debe conocer que el real decreto ley no es impugnable, directamente, por el particular que resulte afectado por aquel, en tanto que, frente al mismo, solo podrán articularse los mecanismos previstos en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁵. Pero, sin perjuicio de lo anterior, resultará previsible que los diferentes titulares de licencias VTC presenten reclamaciones de responsabilidad patrimonial⁶ que darán lugar, a su vez, a miles de recursos contencioso-administrativos cuya resolución judicial conllevará años de espera y posibles indemnizaciones a aquellos, si es que los órganos jurisdiccionales no avalan el contenido del Real Decreto Ley 13/2018.

De manera particular, consideramos que podría surgir un particular escenario de litigiosidad en el hipotético supuesto de que los órganos competentes en materia de transporte ejerciten sus competencias sobre el dominio público viario, gestión del tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica, estableciendo limitaciones específicas a los servicios VTC en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria única, punto 1 c) del Real Decreto Ley 13/2018; y ello porque los mecanismos de compensación en tiempo que en ella se contemplan prevén exclusivamente la indemnización de los perjuicios que se deriven de la nueva definición del ámbito territorial para el que habilitan las autorizaciones, incorporado en la nueva redacción del artículo 91.1 de la LOTT, pero no aquellos otros que puedan derivarse de tales limitaciones específicas y que, en los términos en que empiezan a debatirse a fecha de los corrientes, supondrían indefectiblemente la imposibilidad de compensar en el período de cuatro años los perjuicios que se contemplan en el Real Decreto Ley 13/2018. Es decir, el plazo de cuatro años previsto podría ser insuficiente si se establecieran limitaciones específicas por otros órganos, sin que resulte posible a los interesados, en caso de materializarse las mismas, solicitar la ampliación del plazo de la habilitación temporal salvo que se solicite en el plazo de tres meses que se prevé en el apartado 2 de la disposición transitoria única, período seguramente ya transcurrido en el momento en que se implanten, si finalmente así ocurre, tales limitaciones específicas.

Pero esta incertidumbre no finaliza en este punto ya que nadie puede asegurar que el legislador no vuelva a dar un giro normativo a esta materia tan conflictiva por sus incidencias sociales y económicas. En opinión de los autores, este escenario resulta más que previsible ya que, por un lado, la apertura económica y, por ende, regulatoria de los mercados, es una realidad en el seno comunitario que, necesariamente, deberá imponer-

⁵ Bien sea por recurso de inconstitucionalidad, bien sea por cuestión de inconstitucionalidad, previo acto, o disposición, de aplicación de la normativa que haya sido debidamente recurrido ante un órgano jurisdiccional ordinario, y debiendo ser solicitada en el procedimiento judicial específico.

⁶ Es previsible que dichas reclamaciones sean por la concurrencia, en su caso, de un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, conforme al artículo 32.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

se en el sector VTC y en su relación con el sector del taxi. Por otro lado, y precisamente por su potencial económico, resulta poco creíble ya a esta alturas que el Gobierno de turno, llegado el momento, vaya a soportar el previsible cierre de ciertas empresas del sector, con miles de empleados, que ante la llegada de la fecha límite prevista en el Real Decreto Ley 13/2018 deban dar por finalizada su actividad por falta de rendimiento o beneficio económico suficiente, como consecuencia del cambio de naturaleza de la prestación del servicio que prevé dicha norma.

Por todo ello, y a juicio de los autores, parece que la nueva regulación prevista en el Real Decreto Ley 13/2018 no es más que una solución temporal que permita dar un respiro al ejecutivo en la gestión de la problemática socioeconómica que representa el sector VTC y su relación con el sector del taxi. Serán los próximos años los que determinen si las previsiones enunciadas en este artículo han sido acertadas o si, por el contrario, la regulación actual sirve para pacificar el sector, entre sí y con relación a la Administración, manteniéndose, además, la limitación de la concesión de licencias de forma que nos sigamos encontrando con un sector no sujeto a la apertura económica de mercado que pretende lograrse en los diferentes campos de la economía.

Sea cual fuere el futuro que, en este campo económico, acontezca, sirva este artículo doctrinal para acercar al lector el régimen jurídico aplicable a las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, así como para adelantarle los posibles escenarios que, previsiblemente, se den en años venideros.

ALGUNAS CUESTIONES QUE SE PLANTEAN EN RELACIÓN CON LA FIJACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS POR SU ASCENSO A COMPETICIÓN PROFESIONAL

María Isabel Cadenas García

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. REGULACIÓN.—3. DESEMBOLSO DEL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS MEDIANTE APORTACIONES DINERARIAS.—4. DETERMINACIÓN DEL SALDO PATRIMONIAL NETO POSITIVO A EFECTOS DE FIJACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS POR SU ASCENSO A COMPETICIÓN PROFESIONAL.—5. APLICABILIDAD O NO DEL ARTÍCULO 3.8 DEL REAL DECRETO 1251/1999 A TODAS LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS O SÓLO A LAS QUE PARTICIPAN EN LA COMPETICIÓN PROFESIONAL.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

La importancia del deporte fue reconocida en el conjunto de principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo tercero del título I de la Constitución (RCL 1978, 2836), que en su artículo 43.3 señala: «Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio».

La exposición de motivos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte explica que:

Sin duda, un Título importante de la Ley es el que hace referencia al asociacionismo deportivo.

En un primer nivel, la Ley propone un nuevo modelo de asociacionismo deportivo que persigue, por un lado el favorecer el asociacionismo deportivo de base, y por otro, establecer un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los Clubes que desarrollan actividades de carácter profesional. Lo primero se pretende lograr mediante la creación de Clubes deportivos elementales, de constitución simplificada. Lo segundo, mediante la conversión de los Clubes profesionales en Sociedades Anónimas Deportivas, o la creación de tales Sociedades para los equipos profesionales de la modalidad deportiva que corresponda, nueva forma jurídica que, inspirada en el régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas especificidades para adaptarse al mundo del deporte.

Hasta la Ley del Deporte de 1990 todas las entidades deportivas, incluidas las que participaban en competiciones profesionales, se ajustaban al mismo modelo asociativo. Dicha ley se inclinó por la fórmula, discutible pero reconocida ya en algunos países, de la sociedad anónima deportiva para los clubes deportivos de carácter profesional. La sociedad anónima deportiva se basa en el régimen general de la sociedad mercantil anónima, aunque con determinadas especialidades y particularidades. Se trata, en definitiva, de una sociedad anónima extraordinaria o especial, y de hecho se aplica con carácter supletorio a las mismas, la normativa sobre la Ley de Sociedades de Capital contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, si bien una de las notas que las diferencia, es que estas sociedades deportivas se hallan sometidas a un intenso intervencionismo público estatal, que es ejercido fundamentalmente por el Consejo Superior de Deportes y por la Liga Profesional a la que puedan pertenecer. Como indica el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de octubre de 2000, el régimen jurídico de las citadas sociedades

anónimas deportivas no es sino el general de las sociedades anónimas, pero con las particularidades que resulten de la Ley del Deporte y de sus normas de desarrollo¹.

La finalidad de la Ley del Deporte, al crear esta nueva forma social, era la de impulsar un nuevo modelo de asociacionismo deportivo distinto de los existentes hasta ese momento, imponiendo la adopción de esa nueva forma social para la participación en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal².

2. REGULACIÓN

La regulación de esta materia se contiene en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte y en el Real Decreto 1251/1999, de 6 de julio.

La disposición transitoria primera.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte dispone, que:

2. La transformación de los actuales Clubes deportivos, por efecto de esta Ley en Sociedades Anónimas Deportivas se acomodará a las reglas siguientes:

a) A los efectos de coordinar y supervisar el proceso de transformación, se constituirá una Comisión Mixta integrada por personas designadas por el Consejo Superior de Deportes y la Liga Profesional correspondiente, cuya composición se determinará reglamentariamente.

El informe favorable de dicha Comisión será requisito previo.

b) La Comisión Mixta, una vez constituida podrá encargar la realización de una auditoría patrimonial de los Clubes a que se refiere esta disposición.

c) La Comisión Mixta señalará, de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente, el capital mínimo de cada Sociedad Anónima Deportiva, una vez analizados los informes patrimoniales derivados de las auditorías correspondientes.

(...).

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte dispone, en su artículo 19, que:

1. Los Clubes, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, adoptarán la forma de Sociedad Anónima Deportiva a que se refiere la presente Ley. Dichas Sociedades Anónimas Deportivas quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo.

2. En la denominación social de estas Sociedades se incluirá la abreviatura «SAD».

3. Las Sociedades Anónimas Deportivas tendrán como objeto social la participación en competiciones deportivas de carácter profesional y, en su caso, la promoción y el desarrollo de actividades deportivas así como otras actividades relacionadas o derivadas de dicha práctica.

4. Las Sociedades Anónimas Deportivas sólo podrán participar en competiciones oficiales profesionales de una sola modalidad deportiva.

En relación con el capital mínimo de las sociedades anónimas deportivas, el artículo 21 de la Ley del Deporte dispone que:

1. Los criterios para la fijación del capital mínimo de las Sociedades Anónimas Deportivas, que en ningún caso podrá ser inferior al establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206), se determinarán reglamentariamente.

¹ Guía jurídica «Sociedad Anónima Deportiva» de Wolters Kluwer, publicada en <http://guias.juridicas.wolterskluwer.es>.

² Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, José Barba de Vega y Raúl Bercovitz Álvarez: *Sociedades Anónimas Deportivas*, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 668.

2. El capital mínimo de las Sociedades Anónimas Deportivas habrá de desembolsarse totalmente y mediante aportaciones dinerarias.

3. El capital de las Sociedades Anónimas Deportivas estará representado por acciones nominativas.

Por disponerlo así la Ley del Deporte, se hace necesario acudir al Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas, cuyo artículo 3 regula el capital mínimo, previendo lo siguiente:

1. El capital mínimo de las sociedades anónimas deportivas en ningún caso podrá ser inferior al establecido en la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) .

2. Aquellos clubes que, por acceder a una competición oficial de carácter profesional, deban transformarse en sociedad anónima deportiva deberán cursar la solicitud de fijación de su capital mínimo dentro de los tres meses inmediatamente siguientes a la fecha de inicio del ejercicio económico de los clubes y sociedades anónimas deportivas de la respectiva competición, de conformidad con el calendario establecido por la Liga Profesional correspondiente.

El capital social mínimo se fijará mediante la adición de dos sumandos:

a) El primero se determinará calculando el 25 por 100 de la media de los gastos realizados, incluidas amortizaciones, por los clubes y sociedades anónimas deportivas que participaran en la penúltima temporada finalizada de la respectiva competición, excluidas las dos entidades con mayor gasto y las dos con menor gasto realizado. Los datos necesarios para la realización de este cálculo se tomarán de las cuentas de pérdidas y ganancias auditadas y remitidas al Consejo Superior de Deportes. Dichos datos se ajustarán en función del informe de auditoría, haciéndose público por el Consejo Superior de Deportes el cálculo obtenido anualmente, previo informe de la liga profesional correspondiente.

b) El segundo sumando se determinará en función de los saldos patrimoniales netos negativos que, en su caso, arroje el balance, que forma parte de las cuentas anuales, a que se refiere el párrafo a) del apartado 5 de este artículo, ajustado en función del informe de auditoría.

c) Cuando el primer sumando sea inferior al segundo, el capital social mínimo se fijará en el duplo del segundo.

3. Los mismos criterios establecidos en el apartado anterior serán de aplicación para fijar el capital social mínimo en aquellos clubes que accedan a una competición oficial de carácter profesional y ostenten ya la forma de sociedad anónima deportiva. (...).

6. La Comisión Mixta deberá fijar el capital mínimo y notificarlo en el plazo de tres meses. Si la Comisión Mixta no notifica su decisión en dicho plazo, se entenderá que el capital social mínimo será el que resulte de la suma del saldo patrimonial neto propuesto por el club, si éste fuera negativo, y del sumando a que se refiere el apartado 2.a) de este artículo. Si el saldo patrimonial fuera positivo, se entenderá que el capital social mínimo será de 10.000.000 de pesetas más el sumando del citado apartado 2.a).

En el caso de que la documentación presentada no permita calcular con un margen de seguridad razonable el saldo patrimonial neto del club que presenta la solicitud, la Comisión Mixta dictará resolución denegando la fijación de capital social mínimo a efectos de transformación.

A estos efectos, se considerará que no existe margen de seguridad razonable cuando el informe de auditoría incluyera salvedades no cuantificadas razonablemente.

No obstante, si el informe de auditoría incluyera salvedades que se derivaran de incertidumbres o limitaciones al alcance que no permitan su cuantificación, a los exclusivos efectos de la fijación del capital mínimo a que se refiere este artículo se deberá mencionar en informe especial, a título orientativo, el efecto potencial máximo de tales incertidumbres o limitaciones de la siguiente forma:

1º Pasivos por la cuantía máxima identificable.

2º Activos por el total del valor neto contable del activo afectado.

Si existieran limitaciones o incertidumbres distintas a las procedentes de activos o pasivos, cuya valoración no pueda realizarse, se entenderá que no existe margen de seguridad razonable para la fijación del capital mínimo. (...).

8. *El capital de las sociedades anónimas deportivas no podrá ser inferior al 50 por 100 del establecido en el momento de la transformación o, en su caso, el fijado para su acceso a la competición profesional, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas.*

El artículo 6 del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio también establece, en consonancia con la Ley del Deporte, que:

1. *El capital mínimo de las sociedades anónimas deportivas habrá de desembolsarse totalmente y mediante aportaciones dinerarias.*

2. *El capital de las sociedades anónimas deportivas estará representado por acciones nominativas. Dichas acciones podrán representarse por medio de títulos o por anotaciones en cuenta, si bien, en caso de ser admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores, deberán estar representadas por medio de anotaciones en cuenta.*

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Tenerife de fecha 23 de julio de 2009, AC 2011\899, explica que la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990 prevé en su disposición transitoria 1.^a la creación de la llamada Comisión Mixta en cuyo apartado c) le otorga, entre otras funciones, la de señalar, de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente, el capital mínimo de cada sociedad anónima deportiva, una vez analizados los Informes patrimoniales derivados de las auditorías correspondientes.

La misma sentencia corrobora que conforme al artículo 21.2 de la citada Ley del Deporte la misma exige que el capital social mínimo de las sociedades anónimas deportivas habrá de desembolsarse totalmente mediante aportaciones dinerarias «sin que quepa la posibilidad que otorga a las sociedades anónimas el artículo 153.2 (lo que corrobora el documento n.º 9, comunicación del Consejo Superior de Deportes) ni en la forma que ha sido acordada por la Junta General de 15 de enero de 2007, desembolso de 2 euros por acción y los restantes 5 euros que conforman el valor nominal de cada una de las acciones que se suscriban se configuran como dividendos pasivos y deberán ser efectivamente desembolsados también mediante aportaciones dinerarias con anterioridad al 1 de enero de 2010, fecha que se fija como plazo máximo para satisfacer dichos dividendos» por cuanto la existencia de dividendos pasivos implica por sí la existencia de un capital social no desembolsado, posibilidad que no se contempla en la Ley del Deporte»³.

En consecuencia, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1251/1999, de 6 de julio para el cálculo del capital social de la sociedad anónima deportiva en cuestión.

3. DESEMBOLSO DEL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS MEDIANTE APORTACIONES DINERARIAS

Una cuestión que suscita esta obligación es si posible que se pueda considerar cumplida cuando el desembolso del capital social de las sociedades anónimas deportivas tiene lugar mediante compensación de créditos.

³ M.^a Isabel Cadenas García: «Eficacia constitutiva o declarativa de la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones de reducción y ampliación del capital de las sociedades anónimas deportivas», *Anales de la Abogacía General del Estado* 2016, BOE 2017.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 26 de octubre de 2015, AC 2016/94, explica que:

De la delimitación objetiva del derecho de suscripción preferente a los aumentos de capital con cargo a aportaciones dinerarias no existe ninguna duda, más polémica es la posible catalogación de los aumentos de capital por compensación de créditos como aportaciones dinerarias.

Admitiendo que la cuestión es polémica, el tribunal considera que el aumento del capital por compensación de créditos (artículo 301 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) no implica un aumento con cargo a aportaciones dinerarias (artículo 299), lo que exige que las aportaciones dinerarias sean nuevas.

Con independencia de la exacta naturaleza jurídica de la operación de aumento de capital por compensación de créditos (compensación, novación, dación en pago, canje de crédito por capital...) lo cierto es que las aportaciones dinerarias requieren nuevas aportaciones dinerarias (artículo 299) y el aumento por compensación de créditos no incorpora a la sociedad nuevos fondos dinerarios sino que capitaliza deudas frente a la sociedad y, concretamente, transforma en capital pasivo exigible, permitiendo así a la sociedad disponer de recursos que de otro modo habrían tenido que utilizarse para atender el pago de la deuda.

En el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) se configuran como modalidades distintas de aumento del capital, con nombre propio, las siguientes: aumento con cargo a aportaciones dinerarias, aumento con cargo a aportaciones no dinerarias, aumento por compensación de créditos, aumento por conversión de obligaciones y aumento con cargo a reservas (artículos 299 a 303). Si a continuación la misma norma sólo reconoce el derecho de suscripción preferente en las ampliaciones de capital con emisión de nuevas participaciones sociales o de acciones, cargo a aportaciones dinerarias (artículo 304.1), es que en las demás modalidades antes reseñadas no se otorga el derecho de preferencia, limitándose el apartado segundo del artículo 304 a contemplar determinados supuestos en los que no se reconoce dicho derecho sin agotar las modalidades de ampliación de capital en las que legalmente queda excluido.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de fecha 4 y 6 de febrero de 2012 (BOE de 1 de marzo de 2012), interpretando el artículo del 304 texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RCL 2010, 1792 y 2400) con relación a sendas ampliaciones de capital acordadas por las juntas generales de dos sociedades de responsabilidad limitada, rechaza que en los aumentos de capital por compensación de créditos sea necesario cumplir las normas relativas al derecho de asunción preferente respecto de las nuevas participaciones sociales, en tanto que la norma, limitando el ámbito objetivo del derecho de suscripción preferente, lo excluye en los aumentos de capital por compensación de créditos.

Rechazado que el aumento de capital por compensación de créditos exija el reconocimiento del derecho de suscripción preferente, la revocación del acuerdo de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias en el que se reconocía el derecho de preferencia con el compromiso de los accionistas que eran titulares de los créditos a compensar en la otra ampliación de capital a no concurrir a la misma, no implica violación alguna de tal derecho.

En todo caso, de admitirse la existencia del derecho de suscripción preferente con relación a la ampliación de capital por compensación de créditos aprobada en la junta de 20 de mayo de 2010 —que no se admite—, en tanto que la junta de socios puede dejar sin efecto el acuerdo anterior de aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias no ejecutado, adoptado también en la junta de mayo de 2010, al dejarse sin efecto este acuerdo, lo que podría argumentarse es la nulidad de primero de los acuerdos por privarse a los socios del derecho de suscripción preferente, no la del acuerdo revocatorio de la segunda de las ampliaciones de capital y con mayor razón cuando al tiempo de la presentación de la demanda origen de estas actuaciones (7 de diciembre de 2010) aún no había caducado, por esta causa, la acción de nulidad frente a los acuerdos adoptados en la junta celebrada el día 20 de mayo de 2010 a la vista del artículo 205 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su redacción aplicable al supuesto de autos por razones temporales.

La revocación en la junta objeto de autos del acuerdo de ampliación de capital con cargo a aportaciones dinerarias que había sido adoptado en la anterior junta (en la que se modulaba el

derecho de suscripción preferente a la vista del compromiso asumido por los socios que iban a concurrir a la ampliación por compensación de créditos) y la adopción de otro acuerdo de ampliación de capital con reconocimiento a todos los socios del derecho de suscripción preferente, que es sobre lo que se pone el acento en el recurso modificando los términos de la demanda, como ya se ha apuntado, tampoco entraña fraude de ley pues el acuerdo que se mantiene eficaz de la previa junta no llevaba aparejado el reconocimiento del derecho de suscripción preferente.

Corolario de lo anterior es que tampoco existiría fraude de ley por la adopción de los acuerdos aquí impugnados al determinar una especie de insuficiencia sobrevenida de los informes elaborados por los administradores con relación a los acuerdos de ampliación de capital adoptados en la junta del mes de mayo, de modo que se infringieran los artículo 300.1 y 301.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —y más concretamente este último—, lo que, de nuevo, afectaría a los acuerdos allí adoptados que no son objeto de la presente demanda.

Por lo demás, revocado el acuerdo de aumento de capital con cargo a aportaciones dinerarias, el contenido del informe relativo a dicho aumento resulta irrelevante y no se explica en la demanda —muy sucinta en este particular— ni en el recurso, por qué la revocación de este acuerdo afecta al contenido del informe relativo a la ampliación de capital por compensación de créditos cuando era el primero de los reseñados (adoptado bajo el punto noveno de la anterior junta y revocado en la aquí impugnada) el que se condicionaba a la aprobación del segundo (adoptado en el punto octavo del orden del día de la junta de mayo) y no al revés.

Al estar excluido legalmente el derecho de suscripción preferente en los acuerdos de aumento de capital por compensación de créditos, el fraude consistente en la alegada elusión del artículo 308.2.a) —al que se remite el artículo 504 con las particularidades señaladas en dicho precepto y en los siguientes para las sociedades cotizadas— resulta imposible.

Javier Gallego Larrubia⁴ pone de manifiesto que «... actualmente la doctrina mayoritaria sostiene que en la ampliación de capital por compensación de créditos se realizan aportaciones no dinerarias⁵, por lo que en tal caso no se solventaría el problema apuntado de la exigencia de que las aportaciones al capital mínimo de la Sociedad Anónima Deportiva sean dinerarias.

»Si partimos, pues, en un ejercicio dialéctico, de la consideración mayoritaria de la compensación de créditos como una aportación no dineraria, salvando la distancia, cabe traer a colación el planteamiento de algunos autores, ya bajo la vigencia del RDSAD 1991, consistente en una interpretación finalista de las normas que exigen el desembolso íntegro mediante aportaciones dinerarias del capital social mínimo de la Sociedad Anónima Deportiva que, con base en el principio consagrado legalmente de que las Sociedades Anónimas Deportivas que provengan de la transformación de clubes conservan su personalidad jurídica, autorizase a no realizar desembolso dinerario alguno al quedar cubierto el capital mínimo con la aportación en especie del patrimonio de la sociedad que se transforma, que es transmitido en bloque a la Anónima Deportiva, o bien a realizar sólo las aportaciones dinerarias necesarias para cubrir la diferencia entre el patrimonio y el capital social mínimo establecido por la Comisión Mixta⁶».

⁴ Javier Gallego Larrubia: «Transformación voluntaria, capital social y compensación de créditos en las sociedades anónimas deportivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, junio 2018, p. 123.

⁵ E. Valpuesta Gastaminza: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, 2.ª Edición, 2015, pp. 831 y 832.

⁶ O. M.ª Fradejas Rueda: «La Sociedad Anónima Deportiva», *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 9, 1997, p. 217. En la misma línea A. Gutiérrez Gilsanz: «La conversión de clubes deportivos en Sociedades Anónimas Deportivas», *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 17, 2001, p. 191. Anteriormente, R. García Villaverde: «El régimen jurídico del capital en las Sociedades Anónimas Deportivas», *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 1, 1993, pp. 121 y 122.

4. DETERMINACIÓN DEL SALDO PATRIMONIAL NETO POSITIVO A EFECTOS DE FIJACIÓN DEL CAPITAL SOCIAL MÍNIMO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS POR SU ASCENSO A COMPETICIÓN PROFESIONAL

La cuestión que se plantea consiste en determinar qué se entiende por saldo patrimonial neto positivo. La Orden de 27 de junio de 2000, explica en su exposición de motivos, que:

Como consecuencia de lo regulado en la disposición final segunda del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (RCL 1989, 2737y RCL 1990, 206) , se aprobaron las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas, por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de junio de 1995 (RCL 1995, 1913, 2227) .

Posteriormente, el artículo 19 del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio (RCL 1999, 1900) , sobre Sociedades Anónimas Deportivas, ha establecido una serie de aspectos de contenido contable que obligan a realizar una readaptación de las normas anteriores. Para ello se constituyó en el seno del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas un grupo de trabajo para revisar las citadas normas, manteniéndose con carácter general su contenido y desarrollándose aquellos aspectos específicos exigidos por la norma a que se ha hecho mención; adicionalmente a lo anterior, se han introducido otros aspectos derivados de la propia evolución en las actividades que realizan estas entidades, de forma que las citadas entidades puedan disponer de un texto técnicamente preparado para facilitar, de forma normalizada, la correspondiente información contable.

Teniendo en cuenta que esta adaptación va dirigida no sólo a las Sociedades Anónimas Deportivas, sino a otras entidades como clubes o asociaciones deportivas que no tengan forma mercantil, la obligatoriedad de la aplicación de las presentes normas de adaptación para estas últimas entidades, vendrá impuesta por otra disposición que, en su caso, apruebe la Autoridad competente. En este sentido, habrá que tener en cuenta el contenido de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1251/1999, que respecto a los clubes que participando en competiciones oficiales de carácter profesional, pueden mantener su actual estructura jurídica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 10/1990, de 15 de octubre (RCL 1990, 2123y RCL 1991, 1816) , del Deporte, indica que están sujetos a las mismas normas de contabilidad que las sociedades anónimas deportivas en relación con sus secciones deportivas profesionales.

Adicionalmente, hay que considerar en relación con lo anterior que la referencia establecida en la disposición adicional tercera del Real Decreto 776/1998, de 30 de abril (RCL 1998, 1204, 1647) , por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad (RCL 1990, 2682y RCL 1991, 676) a las entidades no lucrativas y las normas de información presupuestaria de estas entidades, se entiende referida, en su caso, a las normas que ahora se aprueban.

El artículo 2 de la orden establece que:

1. Este texto será de aplicación obligatoria para todas las Sociedades Anónimas Deportivas y a los clubes a que se refiere la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no tendrán carácter vinculante los aspectos relativos a numeración y denominación de cuentas de la segunda parte de estas normas de adaptación, ni los movimientos contables incluidos en la tercera parte de las mismas.

2. En todo lo no modificado será de aplicación el Plan General de Contabilidad en los términos previstos en el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, así como las Resoluciones dictadas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas al amparo de la disposición final quinta de la citada norma.

La disposición adicional segunda de la orden prevé que:

El término «saldo patrimonial neto», a efectos de la regulación establecida en el artículo 3 del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, de Sociedades Anónimas Deportivas, para el cálculo del

capital mínimo, se determinará a partir de los modelos de Balance contenidos en la cuarta parte de las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las Sociedades Anónimas Deportivas, aprobadas por esta Orden Ministerial, teniendo en cuenta las especificidades previstas en esta disposición.

La determinación del parámetro anterior se realizará de acuerdo con lo siguiente:

a) Con signo positivo se recogerán los siguientes conceptos definidos conforme a los modelos de Balance indicados:

Los «Fondos propios» recogidos en la agrupación A) del pasivo del Balance.

Las «subvenciones de capital», «subvenciones de capital de entidades deportivas» y las «diferencias positivas de cambio», recogidas en la agrupación B) «Ingresos a distribuir en varios ejercicios», del pasivo del Balance, minoradas en el importe correspondiente del gasto por Impuesto sobre Sociedades pendiente de devengo.

Los «ingresos fiscales a distribuir en varios ejercicios», incluidos en la agrupación B) «Ingresos a distribuir en varios ejercicios», del pasivo del Balance, definidos conforme a lo dispuesto en las normas segunda y tercera de la Resolución de 9 de octubre de 1997 (RCL 1997, 2631), del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre algunos aspectos de la norma de valoración decimosexta del Plan General de Contabilidad.

Aquellos préstamos participativos regulados en el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio (RCL 1996, 1767, 1823), sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, recogidos en las agrupaciones D) «Acreedores a largo plazo» y E) «Acreedores a corto plazo», del pasivo del Balance, cuyo rendimiento se fije en función de los beneficios obtenidos y su plazo de vencimiento no sea inferior a cinco años desde el momento del cómputo a efectos del cálculo de capital mínimo y sus posibles revisiones.

b) Con signo negativo se incluirán las «acciones propias», que luzcan en el activo del Balance dentro de las agrupaciones B) «Inmovilizado» y D) «Activo circulante».

En ningún caso se computarán los importes recogidos en las partidas de la agrupación B) «Ingresos a distribuir en varios ejercicios» del pasivo del Balance, distintas de las señaladas en la letra a).

Por tanto, la consideración de patrimonio neto que recoge la orden referida es a los efectos del artículo 3 del Real Decreto 1251/1991, de 16 de julio.

En este supuesto, se trata de aplicar el artículo 3 del Real Decreto 1251/1991, de 16 de julio, por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la orden.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 19 de mayo de 1999, RJCA 1999\1562, si bien que en relación con la normativa anterior, explica que:

«Establece la disposición transitoria primera de la Ley 10/1990, de 15 de octubre (RCL 1990\2123 y RCL\1991\1816), del Deporte, que «los clubes actualmente existentes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional se transformarán en Sociedades Anónimas Deportivas por efecto de esta Ley...», fijando en el apartado 2 las reglas por las que ha de regirse el proceso de transformación, para cuya coordinación y supervisión se constituirá una Comisión Mixta, integrada por personas designadas por el Consejo Superior de Deportes y la Liga Profesional correspondiente, la cual, antes de emitir su informe favorable como requisito previo, podrá encarar la realización de una auditoría patrimonial de los Clubes, y señalará, de acuerdo con los criterios establecidos reglamentariamente, el capital mínimo de cada SAD, una vez analizados los informes patrimoniales de las auditorías correspondientes.

Los aludidos criterios para el señalamiento del capital social mínimo se establecieron en el artículo 3 del Real Decreto 1084/1991, de 5 de julio (RCL 1991\1768), sobre Sociedades Anónimas Deportivas. Si bien dicho precepto fue posteriormente modificado por Real Decreto 449/1995, de 24 de marzo (RCL 1995\1315), hay que atender a su redacción originaria, que es la que regía cuando se llevó a cabo el proceso de transformación del xxxx.

A los efectos que ahora interesan, el apartado 2 del artículo 3 del mencionado RD 1084/1991 establece:

El capital mínimo de las Sociedades Anónimas Deportivas que participen en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal en la modalidad deportiva de fútbol, será fijado atendiendo a los siguientes criterios:

— La cifra del capital mínimo en el momento de la transformación o creación —para aquellas Sociedades Anónimas Deportivas que, participando actualmente en dichas competiciones, provengan de la transformación o adscripción, en su caso, a que se refieren las disposiciones transitoria primera y adicional novena de la Ley del Deporte— será el 50 por 100 de la media de los gastos realizados en los tres últimos ejercicios, incluidas amortizaciones, y según los datos derivados de los informes anuales de auditorías correspondientes. A esta cifra deberán añadirse, en todo caso, los saldos patrimoniales netos negativos reflejados en el informe de auditoría a 30 de junio de 1991. Para el cálculo de los saldos patrimoniales netos negativos referidos no se tomarán en consideración las deudas asumidas por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en aplicación del Convenio de Saneamiento a que se refiere la disposición adicional decimotercera de la Ley del Deporte (citada).

— La cifra del capital mínimo será fijada para cada Sociedad Anónima Deportiva por la Comisión Mixta a que se refiere la disposición transitoria primera de la Ley del Deporte.

— El capital nunca podrá ser inferior al 50 por 100 del fijado en el momento de la transformación o adscripción.

— La cifra del capital mínimo de aquellas Sociedades Anónimas Deportivas que participen por primera vez en las competiciones oficiales de carácter profesional, será igual al 25 por 100 de la media de los gastos realizados, incluyendo las amortizaciones de todos los clubes que participen en las citadas competiciones, según los datos proporcionados por la Liga Profesional, referentes a la temporada anterior.

Siendo esa la regulación administrativa en la materia, la revisión jurisdiccional que en esta sede contencioso-administrativa se postula podrá referirse a la decisión en torno a si el capital social mínimo ha sido fijado con arreglo a dicha normativa, pero esta jurisdicción no es la apropiada para resolver las controversias privadas entre particulares, como puede ser la determinación de la cuantía de la deuda que pueda tener el Club recurrente con personas concretas, por mucho que éstas hayan ostentado en algún momento un cargo directivo. Es decir, en tanto en cuanto la pretensión que se deduce se refiere al acto de fijación del capital social mínimo por la Comisión Mixta, corresponde a esta jurisdicción el pronunciamiento, en base al artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ [RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375]), pero en todo lo que aluda a la cuantificación de la deuda del Club recurrente con los señores C. S., C. C. y E. E., se tratará de contienda privada entre particulares, que habrá de ser depurada ante la Jurisdicción Civil, con arreglo a los artículos 22 LOPJ y 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las anteriores precisiones se exponen porque la demanda parece hacer más hincapié en el aspecto privado que en el propio de este ámbito ya que no trata de demostrar que la fijación haya contravenido el artículo 3 RD 1084/1991, el cual ni siquiera es mencionado en los fundamentos jurídicos, detalle este último que constituye un indicio ilustrativo del inadecuado desplazamiento que sufre en aquel escrito rector la cuestión que ha de ser objeto de debate en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de que ahora se trata. Por ello, no le falta razón al Abogado del Estado cuando en su escrito de contestación aduce que no es procedente la inutilización de la deuda del Club con exdirectivos que, por cuantía de 45.322.000 pesetas (cifra que se cita erróneamente), consta en el balance, en base a argumentos de índole exclusivamente civil que no pueden ser objeto del presente recurso. Y también es de compartir la alegación del señor C. S. de que lo suscitado tiene más de cuestión civil que de contencioso-administrativa.

Por consiguiente, desde el momento en que la demanda realmente más se dirige a que se declare la reducción de deudas privadas que a combatir con sus argumentos la fijación del capital mínimo por la Comisión Mixta, no puede prosperar el recurso pues ni siquiera se alega la contrariedad con el ordenamiento jurídico del acto administrativo impugnado. Si lo que se pretende, como

parece, es que se declare que la deuda con los señores C. S., C. C. y E. E., es menor, ello es materia a debatir y decidir ante la Jurisdicción Civil.

Centrados ya en lo que ha de ser propio de esta sede jurisdiccional, a consecuencia de lo anteriormente expuesto, analizado el expediente y la prueba desde la óptica contencioso-administrativa que aquí procede, la Comisión Mixta de transformación de los clubs deportivos en sociedades anónimas actuó, para fijar el capital social mínimo, en concordancia con lo que establece el artículo 3 RD 1084/1991, ya que tuvo en cuenta el 50 por 100 de la media de los gastos realizados por el Club en los tres últimos ejercicios, según los informes anuales de auditoría que le fueron aportados, añadiendo los saldos patrimoniales netos negativos reflejados en el informe de auditoría a 30 de junio de 1991, excluyendo para estos últimos las deudas asumidas por la Liga Nacional de Fútbol Profesional en aplicación del convenio de saneamiento previsto en la disposición adicional 13ª de la Ley del Deporte.

Basta observar que para la determinación de este último saldo patrimonial neto negativo, en lo que ahora se refiere, no se hizo otra cosa que tener en cuenta el informe de auditoría de xxx, coincidente en este aspecto con el de la entidad yyyy, en el que en la nota 9 de las explicativas a los estados financieros se consignaba el saldo de 174.425.678 pesetas en la partida de «otras cuentas no bancarias», en el que se hallaba incluida la deuda con los señores C., C. y E. por importe de 73.115.417 pesetas, e incluso se aclaraba que el único movimiento de estas cuentas durante la temporada 1990/1991 ha sido en la cuenta de «C.», consistiendo en un cargo producido por la adquisición de la tarjeta anual. El hecho de que hayan podido producirse alteraciones ulteriores a la fecha de 30 de junio de 1991 (que es la computable a estos efectos según el artículo 3 RD 1084/1991) o se hayan tratado de desvirtuar los datos anteriores con otro informe posterior no hace desaparecer la corrección de la conclusión alcanzada a la hora de fijar el capital social mínimo, independientemente de lo que pueda ocurrir en algún otro pleito civil que, al margen del presente debate, parece haberse entablado, según aparece mencionado en el expediente. Hay que tener en cuenta que los informes de auditoría aportados consignaban aquella deuda pese a las dudas expresadas en su parte inicial, y al atenerse a ellos la Comisión Mixta para la fijación del capital social mínimo actuó tal como demanda la legalidad, por lo que no cabe decretar la anulación del acto en que se produjo aquella determinación.

La resolución del Secretario de Estado-Presidente del Consejo Superior de Deportes ya aminoró finalmente la cifra de capital social mínimo al reducir el patrimonio neto negativo en la cantidad de 13.358.000 pesetas por demostración de cancelación de la deuda que mantenía el Club con la Xunta de Galicia, así como en otras sumas respecto a las que se acreditó la procedencia de su falta de imputación al Club impugnante, pero lógicamente desestimó la pretensión respecto a la deuda con los acreedores citados porque es innegable su mención en el balance como deuda y no se probó, como respecto a aquellas otras dos partidas, el abono consiguiente.

Podría entrarse en el análisis de toda la documentación (Libros de actas, actas notariales) que llevase a justificar las deudas privadas, pero ello excede del marco en que ahora nos movemos, en el que basta con proceder al examen de la conformidad con el ordenamiento jurídico del acto impugnado para deducir el rechazo de la pretensión ejercitada. También debe quedar extramuros de este litigio la valoración del informe pericial practicado que podría tener incidencia en el debate civil entre particulares pero no tiene relevancia a la hora de discernir la conformidad o no a Derecho de la resolución recurrida. De todos modos, y dado que se practicó a instancia del impugnante, no está de más resaltar que con dicha pericia no se respaldan las tesis del actor sino lo contrario ya que si con el recurso se pretende una reducción de la deuda reconocida a favor de los exdirectivos desde la cifra inicial de 73.150.000 pesetas (en conclusiones se habla de 73.271.000 pesetas), el perito señor G. A. dictamina que el total de la suma adeudada a los señores C., C. y E., que se deduce del análisis de la documentación aportada y analizada, asciende a 97.894.667 pesetas, que es la suma de las tres cantidades debidas a cada uno que se concretan en 24.423.667 pesetas al señor C., 49.047.333 pesetas al señor C. y 24.423.667 pesetas al señor E. Incluso aunque se siguiese la argumentación del recurrente en conclusiones y se considerase que el señor perito había sufrido un error respecto al señor C., en base al acta notarial de 4 de marzo de 1985 en la que se estaría aludiendo a la parte de deuda correspondiente al mismo, ya mencionada en el acta anterior de 29 de

octubre de 1984, aunque globalmente con la de los otros dos exdirectivos, la suma adeudada total sería la de 73.271.000 pesetas, por lo que no habría posibilidad de aminoración del saldo patrimonial neto negativo que por este concepto se tuvo en cuenta por la Comisión Mixta primero y por el Consejo de Deportes después.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso.

5. APLICABILIDAD O NO DEL ARTÍCULO 3.8 DEL REAL DECRETO 1251/1999 A TODAS LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DEPORTIVAS O SÓLO A LAS QUE PARTICIPAN EN LA COMPETICIÓN PROFESIONAL

La cuestión que se plantea es la relativa a si el artículo 3.8 del Real Decreto 1251/1999, sobre sociedades anónimas deportivas es aplicable únicamente a las sociedades anónimas deportivas que participan en la competición profesional o es extensible a todas las sociedades anónimas deportivas independientemente de la competición en la que participen.

El artículo 3.8 del Real Decreto 1251/1999 prevé que:

«8. El capital de las sociedades anónimas deportivas no podrá ser inferior al 50 por 100 del establecido en el momento de la transformación o, en su caso, el fijado para su acceso a la competición profesional, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas.

El citado precepto distingue el capital de las sociedades anónimas deportivas en el momento de la transformación y el capital social fijado para su acceso a la competición oficial, por lo que al distinguir esos dos casos parece contemplar los supuestos en que se trate de sociedades anónimas deportivas que accedan o hayan accedido a la competición oficial profesional y sociedades anónimas deportivas que no hayan accedido a la competición profesional, y exige que el capital de las mismas no sea inferior al 50 por 100 según se trate de uno u otro supuesto, pero para uno y otro.

En definitiva, se considera aplicable a todas las sociedades anónimas deportivas independientemente de la competición en la que participen.

En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 31 de marzo de 2010, AC 2010\1577 explica que:

La cuestión objeto de debate se centra en dilucidar si la interpretación que ofrece la demandada apelante es la correcta, o como pretenden los actores —y confirmó el tribunal de primera instancia— el capital social mínimo de la demandada se situó en el año 2.004, coincidiendo con el ascenso del Club a categoría profesional, en 2.170.252 euros, por decisión de la Comisión Mixta creada por la Disposición transitoria primera, apartado 2, de la Ley 10/90, capital que debe seguir manteniendo en todo momento para conservar la condición de sociedad anónima deportiva, lo que lleva consigo la nulidad del acuerdo adoptado al tener que ser desembolsado totalmente ese capital mediante aportaciones dinerarias por imperativo legal.

El párrafo final del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida hace referencia a un documento incorporado al acta de la Junta celebrada el 15 de Enero de 2.007, la certificación emitida por el Secretario de la Comisión Mixta de Transformación de Clubes en Sociedades Anónimas Deportivas, en la que consta un acuerdo de dicha Comisión de fecha 26 de Enero de 2.004 en el que con motivo del ascenso del Club a categoría profesional se fijó el nuevo capital mínimo de la entidad xxxx en 2.170.237,79 euros, capital que deberá estar completamente suscrito y desembolsado en el plazo de seis meses desde la notificación de dicho acuerdo.

En realidad, dicha certificación no consta en las actuaciones sino un documento en el que hace referencia a ella, tratándose de la comunicación remitida por el Subdirector General de Inspección del Consejo Superior de Deportes, fechada el 16 de Mayo de 2.006 (documento que obra al folio 43,

aportado por la parte actora), en la que respondiendo a una consulta elevada por el Director Financiero del Club, preguntando si es legalmente factible reducir el capital social de dicha entidad, a fin de alcanzar el equilibrio patrimonial, hasta un importe de 320.000 euros, se le responde que de acuerdo con el artículo 3.8 del Real Decreto 1251/1.999 (RCL 1999, 1900) «El capital de las sociedades anónimas deportivas no podrá ser inferior al 50 % del establecido en el momento de la transformación o, en su caso, el fijado para su ascenso a la competición profesional, sin perjuicio de lo establecido en la Ley de Sociedades Anónimas». De acuerdo con ello, se añade en dicho documento que «de todo anterior se deduce que el capital social del xxxx no podrá reducirse, en ningún caso, por debajo de la cifra de 1.085.118,89 euros».

Partiendo de que esa respuesta es totalmente compatible con la que esa misma institución, la Subdirección General de Inspección, ahora con otro titular, dio a uno de los actores, respondiendo a la consulta elevada por éste en el mes de Enero de 2.008 (documento también aportado con la demanda), resulta obvio que el capital social mínimo que por imperativo legal corresponde a la sociedad demandada y debe estar totalmente desembolsado es de 1.085.118 euros, por lo que el acuerdo adoptado por dicha sociedad de reducción/ aumento de capital se ajusta a la legalidad, lo que, por otra parte, viene a confirmar la comunicación de fecha 2 de Octubre de 2.009 remitida por el mismo Subdirector General de Inspección (documento admitido a la demandada apelante en esta segunda instancia), en la que se viene a confirmar también la legalidad del acuerdo.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, José Barba de Vega y Raúl Bercovitz Álvarez: *Sociedades Anónimas Deportivas*, Editorial Aranzadi, Navarra.

M.^a Isabel Cadenas García: «Eficacia constitutiva o declarativa de la inscripción en el Registro Mercantil de las operaciones de reducción y ampliación del capital de las sociedades anónimas deportivas», *Anales de la Abogacía General del Estado 2016*, BOE 2017.

Javier Gallego Larrubia: «Transformación voluntaria, capital social y compensación de créditos en las sociedades anónimas deportivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, junio 2018.

Guía jurídica «Sociedad Anónima Deportiva» publicada por Wolters Kluwer.

IV. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

LA SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DE LAS AYUDAS DE ESTADO NO NOTIFICADAS A LA COMISIÓN EUROPEA

José Manuel Villar Uribarri

SUMARIO: 1. LAS AYUDAS DE ESTADO Y LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR A LA COMISIÓN EUROPEA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 108.3 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. 1.1. Las ayudas de Estado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 1.2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, «ALTMARK». 1.3. La obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión Europea los proyectos dirigidos a la concesión de ayudas otorgadas por los Estados. Las ayudas de Estado ilegales.—2. EL PROCEDIMIENTO DE EXAMEN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS AYUDAS NO NOTIFICADAS. 2.1. El artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 2.2. Breves referencias al procedimiento aplicable a las ayudas de Estado notificadas. 2.3. El procedimiento aplicable a las ayudas ilegales.—3. EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO ILEGALES ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. 3.1. Recursos y vías de impugnación de las ayudas de Estado ilegales en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 3.2. La anulación de una decisión de la Comisión por parte del TJUE únicamente sobre aspectos formales. 3.3. La respuesta del Tribunal Supremo en la novedosa y trascendental Sentencia núm. 1500/2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de fecha 11 de octubre de 2018. 4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. LAS AYUDAS DE ESTADO Y LA OBLIGACIÓN DE COMUNICAR A LA COMISIÓN EUROPEA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 108.3 DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.1. Las ayudas de Estado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El artículo 3.1 b) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) dispone que la Comisión Europea tendrá competencia exclusiva sobre «*el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior*».

La regulación de las ayudas de Estado se encuentra recogida en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pilar básico de la constitución material comunitaria (firmado en Roma en 1957 como Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y, a partir de 1992 denominado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), en concreto, en el título VII, capítulo I, sección segunda, bajo la rúbrica «Ayudas otorgadas por los Estados».

El artículo 107 TFUE (antiguo artículo 87 TCE) dispone que siempre que los Estados otorguen ayudas que falseen o —simplemente— amenacen la competencia, porque favorezcan a unas empresas en detrimento de otras, éstas ayudas se considerarán incompatibles con el mercado interior. El apartado primero del artículo 107 TFUE lo especifica así que, «*salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier*

forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

El apartado segundo de este mismo artículo enumera las ayudas de Estado que, en todo caso, se consideran compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;*
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;*
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.*

El último apartado de este artículo, el apartado tercero, señala que además de las anteriores, se pueden dar otras ayudas de Estado que también se pueden considerar compatibles con el mercado interior. Son las siguientes:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;*
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;*
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;*
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;*
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.*

Por lo tanto, en virtud del artículo 107 TFUE son incompatibles con el mercado interior todas aquellas ayudas otorgadas por el Estado o con fondos del mismo que: a) afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, b) falseen o amenacen la competencia y c) beneficien a determinadas empresas o producciones. La regla general es, por tanto, la incompatibilidad de las ayudas, siempre que no se incluyan en alguno de los supuestos que enumeran los apartados segundo y tercero, pues en estos casos, dichas ayudas estatales podrían ser declaradas compatibles con el mercado interior.

El examen y la calificación de las ayudas de Estado conforme al artículo 107 se desarrollan en el artículo siguiente, el 108 TFUE (antiguo 88 TCE). Este artículo otorga una posición preminente a la Comisión en el examen de las ayudas de Estados concedidas por los Estados miembros. En el apartado primero, el Tratado le asigna una función de examen permanente de control de los regímenes de ayudas que existan en cada uno de ellos y siempre en colaboración con ellos.

Ahora bien, el apartado segundo manda a la Comisión que ordene a los Estados miembros suprimir o modificar toda ayuda de estado que no sea compatible con el artículo 107 y, en caso de que éstos no cumplan en el plazo determinado, queda facultada —también cualquier otro Estado miembro— para recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobar que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

También se concede en este apartado la posibilidad de que un Estado miembro solicite que el Consejo decida, *«por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109»*, si una ayuda es o no considerada compatible con el mercado interior *«cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión»*. En este sentido, el TFUE establece que en el supuesto de que la Comisión ya hubiere iniciado el procedimiento explicado, éste quedará suspendido tras la petición del Estado interesado hasta que el Consejo último se haya pronunciado sobre la cuestión. Para pronunciarse, el Consejo cuenta con un plazo de tres meses desde la fecha de la petición, transcurrido el cual, decidirá la Comisión.

Por último, es importe mencionar, que el artículo 108.3 obliga a los Estados a informar a la Comisión, con la suficiente antelación, de los proyectos para conceder o modificar ayudas, a fin de que ésta pueda mostrar sus observaciones. Para evitar que los Estados miembros puedan ejecutar proyectos incompatibles con el mercado interior, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento establecido en el apartado segundo; en el que, además, *«el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva»*.

Como última referencia cabe mencionar la facultad que el artículo 109 (antiguo artículo 89 TCE) concede al Consejo para, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento, adoptar reglamentos para la correcta aplicación de los artículos 107 y 108. Resultado de ello fue el Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, que en la actualidad se encuentra derogado, estando vigente el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

1.2. La sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003, «ALTMARK»

Es necesario hacer mención, a los efectos de circunscribir adecuadamente el concepto de las ayudas de Estado, a lo que se estableció por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de julio de 2003, *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (asunto C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415).

La sentencia se dictó debido a unos conflictos en cuanto a subvenciones y licencias públicas para la ejecución de servicios de transporte urbano, llegando la compañía *Altmark Trans* al planteamiento de un recurso de casación ante el *Bundesverwaltungsgericht* contra la sentencia del Tribunal de Apelación de Sajonia. La compañía planteó la cuestión *«de si la explotación de servicios regulares de transporte urbano, de cercanías o regional que no puede llevarse a cabo de manera rentable con los ingresos obtenidos del transporte y que, por tanto, depende ineludiblemente de las subvenciones públicas puede, en virtud*

del Derecho nacional, considerarse realizada en régimen de autonomía financiera o si ha de considerarse necesariamente que se trata de un transporte prestado en régimen de servicio público» (apartado 27). El Bundesverwaltungsgericht elevó la duda como cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Pues bien, esta sentencia, comúnmente conocida como «sentencia Altmark», estableció, en respuesta a las dudas planteadas por el Bundesverwaltungsgericht, una serie de criterios que ayudan a discernir cuando una determinada medida constituye una ayuda de Estado, no encuadrable en los supuestos del artículo 107 del TFUE, es decir, una ayuda de Estado contraria al mercado interior y, por ende, al derecho comunitario.

En los apartados 88 a 94 de la sentencia se enunciaron los cuatro requisitos que han de concurrir para que una compensación no sea calificable como ayuda de estado, siendo resumidos en el apartado 95 del modo siguiente:

En primer lugar, que la empresa beneficiaria está efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y que estas obligaciones se han definido claramente; en segundo lugar, que los parámetros para el cálculo de la compensación se han establecido previamente de forma objetiva y transparente; en tercer lugar, que la compensación no supera el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; en cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, que el nivel de la compensación necesaria se ha calculado sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

En caso de que no se cumpla cualquiera de los requisitos contenidos en la sentencia, se entenderá que existe una ayuda del Estado.

1.3. La obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión Europea los proyectos dirigidos a la concesión de ayudas otorgadas por los Estados. Las ayudas de Estado ilegales

Los Estados miembros están obligados a notificar a la Comisión todos los proyectos dirigidos a la concesión de ayudas de Estado, pues, conforme enuncia el artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones» (108.3 TFUE).

El vigente Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, regula en la actualidad el procedimiento de notificación de las medidas que pudieran constituir una ayuda de Estado.

A través de los diferentes procedimientos del Reglamento 2015/1589 no sólo se establecen los mecanismos para proceder a la notificación de una medida o modificación de una ayuda de estado ya existente, sino que, con la finalidad de no hacer peligrar el mercado interior, se erigen procedimientos e instrumentos para hacer frente a las ayudas de Estado no notificadas conforme al artículo 108.3 del TFUE, denominadas «ayudas ilegales».

El propio Reglamento 2015/1589 aporta una definición de lo que constituye una ayuda ilegal —hasta que del procedimiento de investigación de la Comisión no se extraiga lo contrario— en su artículo 1, al señalar en la letra f) que es ayuda ilegal «cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE». En otras palabras, será ayuda de Estado ilegal aquella medida o proyecto dirigidos a conceder o modificar ayudas que no fueran notificadas a la Comisión Europea.

Para el caso de que el Estado miembro implicado sea España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido clara al respecto a través de su Sentencia de 9 de diciembre de 2004, de la Sección 2.^a, ponente D. Rafael Fernández Montalvo, que determina cuál ha de ser la actuación de los órganos jurisdiccionales nacionales ante ayudas no notificadas a la Comisión Europea, recogiendo, en su fundamento jurídico decimoséptimo que «a la luz de la constante doctrina del TJCE, las facultades de los órganos jurisdiccionales nacionales, en caso de ayudas no notificadas, han de orientarse a la constatación de tal circunstancia, para en caso de respuesta afirmativa, anular las correspondientes Normas, por haber sido adoptadas sin cumplir la obligación de notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 108). En este supuesto, el Tribunal Supremo concluye considerando procedente, en su fundamento de derecho decimooctavo (y en su fallo) la estimación del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Federación de Empresarios de la Rioja, acogiendo el primero de los motivos aducidos. Y, sin necesidad de examinar los restantes motivos de casación, que se case y anule la sentencia de instancia (...) al haberse omitido la necesaria notificación a la Comisión Europea establecida en el artículo 93 (actual artículo 88) del Tratado para medidas que indiciariamente pueden constituir “ayudas de Estado”».

Es decir, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen que atender la cláusula de notificación de las ayudas que se pretendan desplegar o que modifiquen unas previamente autorizadas, en virtud del efecto directo del TFUE y del Reglamento 2015/1589. Así lo han confirmado sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Véase a tal respecto la sentencia de 21 de octubre de 2003 (asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01, Belgische Staat contra Eugène van Calster y Felix Cleeren (C-261/01) y Openbaar Slachthuis NV (C-262/01), ECLI:EU:C:2003:571), en cuyo apartado 64 se expuso lo siguiente:

Por otro lado, procede recordar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales proteger los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la prohibición de ejecución de las ayudas que se establece en el artículo 93, apartado 3, última frase, del Tratado y tiene efecto directo. Tal incumplimiento, invocado por los justiciables que puedan alegarlo y declarado por los órganos jurisdiccionales nacionales, debe conducir a que éstos extraigan de este hecho todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos de ejecución de las medidas de ayuda de que se trate, como a la recuperación de las ayudas económicas concedidas (véanse las sentencias, antes citadas, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, apartado 12, y Lornoy y otros, apartado 30).

Por otro lado, la sentencia de 12 de febrero de 2008 (asunto C-199/06, CELF y ministre de la Culture y de la Communication, ECLI:EU:C:2008:79) pone de relieve en los apartados 39 a 41 que:

39. Los órganos jurisdiccionales nacionales deben, en principio, estimar una demanda de devolución de las ayudas abonadas con infracción del artículo 88 CE, apartado 3 (véase, en particular, la sentencia de 11 de julio de 1996, SFEI y otros, C-39/94, Rec. p. I-3547, apartado 70).

40. En efecto, la decisión definitiva de la Comisión no produce el efecto de regularizar, a posteriori, los actos de ejecución que eran inválidos por haber sido adoptados incumpliendo la prohibi-

ción prevista en tal artículo. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, del artículo 88 CE, apartado 3, última frase, y lo privaría de eficacia (sentencia FNCE, antes citada, apartado 16).

41. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales nacionales deben garantizar que se extraigan todas las consecuencias de una infracción del artículo 88 CE, apartado 3, última frase, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos de ejecución de las medidas de ayuda como a la recuperación de los apoyos económicos concedidos contraviniendo esta disposición (*sentencias antes citadas FNCE, apartado 12, y SFEI y otros, apartado 40, y sentencias de 21 de octubre de 2003, van Calster y otros, C-261/01 y C-262/01, Rec. p. I-12249, apartado 64, y Transalpine Ölleitung in Österreich y otros, antes citada, apartado 47*).

A mayor abundamiento, puede resaltarse que la doctrina comparte el efecto directo tanto del artículo 108.3 del TFUE como lo que se dispone respecto de los efectos suspensivos sobre una ayuda ilegal no comunicada. Por ejemplo, la profesora de la Universidad de Alicante, D^a. Begoña Pérez Bernabéu, en su obra *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, destaca que «*como afirma el TJCE, la obligación del juez nacional de aplicar disposiciones con efecto directo no puede verse limitada por el hecho de que se haya presentado ante la Comisión una denuncia, que plantea cuestiones análogas sobre las que la Comisión no se ha pronunciado todavía, incluso si el denunciante (parte en el litigio ante la jurisdicción nacional) hubiera podido ejercitar un recurso comunitario por omisión. Incluso el hecho de que la Comisión inicie un procedimiento de examen previo o el procedimiento de investigación formal no puede dispensar a la jurisdicción nacional de su obligación de velar por los derechos de los particulares justiciables en caso de incumplimiento de la obligación de notificación*»¹.

Este efecto directo vendría a obligar a los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro a la aplicación del referido artículo 108.3 del TFUE, aunque se opusiera a normas nacionales

2. EL PROCEDIMIENTO DE EXAMEN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LAS AYUDAS NO NOTIFICADAS

2.1. El artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha establecido, como anteriormente se ha indicado, la necesidad de comunicar a la Comisión Europea aquellas ayudas que los Estados miembros de la Unión pretendan desplegar y que puedan resultar incompatibles con el mercado interior. El artículo 107 de ese mismo Tratado establece excepciones al deber de comunicación de las ayudas, al igual que la referencia del apartado 2 del artículo 108 que manifiesta no sólo la capacidad de que el Consejo de la Unión Europea proceda a la aprobación de una ayuda específica en atención a unas circunstancias excepcionales que así lo justifiquen, sino que pone de relieve que, una vez abierto un procedimiento de investigación por parte de la Comisión sobre una ayuda, éste habrá de suspenderse hasta que el Consejo tome una decisión por unanimidad sobre la posible validez de una ayuda de estado.

¹ Pérez Bernabéu, B. *Ayudas de estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, 1.ª edición, Valencia, 2008, p. 172.

En cualquier caso, y con las advertencias previas, el resto de ayudas de Estado que no se encuentren entre los supuestos anteriores, tienen que ser comunicadas a la Comisión Europea conforme al artículo 108.3 del TFUE, sean éstas proyectos de nuevas ayudas o modificaciones de otras ya existentes.

El contenido del artículo 108 y el procedimiento de evaluación de las ayudas de Estado que de él se desprende se ha desarrollado en el Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Reglamento 2015/1589 contiene normas destinadas a regular el procedimiento de las ayudas notificadas conforme al artículo 108.3, así como para aquellos casos en los que existieren ayudas ilegales (contraviniendo el deber de comunicar a la Comisión) y abusivas (ayudas que se ejecutan excediendo los parámetros por los cuales se autorizaron tras su evaluación). Así las cosas, el Reglamento 2015/1589 conforma los mecanismos de control de la ayuda de estado por parte de la Comisión Europea, que se completa, por otro lado, por el control que se ejerce tanto por los órganos jurisdiccionales nacionales como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En lo referente a las ayudas ilegales, esto es, las ayudas no comunicadas, el Reglamento 2015/1589 ya anuncia en el punto 25 de su exposición de motivos que *«la Comisión debe poder obtener toda la información necesaria para adoptar una decisión y para restablecer inmediatamente, cuando sea pertinente, una situación de competencia sin falseamiento. Conviene, por lo tanto, facultar a la Comisión para que adopte medidas provisionales dirigidas al Estado miembro interesado. Estas medidas provisionales pueden consistir en requerimientos de información, de suspensión o de recuperación de la ayuda. En caso de que se desatienda un requerimiento de información, la Comisión debe estar facultada para pronunciarse con arreglo a la información disponible y, en caso de que se desatendan los requerimientos de suspensión o de recuperación, debe poder recurrir directamente al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 108, apartado 2, párrafo segundo, del TFUE»*.

Para la protección del mercado común frente a las ayudas ilegales, por lo tanto, se habilita a la Comisión para requerir información y desplegar medidas provisionales tales como la suspensión de la eficacia de las ayudas en tanto se instruya el correspondiente procedimiento de investigación, o la recuperación cautelar del importe de esas ayudas. Sin perjuicio de entrar en detalles posteriormente, es relevante llamar la atención a la capacidad que el propio Reglamento detalla y que consta en el propio artículo 108: la posibilidad para la Comisión de recurrir directamente ante el Tribunal de Justicia, sin tener que esperar a la emisión del dictamen que se menta en el artículo 258 del TFUE.

Es, por lo anterior, imprescindible comunicar las ayudas que se pretendan otorgar a la Comisión Europea para evitar, en primer lugar, perjuicios en términos de competencia entre los beneficiarios y el resto de sus competidores, y en segundo lugar, para no tener que llegar a un procedimiento de investigación que puede acabar con medidas cautelares, de recuperación de las ayudas, exigencia de responsabilidades extracontractuales e, incluso, multas coercitivas.

2.2. Breves referencias al procedimiento aplicable a las ayudas de Estado notificadas

Si bien el presente artículo tiene por tema, precisamente, la suspensión que se da como medida cautelar frente a las ayudas desplegadas por un Estado miembro sin la

correspondiente notificación conforme se desarrolla en el capítulo III del Reglamento, es necesaria una aproximación de los aspectos esenciales del procedimiento aplicable a las ayudas que sí han sido notificadas, siguiendo la regla del artículo 108.3 del TFUE, de tal forma que pueda comprenderse cómo funciona el procedimiento de investigación de la Comisión sobre las ayudas objeto de examen.

En el capítulo II del Reglamento 2015/1589, bajo la rúbrica «Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas», se establece ya en su primer precepto, el artículo 2, que *«salvo disposición en contrario de cualesquiera Reglamentos adoptados de conformidad con el artículo 109 del TFUE o cualquier otra disposición pertinente del Tratado, el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda»*, en concordancia con el artículo 108.3 del TFUE. Se habrá de incluir toda la información necesaria para que la Comisión Europea pueda adoptar una decisión sobre la ayuda de estado que se pretende ejecutar.

En el artículo 3 del Reglamento 2015/1589, en virtud de la cláusula de efecto suspensivo automático, no podrá desplegarse la medida comunicada antes de que la Comisión adopte una decisión o deba considerarse que ha adoptado una decisión autorizando su ejecución. Éste último inciso se refiere al silencio administrativo en sentido estimatorio respecto del despliegue de una determinada ayuda comunicada a la Comisión que, como dice el artículo 4.6, cuando no haya decidido nada la Comisión en el plazo de dos meses desde el acto de notificación, *«se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda»*.

Pues bien, advertido lo anterior sobre la cláusula de efecto suspensivo y excluyendo el supuesto de falta de comunicación que será tratado en el apartado sobre ayudas ilegales, pueden perfilarse los siguientes escenarios tras la comunicación de la ayuda que el Estado miembro ha comunicado a la Comisión según se desprende del artículo 4 dedicado al examen preliminar de la notificación: 1.º— tras un examen preliminar de la medida, la Comisión decide que ésta no constituye ayuda de estado; 2.º— la Comisión, tras el examen preliminar, observa que se trata de una ayuda de estado encuadrable en los supuestos del artículo 107 del TFUE, no resultando perjudicial para el mercado interior, procediendo a autorizar la misma; 3.º— la Comisión plantea dudas de compatibilidad y procede a incoar un procedimiento de investigación formal; o 4.º— la Comisión estima que la información es insuficiente y le solicita al Estado miembro más datos de la medida objeto de evaluación (artículo 5). De no atender esta solicitud en el plazo establecido por la Comisión o la suministre nuevamente incompleta, la Comisión remitirá un recordatorio. Si no se facilitase a la Comisión la información de la medida objeto de examen previo, se considerará retirada la notificación a efectos del artículo 108.3 del TFUE.

La Comisión podrá incoar un procedimiento de investigación formal en el que se le dará plazo para realizar observaciones no sólo al Estado miembro en cuestión, sino también a las partes interesadas, teniendo el Estado miembro, en su caso, derecho de réplica.

La Comisión tiene la capacidad de reclamar a una empresa o a una asociación de empresas que le facilite información, indicándole que impondrá multas de hasta un 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior cuando, de forma deliberada o por negligencia grave faciliten información incorrecta o engañosa en respuesta a una simple solicitud o a un requerimiento del artículo 7 del reglamento 2015/1589, apartados 6 y 7 (artículo 8.1 del Reglamento 2015/1589). Dispone, además, el artículo 8, apartado 2, que la Comisión podrá imponer multas coercitivas cuando ante un requerimiento no se facilitase la información, no superando en este caso *«el 5% del*

volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día laborable de retraso, contado a partir de la fecha que se fije en la decisión, hasta que faciliten información completa y correcta tal como solicitó o exigió la Comisión».

En cualquier caso, para la imposición de multa o multa coercitiva, deberá regir el principio de proporcionalidad (artículo 8.3 del Reglamento 2015/1589).

El procedimiento de investigación formal concluye, según se desprende del artículo 9 del Reglamento, con una decisión en uno de los siguientes sentidos: 1.º— declarar que la medida no es ayuda de estado; 2.º— declarar que la ayuda es compatible con el mercado interior o, en su caso, para que se a compatible, deberá cumplir una serie de obligaciones; o 3.º— declarar la incompatibilidad de la medida, disponiendo que la ayuda de estado no es ejecutable.

2.3. El procedimiento aplicable a las ayudas ilegales

Las ayudas ilegales son definidas en el propio Reglamento 2015/1589, artículo 1, letra f), al señalar que son ayudas ilegales de estado *«cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo lo dispuesto en el artículo 108, apartado 3, del TFUE»*. En otras palabras, cualquier nueva ayuda o modificación de alguna ya existente no notificadas a la Comisión Europea, para que se lleve a cabo sobre la misma el procedimiento de examen anteriormente descrito.

Lo primero que cabe destacarse sobre el régimen de las ayudas de Estado y el procedimiento para corregir aquellas ilegales (no comunicadas) es que, aun cuando el artículo 108.3 del TFUE hace específica referencia a la cláusula de suspensión automática de la ayuda comunicada, otro tanto de lo mismo puede predicarse de las ilegales, aunque con un claro y evidente matiz.

Las ayudas que regulan los capítulos II y III del Reglamento 2015/1589 están en momentos de control por la Comisión distintos. En el primer caso, son medidas notificadas, de tal forma que la operatividad de la cláusula de suspensión actúa automáticamente en la misma medida en la que se pone a examen el proyecto de ayuda de Estado. Por otro lado, las ayudas no notificadas no están en el conocimiento de la Comisión Europea, de modo que difícilmente puede operar el referido automatismo.

Sin embargo, en el momento en el que una ayuda de estado ha sido comunicada por cualquier medio válido, incluyendo denuncias anónimas conforme reseña el artículo 12 del Reglamento, la Comisión no sólo podrá pedir información a un Estado miembro, una empresa o una asociación de empresas con la capacidad de imponer multas y multas coercitivas a estos dos últimos sujetos, sino que podrá requerir la suspensión cautelar y/o la recuperación provisional de la propia ayuda.

El artículo 13 del reglamento se encarga de regular estas medidas provisionales. Así, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar observaciones sobre la medida, la Comisión podrá requerir al Estado miembro para que *«suspenda toda concesión de ayuda ilegal en tanto en cuanto aquella no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior»* (apartado 1.º), o bien podrá requerir para que el Estado miembro *«recupere provisionalmente toda ayuda ilegal en tanto en cuanto aquella no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado interior»* (apartado 2.º).

A estos requerimientos se les llama, respectivamente, de suspensión y de recuperación. Pueden solicitarse ambos al unísono o únicamente uno de ellos, según lo precisen las circunstancias, siempre y cuando se haya dado trámite de observaciones al Estado

miembro y éste lo haya satisfecho haciendo llegar sus alegaciones o bien lo hubiese dejado pasar.

En cualquier caso, es necesario hacer una serie de puntualizaciones en torno al requerimiento de recuperación, consistiendo en:

1.^a— Para que el requerimiento de recuperación pueda realizarse, se tienen que dar tres circunstancias concurrentes: (a) no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida, (b) sea urgente actuar y (c) exista un grave perjuicio considerable e irreparable a un competidor.

2.^a— Debido a los requisitos establecidos para el dictado del requerimiento, el grado de discrecionalidad por parte de la Comisión Europea es elevado, especialmente en lo que se refiere al grave riesgo de causar perjuicio considerable e irreparable a un competidor, por lo que se precisará de una motivación adecuadamente justificada a tal efecto.

3.^a— Existe la posibilidad de que la Comisión Europea autorice la llamada «ayuda de salvamento», es decir, que con objeto del cumplimiento del requerimiento de recuperación provisional de la ayuda, se podrá desplegar por el Estado miembro una medida para que las compañías que hubiesen resultado beneficiarias de la medida objeto de evaluación por la Comisión no se vean perjudicadas por la recuperación cautelar de esa ayuda.

Si se diere el caso en el que el Estado miembro que ha ejecutado una ayuda de estado sin comunicación a la Comisión Europea, ignorase el requerimiento hecho por la Comisión con arreglo al artículo 13 del Reglamento 2015/1589, al tiempo de estar examinando el fondo del asunto, podrá interponer recurso directo a la luz de lo previsto tanto en el artículo 108.2, párrafo segundo, del TFUE, como en el artículo 14 del Reglamento 2015/1589.

En otras palabras, la ignorancia o desobediencia al requerimiento realizado por la Comisión Europea implica axiomáticamente el otorgamiento de la facultad a la Comisión para acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sin tener que emitir el dictamen que prescribe el artículo 258 del TFUE para que la Comisión Europea pueda interponer recurso de incumplimiento.

3. EL CONTROL DE LAS AYUDAS DE ESTADO ILEGALES ANTE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

3.1. Recursos y vías de impugnación de las ayudas de Estado ilegales en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como en líneas anteriores se apuntaba, de conformidad con el artículo 14 del Reglamento 2015/1589, al hilo del artículo 108. 2 del TFUE, la desobediencia sobre el requerimiento de suspensión provisional en la investigación realizada por la Comisión Europea sobre una ayuda no notificada habilita a esta institución para acudir directamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión sin pasar por el requisito previo de la emisión de dictamen conforme al artículo 258 del TFUE.

Es, por lo tanto, un *recurso por incumplimiento en vía directa* sólo abierto para la Comisión en el desempeño de su labor para velar por un adecuado funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea.

Asimismo, es posible hacer mención de otro supuesto a través del cual la Comisión puede hacer nuevamente uso de la vía directa ante el Tribunal de Justicia. El artículo 28 del Reglamento 2015/1589 dispone que, en aquellos casos en los que un Estado miembro no cumpla con la decisión negativa final de la Comisión por la que declara contraria

al derecho comunitario una ayuda de Estado o cuando, siendo ésta condicional, se incumplan dichas condiciones para asumir la ayuda como válida a efectos del mercado interior, la Comisión podrá someter el asunto directamente ante el Tribunal de Justicia.

Llegado el caso, si recayese sentencia del Tribunal de Justicia en sentido confirmatorio de la decisión emanada por la Comisión y ésta se viese incumplida o ignorada por el Estado miembro, es decir, que no ejecutase la recuperación de una ayuda, la Comisión podrá actuar conforme al artículo 260 del TFUE, esto es, instando al Tribunal de Justicia para imponer al Estado miembro multa por importe de suma a tanto alzado o multas coercitivas.

Junto al recurso por incumplimiento y su modalidad en vía directa, pueden destacarse otros medios de ejercicio de control en sede comunitaria. Véase, por ejemplo, el *recurso de anulación* para recurrir decisiones de la Comisión que afecten a la empresa beneficiaria de una ayuda de Estado, aunque suelen ser casos en los que las ayudas han sido declaradas incompatibles. Presenta especial interés la legitimidad de las empresas competidoras que sufren un daño en los casos en los que la ayuda se considera válida por la Comisión, pues debe ser identificable individualmente el daño sufrido por los competidores, como se indica en los apartados 32 a 34 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de julio de 2009 (asunto C-319/07 P, 3F/Comisión, ECLI:EU:C:2009:435).

Otros mecanismos útiles de control jurisdiccional comunitario son la *cuestión prejudicial* y el *recurso de omisión*, que, respectivamente, sirven para invocar la ilegalidad de una decisión en un determinado procedimiento ante los órganos jurisdiccionales y así examinar la misma ante el Tribunal de Justicia, y para instarse la falta de actuación de la Comisión Europea frente a una ayuda ilegal desplegada y no examinada. Sin embargo, en este sentido, la práctica habitual ha demostrado que es más útil que el recurso de omisión la propia denuncia de la ayuda no notificada a la Comisión, pues es más que habitual que habrá expediente para el inicio del procedimiento de investigación con arreglo al Reglamento 2015/1589.

En cualquier caso, lo trascendental sobre las decisiones de la Comisión y la evaluación del asunto por el Tribunal de Justicia es, precisamente, que en ningún caso podrá sustituir el Tribunal las apreciaciones realizadas por la Comisión por las suyas propias, a menos que éstas se refieran exclusivamente a multas². Sí que podrá detectar errores por falta de motivación y forma, declarando la nulidad de la decisión y, en consecuencia, reabriendo nuevamente el período de investigación por la Comisión sobre una determinada ayuda de Estado, teniendo que tomar en esa segunda ocasión mayores cautelas

² Puede hacer mención a este respecto y a título ilustrativo, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de noviembre de 2012 (asunto C-89/11 P, E.ON Energie/Comisión, ECLI:EU:C:2012:738), apartados 124 y 125:

«124. En consecuencia, más allá del mero control de la legalidad de estas multas, el Tribunal General está facultado para sustituir la apreciación de la Comisión por la suya propia y, en consecuencia, para suprimir, reducir o aumentar la multa o la multa coercitiva impuesta (sentencia de 8 de febrero de 2007, *Groupe Danone/Comisión*, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, apartado 61 y jurisprudencia citada).

»125. Sin embargo, no corresponde al Tribunal de Justicia, cuando se pronuncia sobre cuestiones jurídicas en el marco de un recurso de casación, sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal General por la suya propia, cuando éste último resuelve, en el ejercicio de su plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a determinadas empresas por haber infringido, éstas, el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de abril de 1995, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, C-310/93 P, Rec. p. I-865, apartado 34, y de 16 de noviembre de 2000, *KNP BT/Comisión*, C-248/98 P, Rec. p. I-9641, apartado 54)».

sobre esos defectos formales. La nulidad de la decisión, por consiguiente, no significa que la ayuda de Estado sea conforme al mercado interior.

Finalmente, resulta de interés destacar la capacidad del Tribunal de Justicia y del Tribunal General para la adopción de *medidas cautelares* con la finalidad de que no poner en peligro los efectos que pudieran derivarse de la resolución que hubiera de recaer acerca de una decisión de la Comisión Europea. La parte que las solicite deberá aportar prueba de que no es posible aguardar a la finalización del procedimiento que conoce el Tribunal, así como la relación causal entre esa falta de suspensión cautelar y el plausible perjuicio que pudiera conllevar.

Son acertadas las observaciones de D. Abel Estoa Pérez, que apunta en torno a las medidas cautelares que «[...] la jurisprudencia ha declarado que la Comisión puede solicitar medidas cautelares en un procedimiento por incumplimiento. Por ejemplo, podrá solicitar que se ordene al Estado abstenerse de poner en práctica una normativa declarada contraria a la regulación sobre ayudas de Estado hasta que recaiga la sentencia en cuanto al fondo», poniendo como ejemplo de ello «el auto del TJCE de 20 de septiembre de 1983, Comisión/Francia (171/83 R, Rec. 1983, p. 2621), (que) ordenó a Francia abstenerse de renovar y poner en práctica unos contratos con empresas textiles por los que el Estado asumía los gastos sociales de ciertos trabajadores de esas empresas. El auto del TJCE de 21 de mayo de 1977, Comisión/Reino Unido (31/77 R y 53/77 R, Rec. 1977, p. 921), resolvió en sede cautelar de modo similar el incumplimiento del Reino Unido de cesar el otorgamiento de ayudas a productores porcinos británicos»³.

Para la invocación de las medidas cautelares es preciso, por lo anterior, justificar adecuadamente la apariencia de buen derecho, el *periculum in mora*⁴ y la ponderación de intereses en juego.

3.2. La anulación de una decisión de la Comisión por parte del TJUE únicamente sobre aspectos formales

Conforme a lo que en líneas anteriores se ha apuntado, el Tribunal de Justicia puede dictar sentencia sobre una decisión de la Comisión Europea, sin que el órgano jurisdiccional comunitario tenga la capacidad para pronunciarse sobre la legalidad o no de una determinada ayuda de Estado, cometido del que se encargará la Comisión Europea. Es decir, el Tribunal tendrá que examinar los aspectos formales, no la legalidad ni a la fuerza ejecutiva de la decisión de la Comisión de incoación del procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108.2 del TFUE y, por lo tanto, tampoco afecta a la obligación de los tribunales españoles de adoptar todas las medidas necesarias para suspender la concesión de la ayuda de Estado.

En este apartado cabe plantear un supuesto que no ha obtenido una respuesta jurisprudencial clara en nuestro ordenamiento jurídico. El planteamiento es sencillo. Abiertos en un Estado miembro —en este caso, España— uno o más procedimientos judiciales

³ Estoa Pérez, A. *El control de las ayudas de estado*, Iustel, 1.ª edición, 2006, Madrid, pp. 211, 212.

⁴ Sobre el *periculum in mora* se ha dicho que el daño debe ser inminente, no siendo admisible la enunciacón de un perjuicio hipotético, como se observa, *ad exemplum*, en el auto del presidente del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 1987 (asunto C-142/87, Bélgica/Comisión, ECLI:EU:C:1987:281).

También la profesora Pérez Bernabéu ha apuntado que: «En la medida en que no es posible conocer con certeza el momento a partir del cual el Estado miembro ejecutará efectivamente la decisión impugnada, el carácter actual del perjuicio debe desecharse» (Pérez Bernabéu, *op. cit.*, p. 200).

sobre ayudas de Estado al despliegue de la llamada «Televisión Digital Terrestre», obviando el principio de neutralidad tecnológica, la Comisión emitió sendas decisiones sobre ese mismo asunto, calificando la ayuda concedida por el Estado miembro como ilegal e incompatible, en tanto que consideró que distorsionaba de manera significativa la competencia en los mercados, exigiendo que dicho Estado proceda, *inter alia*, a la recuperación de la ayuda, así como a cancelar todos los pagos pendientes del régimen de ayuda.

Lo que interesa ahora mencionar es la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.28599 [C 23/2010 (ex NN 36/2010, ex CP 163/2009)] concedida por el Reino de España para el despliegue de la televisión digital terrestre en zonas remotas y menos urbanizadas (excepto en Castilla-La Mancha) (DO 2014, L 217, p. 52), que fue impugnada ante el Tribunal General de la Unión Europea por el Estado miembro y las empresas que recibieron las ayudas.

El Tribunal General confirmó la idoneidad de la decisión de la Comisión en varias sentencias (asuntos T-461/13, T-462/13, T-463/13, T-464/13, T-465/13, T-487/13, T-541/13), volviendo a ser recurrida las sentencias de éste por las mismas partes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, este último, pese a desestimar todos los motivos de casación invocados por las partes en cuanto al fondo, anuló en la sentencia de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-70/16 P, Comunidad Autónoma de Galicia y Retegal/Comisión, ECLI:EU:C:2017:1002) la decisión de la Comisión sobre la base de que esta había incurrido en un defecto de forma, en concreto la motivación en el análisis de las medidas en cuestión.

Pues bien, en este supuesto, se plantea el problema adicional de si los órganos jurisdiccionales nacionales deben o no tener en cuenta el mencionado fallo sobre la decisión de la Comisión Europea a la hora de resolver las medidas cautelares de suspensión que pudieran existir sobre las ayudas de Estado concedidas por el estado miembro y fueron solicitadas con carácter previo a la mentada Decisión.

Una posible solución sería que los tribunales no tuvieran en cuenta la decisión, por razones temporales. Los tribunales resuelven sobre la medida cautelar inicialmente pedida en el procedimiento —o en los recursos posteriormente formulados— resolviendo sobre la primera solicitud cautelar instada por la parte actora de que se trate.

Ahora bien, en contraste con lo anterior, sí cabría invocar esta decisión de la Comisión Europea ante los órganos jurisdiccionales, pues la apertura del procedimiento ante la Comisión supone una nueva circunstancia que se encuentra regulada en el artículo 132 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Los tribunales han optado por resolver los recursos planteados conforme al estado de los hechos en el momento en que se emitió la resolución recurrida, esto es, con los datos existentes en ese momento y, por lo tanto, sin tomar en consideración la decisión de la Comisión como documento sobrevenido. Véase a tal efecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2011, que, en su fundamento jurídico cuarto, expresa lo siguiente:

La Comisión Europea notificó a España su decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con las ayudas para el despliegue de la televisión digital terrestre, entre las que podrían incluirse los mecanismos de financiación pública como el que es objeto de litigio. En el apartado 65 de dicha carta, la Comisión recuerda al Reino de España que el apartado 3 de aquel artículo tiene efectos suspensivos pues, en efecto, si la Comisión inicia el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 108, el Estado

miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva. La incidencia de la apertura del procedimiento por parte de la Comisión no va a afectar, sin embargo, a la solución del recurso de casación interpuesto contra unos autos anteriores a aquélla, sin perjuicio de que los argumentos de la recurrente en relación con la apariencia de buen derecho pudieran verse reforzados. Lo cierto es que en el momento en que se dictaron los autos impugnados subsistían las razones antes expuestas, para denegar la medida cautelar. El eventual cambio en la situación jurídica derivado de la apertura del procedimiento comunitario podría, en todo caso, ser alegado ante el Tribunal de instancia para que éste lo tuviera en consideración como nueva circunstancia a los efectos del artículo 132.1 in fine de la Ley Jurisdiccional.

La sentencia expresa que el Tribunal Supremo se limita a revisar lo que se decidió por la Audiencia Nacional, en el momento en que se decidió y con los datos existentes entonces. La Sala *a quo* no tuvo en aquel momento, a la vista, la resolución de la Comisión porque todavía no había sido dictada. Lo que sí permite la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo es alegar «ante el Tribunal de instancia para que éste lo tuviera en consideración como nueva circunstancia a los efectos del artículo 132.1 in fine de la Ley Jurisdiccional». No obstante, la Sentencia también señala que «en efecto, si la Comisión inicia el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 108, el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva».

Según lo dispuesto en la sentencia, por un lado, el Tribunal Supremo remite a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para que analice el procedimiento seguido por la Comisión Europea y la aplicabilidad del artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento (esa sala también es garante de la aplicación de la normativa comunitaria) y, por otro lado, la Audiencia Nacional, a su vez, se remite a lo que ha dicho el Tribunal Supremo, para no entrar en el análisis de la pretensión cautelar. Todo esto implica la más absoluta frustración de su petición para aquellos perjudicados por la concesión de las ayudas de Estado ilegales, a través de un sistema de remisiones que tiene difícil encaje en el artículo 24.1 de la Constitución.

Otra posible solución, a mi juicio más ajustada a derecho, consiste en que la decisión sea tenida en cuenta por los tribunales, pues la Comisión Europea ha notificado al Estado miembro la incoación del procedimiento previsto en el artículo 108.2 TFUE. El artículo 108.3 del TFUE se refiere a la obligatoriedad de que la Comisión sea informada de «los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para presentar sus observaciones» y concluye que «el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva». Es decir, que una ayuda de Estado, en tanto no se apruebe por la Comisión Europea, es un acto ineficaz y así debe ser declarado por los tribunales del Estado miembro, conforme con el Reglamento 2015/1589 que tiene efecto directo en el ordenamiento jurídico español.

En todo caso, quedan de sobra acreditados por la resolución de la Comisión los requisitos exigidos para conceder la medida cautelar de suspensión. De esta manera, se impide que el Estado miembro pueda ejecutar las medidas de su proyecto antes de que sobre dicho procedimiento haya recaído una decisión definitiva.

Para abordar este planteamiento, conviene prestar atención a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea hasta la fecha. De acuerdo con ésta, cabe constatar que la anulación por un problema formal de insuficiente motivación de una medida comunitaria no afecta a los actos preparatorios (Fedesa y otros, asunto C-331/88, para. 34). En España *c. Comisión* (asunto C-415/96, para. 34), el Tribunal consideró que la implementación de una sentencia que había anulado la decisión en cuestión no precisa-

ba que la Comisión siguiera el procedimiento del artículo 108 del TFUE. En efecto, al reemplazar la medida anulada, el procedimiento puede «reanudarse en el punto exacto en el que se produjo la ilegalidad» (España c. Comisión, asunto C-415/96, para. 31).

Además, en casos similares en los que una decisión final ha sido anulada por un defecto de motivación, la Comisión ha procedido inmediatamente a adoptar una nueva decisión señalando los motivos en los que se basó, como ocurrió, por ejemplo, en España c. Comisión (asunto C-415/96). Así se determinó también con ocasión de una decisión de la Comisión relativa a una ayuda a Air France (OJ L63/66) tras la anulación de una decisión anterior. Se estableció que «*para tener debidamente en cuenta la sentencia del Tribunal, corresponde a la Comisión adoptar una nueva Decisión que incluya la motivación de los dos puntos en los que el Tribunal observó una falta de motivación*». La Comisión añadió que «*en virtud de la jurisprudencia reiterada, cuando la anulación de un acto se basa en un vicio de forma o de procedimiento, la institución responsable puede reanudar el procedimiento a partir de la fase en que se produjo dicho vicio*».

En todo caso, parece que una sentencia del TJUE que determine la anulación de una decisión de la Comisión por falta de motivación no afecta a la legalidad ni a la fuerza ejecutiva de la decisión mediante la cual la Comisión informó al Estado miembro de la incoación del procedimiento de investigación formal previsto en el artículo 108.2 del TFUE, exigiéndole que se abstuviera de implementar las medidas de ayuda en cuestión hasta que el procedimiento de investigación resultara en una decisión final. La jurisprudencia de los Tribunales de la Unión dicen que «*cuando la Comisión ha incoado, en virtud del artículo 108 TFUE, apartado 3, el procedimiento de investigación formal en relación con una medida no notificada y en curso de ejecución, un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda por la que se solicita el cese de la ejecución de esa medida y la recuperación de las cuantías ya abonadas está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para extraer las consecuencias de un posible incumplimiento de la obligación de suspensión de la ejecución de dicha medida. Para ello, el órgano jurisdiccional nacional puede decidir suspender la ejecución de la medida de que se trate y ordenar la recuperación de los importes ya abonados. También puede decidir la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger, por un lado, los intereses de las partes afectadas y, por otro lado, el efecto útil de la decisión de la Comisión de incoar el procedimiento de investigación formal*» (asunto C-524/14, para. 29).

A la luz de lo anterior, debe expresarse que la anulación de la Decisión no afecta a la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de adoptar todas las medidas necesarias para suspender la concesión de la ayuda de Estado, pues, tras la anulación de la decisión, el procedimiento de investigación formal permanece abierto con vistas a adoptar una nueva decisión final en este asunto tan pronto como sea procesalmente posible.

El pronunciamiento anulatorio de la sentencia del TJUE sólo incide negativamente en cuanto a la infracción de motivación de la decisión, pero no pone en cuestión su contenido sobre la incompatibilidad con el mercado interior de las ayudas concedidas por el Estado miembro. La anulación de la decisión no puede implicar la desnaturalización de los preceptos ni el fin perseguido por una decisión de la Comisión, que no ha sido secundada por el Tribunal de Justicia. Por el hecho de que una sentencia de tres anule la decisión de la Comisión por motivos de forma⁵, no puede crearse un automatismo a través

⁵ Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017 que confirmaron la referida decisión de la Comisión fueron las que llevan por número de asunto C-66/16 P a 69/16 P (ECLI:EU:C:2017:999) y C-81/16 P (ECLI:EU:C:2017:1003). La única divergente que anuló la decisión por motivos formales fue la sentencia con número de asunto C-70/16 P (ECLI:EU:C:2017:1002).

del cual las actuaciones administrativas que infringen el ordenamiento jurídico comunitario y nacional tornen ahora en cumplidoras de dicho principio esencial en el sector de las telecomunicaciones. La sentencia anulatoria del TJUE no supone ningún axioma que subsane la ilegalidad de dichas infracciones.

Como conclusión, de las posibles soluciones planeadas en este apartado, en todas se encuentran argumentos para ser defendidas; no obstante, la solución que más se ajusta a derecho es la segunda, esto es, que la decisión de la Comisión siempre debe ser tenida en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales, respetando lo dispuesto en el Derecho originario de la Unión Europea, en concreto, en el artículo 108 TFUE. En virtud de los apartados segundo y tercero de este artículo, la Comisión debe ser informada de los proyectos dirigidos a conceder ayudas y el Estado miembro no puede ejecutar las medidas proyectadas mientras la Comisión no haya emitido una decisión definitiva. Una ayuda de estado, hasta que no se apruebe por la Comisión Europea, resulta un acto ineficaz, debiendo los tribunales del Estado miembro suspender la tramitación de los procedimientos abiertos.

3.3. La respuesta del Tribunal Supremo en la novedosa y trascendental Sentencia núm. 1500/2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de fecha 11 de octubre de 2018

Al hilo de las cuestiones planteadas en el apartado anterior, el Tribunal Supremo ha dictado una novedosa sentencia en fecha de 11 de octubre de 2018, en la que resuelve sobre un recurso de casación referido a la suspensión o no de un convenio marco para la concesión de ayudas de Estado.

La actora interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 2009, que aprobó el Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio y la Comunidad Autónoma de Andalucía para la ejecución del «Plan Nacional de Transición a la TDT». En ese procedimiento se solicitó medida cautelar de suspensión del mencionado Convenio, que fue desestimada por la Sala de instancia mediante auto de fecha 10 de febrero de 2017, confirmado en reposición por auto de 6 de julio de 2017. La actora pasó a esas resoluciones, en este caso, mediante recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por los siguientes motivos: a) la violación de los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA); b) la infracción de los artículos 117.3 y 118 CE; c) la infracción del artículo 108.3 TFUE.

En la sentencia de 11 de octubre de 2018 se reseña que la recurrente manifestó que la STS de 23 de octubre de 2012 suspendió el Convenio Marco mencionado, ejecutando la medida cautelar en cuestión la sala de la Audiencia Nacional mediante providencia de fecha 4 de enero de 2013, y que la Junta de Andalucía desobedeció dicha resolución. Por lo tanto, los autos recurridos, ignorando la suspensión cautelar tramitada en el procedimiento, vulneran los artículos 129 y 130 LJCA.

Además, la recurrente añadió, según se observa en la sentencia, que se infringió el artículo 108.3 TFUE porque debería haber notificado la ayuda de Estado. Así las cosas, la recurrente subrayó que la apertura del procedimiento ante la Comisión Europea, por ayudas de Estado que no le han sido notificadas, «*provoca un inmediato efecto suspensivo*». Y que, sin embargo, las ayudas se habían seguido concediendo desde 2009 por las comunidades autónomas, tal y como el Tribunal General de la Unión Europea reconoció

en sentencia de 2015, desestimando el recurso interpuesto por el Reino de España contra la decisión de la Comisión Europea.

El Tribunal Supremo llamó la atención sobre que, una vez anulada por el TJUE por incurrir en vicio de forma, «*la Decisión de la Comisión que había sido inicialmente confirmada por el TGUE, el procedimiento relativo a las ayudas de Estado incompatibles con el derecho comunitario no puede darse por concluido, al haberse procedido a su reapertura por la Comisión*». En ningún caso desaparece el objeto del recurso.

En lo referido a la extensión de la medida cautelar adoptada respecto del Convenio Marco de 2008 a los acuerdos adoptados en 2015 por la Junta de Andalucía, el Tribunal Supremo fue meridianamente claro. En el fundamento jurídico sexto de su sentencia, se remite al artículo 108.3 TFUE para destacar que Comisión Europea debe iniciar cuando considere que una ayuda estatal es incompatible con el derecho comunitario el pertinente procedimiento de evaluación de la ayuda, de conformidad con el Reglamento 2015/1589.

El mismo fundamento jurídico recoge algunas sentencias en las que el alto tribunal ya se ha pronunciado al respecto: SSTs de 28 de febrero de 2011 (RC 4706/2010), 16 de julio de 2012 (RC 6539/2011), 9 de octubre de 2012 (RC 279/2012), 23 de octubre de 2012 (RC 6494/2011), 13 de noviembre de 2012 (RC 6185/2011), 20 de noviembre de 2012 (RC 6422/2011), 27 de noviembre de 2012 (RC 956/2012), y 10 de diciembre de 2012 (RC 1849/2012).

En concreto, la STS de 23 de octubre de 2012 (RC 6494/2011), en remisión a la STS de 16 de julio de 2012 (RC 6539/2011), considera que «*el tribunal de instancia no lleva hasta sus últimas consecuencias la obligación de suspender las ayudas públicas inherente a la apertura del procedimiento comunitario. Es comprensible, con los matices que ulteriormente expondremos, que declinara hacerlo respecto de lo que ya estaba ejecutado, tanto más cuanto que se atenía a lo expuesto por esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias antes referidas. Pero debió proteger de un modo más activo, en sede cautelar, los intereses de la parte demandante que ésta había invocado en cuanto derivados directamente del artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, aun cuando ello supusiera adoptar medidas sui generis diferentes de la mera suspensión (la Sala de instancia en su auto de 4 de octubre de 2011 afirma que rechaza dictar “un pronunciamiento cautelar positivo”)*».

Asimismo, entiende que «*cuando los procedimientos ante el órgano jurisdiccional nacional transcurran simultáneamente a una investigación de la Comisión. Para esta eventualidad —que es la del presente recurso— la Comisión Europea expone en el apartado 62 de la Comunicación su parecer sobre la adopción de las medidas cautelares en los siguientes términos: “[...] Una investigación en curso de la Comisión no dispensa al órgano jurisdiccional nacional de su obligación de amparar los derechos individuales de conformidad con el artículo 88, apartado 3, del Tratado CE [...]]. Así pues, el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a suspender su propio procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie, dejando entretanto sin protección los derechos del demandante de conformidad con el artículo 88 apartado 3, del Tratado CE. Por consiguiente, cuando el órgano jurisdiccional nacional dese esperar al resultado de la evaluación de la compatibilidad por parte de la Comisión antes de dictar una orden de recuperación definitiva e irreversible, deberá adoptar las medidas cautelares pertinentes. También en este caso la orden de ingresar los fondos en una cuenta bloqueada parece una solución adecuada.*

»En caso de que:

a) La Comisión declare la ayuda incompatible, el órgano jurisdiccional nacional deberá ordenar que los fondos ingresados en la cuenta bloqueada se devuelvan a la autoridad que concedió la ayuda estatal (importe de la ayuda más el interés por el periodo de ilegalidad).

b) La Comisión declare la ayuda compatible, el órgano jurisdiccional nacional quedará exonerado de su obligación de Derecho comunitario de pedir la recuperación íntegra [...]”.

»Pues bien, el deber de los órganos jurisdiccionales nacionales de velar por la aplicación efectiva de las normas del Tratado (en este supuesto, el tan citado artículo 108.3 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se ha de traducir, en lo que a la tutela cautelar se refiere, en un papel más proclive a evitar, de modo provisional, los efectos ulteriores, en principio perniciosos, de lo que se considera —por parte de la Comisión— una ayuda pública ya ejecutada».

El Tribunal Supremo accedió a la casación de los autos entendiendo que los tribunales que los emitieron no aseguraron el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que tiene como fin evitar los efectos perniciosos que pueda ocasionar una ayuda pública que ya ha sido ejecutada. En consecuencia, los autos sobre los que se pidió la casación incumplieron los artículos 129 y 130 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por lo tanto, en palabras del alto tribunal, nada hubiera impedido «que la Sala de instancia admitiera como medida cautelar el ‘bloqueo en una cuenta corriente’ del importe de la ayuda ilegal (más sus intereses) hasta que se resuelva el fondo del asunto, al que se refiere la Comunicación de la Comisión Europea antes citada. Este mecanismo de bloqueo o consignación de cantidades percibidas debió adoptarse en el caso de autos pues satisface tanto el principio de efectividad del derecho comunitario como el aseguramiento de que, caso de corroborarse su ilegalidad, los fondos correspondientes serán devueltos al Estado o a otras Administraciones Públicas por quienes de ellos se beneficiaron».

Sin embargo, seguidamente, el Tribunal precisó que, una vez ejecutada la medida, será la Sala de instancia quien tenga que adoptar una decisión cautelar nueva, por lo que deberán retrotraerse las actuaciones. Deberá decidir a tal efecto qué fórmula debe adoptar la medida cautelar, pudiendo, efectivamente optar por obligar a la Administración a que exija a las empresas que han recibido los fondos públicos a devolverlos. Todo ello a la espera de la decisión final que emita la Comisión Europea.

La sentencia de 23 de octubre de 2012 de referencia vuelve a remitirse a la también citada sentencia de 16 de julio de 2012, para concluir que «en efecto, era preceptiva la adopción de las medidas cautelares en los términos que ya hemos expuesto tras la decisión de la Comisión Europea recaída en el procedimiento «ayuda de Estado C 23/2010», fuera cual fuera la situación de prórroga o eficacia continuada de alguna o algunas determinaciones del convenio inicial y sus adendas».

Lo trascendente es determinar si la suspensión del Convenio Marco de 2008 debe extenderse a los acuerdos dictados por la Junta de Andalucía en 2015, por su directa conexión, dando el Tribunal Supremo una contestación en sentido afirmativo. Así las cosas, los acuerdos dictados por la Junta de Andalucía buscaban el mantenimiento de los efectos del Convenio Marco, «prorrogando en la práctica la eficacia de las determinaciones de éste, prescindiendo de la consecuencia suspensiva legalmente derivada de la incoación del procedimiento por ayuda ilegal previsto en el artículo 108.3 del TFUE y obviando las resoluciones jurisdiccionales firmes dictadas al efecto (STS de 23 de octubre de 2012 y providencia de la AN de 4 de marzo de 2013)».

Respecto de si puede o no la Audiencia Nacional adoptar la medida cautelar de suspensión, el fundamento jurídico séptimo, concluyó que «en efecto, teniendo en cuenta que (i) los acuerdos de 2015 se encuentran en conexión directa con el Convenio Marco, cuyos

efectos habían sido objeto de las medidas cautelares acordadas en la providencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2013, (ii) así como que dichos acuerdos tratan de prorrogar la eficacia de las determinaciones del citado Convenio Marco, que quedaron suspendidas ex lege, primero en virtud de lo previsto en el artículo 108.3 del TFUE, como consecuencia de la incoación por la Comisión del procedimiento por ayudas incompatibles con el derecho comunitario que finalizó mediante la STJUE de 20 de diciembre de 2015 y, después, mediante la reapertura de dicho procedimiento por la Comisión, (iii) es claro que la adopción de la medida cautelar de suspensión de efectos de dichos acuerdos debe corresponder al mismo órgano que adoptó la medida cautelar respecto del Convenio Marco, esto es, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional».

La Audiencia Nacional debería tener conocimiento sobre los acuerdos y decisiones dictados al amparo del convenio suspendido por una cuestión de certidumbre, de seguridad jurídica, de economía procesal, de justicia y de proporcionalidad; de tal manera que no resultase necesario impugnar de forma autónoma los acuerdos dictados con posterioridad.

En suma, las principales novedades que establece esta importante sentencia del Tribunal Supremo son, conforme a su fundamento jurídico noveno, las siguientes:

1. *«Las medidas cautelares adoptadas en el proceso principal respecto del Convenio Marco son aplicables o extensibles a aquellos actos o resoluciones adoptados con posterioridad mediante los cuales se pretenda dar continuidad a aquél o prorrogar la eficacia de sus determinaciones».*
2. *«Apreciada la conexión directa entre el Convenio Marco y las referidos actos o resoluciones posteriores, el Tribunal que hubiera acordado las medidas cautelares en el pleito principal respecto del Convenio Marco será igualmente competente para acordar la extensión o aplicación de dichas medidas a esos actos o resoluciones posteriores, y ello sin necesidad de que éstos hayan sido impugnados ante el órgano jurisdiccional que tuviere atribuida la competencia objetiva para conocer de dichas impugnaciones».*

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ESTOA PÉREZ, A. *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, 1.^a edición, 2006, Madrid.
PÉREZ BERNABÉU, B. *Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria*, Tirant lo Blanch, 1.^a edición, Valencia, 2008.

LA SUPERVISIÓN FINANCIERA POR LAS INSTITUCIONES COMUNITARIAS

Jaime Pérez Renovales

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS SUPERVISORAS.—3. LA DIFERENTE TIPOLOGÍA DE NORMAS.—4. LA DIVERSIDAD DE JURISDICCIONES Y SISTEMAS DE IMPUGNACIÓN.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo de esta obra pretende describir el marco supervisor en que se desenvuelve la actividad de las entidades de crédito, a través del análisis de la diferente tipología de normas y controles a que se someten, con particular énfasis en cómo se desarrollan las potestades supervisoras de las instituciones comunitarias.

Tradicionalmente se identifican los «sectores regulados» como aquellos cuya actividad está regida por un conjunto específico de normas, que constituyen un sub-sistema normativo propio del derecho administrativo especial, que las empresas deben observar, mas allá de cumplir con las reglas mercantiles generales aplicables a cualquier sociedad. Considerando que, hoy en día, es difícil encontrar un sector de actividad no regulado por alguna norma, lo que les convierte en sectores «regulados» es la existencia de un supervisor administrativo, típicamente una autoridad independiente en la terminología utilizada por la Ley 40/2015, de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuya normativa, además de las reglas que disciplinan la actividad respectiva, tipifica una serie de infracciones y sus correspondientes sanciones cuya imposición se atribuye al supervisor.

Pocos sectores hay tan «regulados» como el financiero, y menos aún que hayan sido sometidos a tan importantes cambios en su arquitectura de supervisión.

No corresponde a este trabajo trazar una descripción completa del nuevo sistema, labor que con mayor acierto y desarrollo se ha realizado en las obras citadas en la referencia bibliográfica. Sólo se pretenden exponer las implicaciones y desafíos jurídicos que plantea, que, vaya por delante, en muchas ocasiones sólo se pueden resolver con la perspicacia y clarividencia jurídicas de personas como D. Manuel Goded Miranda. Desconozco si le dio tiempo o tuvo interés en desentrañar los problemas legales planteados por la supervisión de las entidades de crédito por las instituciones comunitarias, pero, si así fuera, estoy seguro de que lo haría con una mezcla de curiosidad, estupor y la brillantez que siempre le acompañaron.

2. LA PLURALIDAD DE INSTANCIAS SUPERVISORAS

Son tres los sectores que integran la actividad financiera: el crédito y la banca; los seguros; y los mercados de valores e instituciones de inversión colectiva. Los supervisores respectivos tradicionales habían sido el Banco de España, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Todos ellos en el ámbito del Ministerio de Economía o de Economía y Hacienda, según los

vaivenes de las reestructuraciones ministeriales, que tradicionalmente ha dispuesto de ciertas facultades sobre el nombramiento de los órganos rectores y en materia de recursos administrativos sobre las decisiones de aquellos.

Este trabajo se referirá al primero de ellos, a la ordenación del crédito y la banca.

Uno de los efectos de la crisis financiera fue la evidencia de la conexión entre los problemas de la deuda soberana y la solvencia de las entidades de crédito. Los déficits fiscales excesivos, su impacto en la valoración de las carteras de deuda pública en poder de las entidades de crédito, el impacto en éstas de la crisis económica general, los defectos en su supervisión y, en último término, la necesidad de inyectar fondos públicos para salvaguardar la estabilidad del sistema y los ahorros de los depositantes, llevaron a la conclusión que el colapso de una entidad relevante en un país europeo podría afectar a la estabilidad de la Unión en su conjunto, por lo que la autoridades comunitarias y los Estados miembros decidieron poner en marcha la Unión Bancaria.

La Unión Bancaria comporta la existencia, mas que de un supervisor único, de un mecanismo único de supervisión, que combina la competencia de autoridades nacionales (en España, el Banco de España) y comunitarias (el Banco Central Europeo), así como un mecanismo único de resolución, que hace lo propio en materia de resolución de entidades de crédito (la autoridad nacional de resolución es el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria —FROB— y la europea, la Junta Única de Resolución).

La distribuciones de funciones entre estas autoridades se regula en el Reglamento (UE) 1024/2013, del Consejo, por el que se encomiendan al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de entidades de crédito, y el Reglamento (UE) núm. 468/2014, de 16 abril, Banco Central Europeo, que establece el marco de cooperación en el mecanismo único de supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS).

El reparto de tareas se basa en el concepto de entidades *significativas*. Una entidad es clasificada por el Banco Central Europeo como *significativa* en función de diferentes criterios (artículos 39 y siguientes del Reglamento 468/2014):

- Por su tamaño (activos superiores a 30.000 millones de euros).
- Por su importancia para la economía de la Unión Europea o de cualquier Estado miembro (activos de mas de 5.000 millones de euros y superiores al 20 % del producto interior bruto nacional).
- Por la importancia de su actividad transfronteriza (activos de mas de 5.000 millones de euros, con presencia en mas de un Estado y la proporción de activos o pasivos transfronterizos sobre el total del Grupo es superior al 20 %).
- Por haber solicitado asistencia financiera pública.
- Porque sea una de las tres entidades de crédito mas importantes de un Estado miembro.

El Banco Central Europeo, como pieza principal del sistema, ejerce siempre las competencias mas importantes, como la autorización de la creación de una entidad de crédito, la revocación de la licencia o la no oposición a las participaciones cualificadas en la entidad, incluso si se trata de entidades *no significativas*. La propuesta para la toma de estas decisiones se formula por la autoridad nacional, quien, por ejemplo, puede denegar la petición de autorización de una entidad de crédito si no cumple los requisitos exigidos en la normativa nacional, sin necesidad de elevar tal decisión al Banco Central Europeo.

Pero es en la supervisión prudencial donde cobra verdadera importancia el concepto de entidad *significativa* y la distribución de funciones. Decisiones en materias tales como la vigilancia de los requerimientos legales de recursos propios, liquidez, concentración de riesgos, gobierno corporativo efectivo... se adoptan por el Banco Central Europeo o por el Banco de España en función del carácter *significativo* o no de la entidad, de modo que es aquel el que ejerce la supervisión de forma directa sobre los bancos de esta categoría, mediante la creación de equipos conjuntos de supervisión que integran representantes del Banco Central Europeo y del Banco de España.

Además, cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 67 del Reglamento 468/2014, el Banco Central Europeo puede asumir la supervisión directa de entidades no significativas, por estar cerca de los umbrales que les harían entrar en esta categoría, por su interconexión con otras entidades de crédito, por su pertenencia a un Grupo dominado por una entidad de un tercer Estado que tiene filiales en la Unión, alguna de las cuales sea significativa, o cuando la autoridad nacional no ha seguido las instrucciones del Banco Central Europeo o ejercido adecuadamente sus funciones respecto de esa entidad.

3. LA DIFERENTE TIPOLOGÍA DE NORMAS

En este contexto, las entidades de crédito españolas se encuentran sometidas a normas emanadas de diferentes poderes:

- En primer lugar, la normativa europea, integrada por las directivas y reglamentos que disciplinan esta actividad, completados por la panoplia de reglamentos delegados, decisiones, estándares técnicos... que tanto la Comisión Europea como el Banco Central Europeo están habilitados para aprobar. Debe destacarse la existencia de reglamentos que, por su aplicación directa, someten de forma importante la vida diaria de las entidades de crédito españolas, como el Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, del Parlamento Europeo, que regula los Requisitos Prudenciales de las Entidades de Créditos y las Empresas de Inversión; o el Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un mecanismo único de resolución y un fondo único de resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, que se aplicó de forma directa en el caso de Banco Popular.
- En segundo lugar, la normativa estatal española. Las disposiciones fundamentales son la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España; la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; y el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Y en materia de resolución de entidades de crédito, Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y el Real Decreto 1012/2015, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Estas normas fundamentales se complementan por otros reales decretos, órdenes ministeriales y circulares de Banco de España, que regulan de forma prolija las distintas facetas

de la actividad crediticia en materia de solvencia, transparencia de condiciones en la operativa con la clientela, operaciones de pagos, etc.

- En tercer lugar, la normativa de las comunidades autónomas. El artículo 149.1.11 de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre el «sistema monetario, divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros». Éste título competencial ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional de forma muy amplia, atribuyendo carácter básico incluso a circulares del Banco de España y actos ejecutivos. El carácter expansivo del título se ha manifestado en menor medida en relación con las cajas de ahorros, en relación con las cuales, a diferencia de lo ocurrido con el sistema crediticio en general, con los bancos y con las cooperativas de crédito, sí se reconocieron ciertas competencias a las comunidades autónomas (SSTC49/1988, de 22 de marzo, 178/1992, de 13 de noviembre, 155/1993, de 17 de junio, 96/1996, de 30 de mayo, entre otras). La vis expansiva de las bases estatales se ve además reforzada con la competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (ex artículo 149.1.6 CE), en virtud de la cual la disciplina legal de los contratos que se celebran en los mercados financieros será también fijada por el Estado.

Esta preeminencia estatal en la normativa bancaria no implica que las comunidades autónomas no tengan capacidad normativa en el mercado crediticio, puesto que ejercen las competencias en materia de protección de consumidores y ordenación de mercados de ámbito autonómico, sin no pocos conflictos con la normativa estatal. Es hasta cierto punto habitual la aprobación de normas autonómicas sobre información a los consumidores (por ejemplo, el formato o idioma de los impresos utilizados por los clientes), sobre el sistema de reclamaciones de los clientes, los horarios comerciales o la posibilidad de realizar ofertas comerciales conjuntas con los servicios financieros, normas que en ocasiones chocan con la regulación de estas materias aprobada por el Banco de España.

- Y, finalmente, la normativa local, de carácter más limitado, pero que también gobierna la actividad de las entidades de crédito en lo que se refiere al desarrollo de la actividad comercial en los municipios y la protección de los consumidores. También las ordenanzas fiscales tienen incidencia en este ámbito, como las que en algunos municipios impusieron tasas por ocupación de dominio público por el usuario de cajeros automáticos instalados en las fachadas de las sucursales.

En definitiva, son múltiples las instancias con capacidad para dictar normas que han de ser tenidas en cuenta en el ejercicio de la actividad de las entidades de crédito. Y al margen de la falta de coherencia entre ellas, el nuevo sistema de supervisión europeo plantea dos cuestiones legales de interés:

- En primer lugar, las diferencias idiomáticas. Obviamente, las disposiciones emanadas de la Unión Europea se publican en las distintas lenguas oficiales, pero las divergencias entre los textos pueden acarrear consecuencias jurídicas.

Por ejemplo, el artículo 18 del Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un mecanismo único de resolución y un fondo único de resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, que regula el procedimiento para llevar a cabo la resolución de una entidad significativa. De acuerdo con este artículo, la Junta Única de Resolución adopta un dispositivo de resolución una vez constatado

que la entidad se haya en uno de los supuestos previstos en la norma, en el que se decide qué instrumento se aplica (venta de la entidad, segregación de activos, recapitalización interna...) y si procede el uso de recursos del Fondo de Resolución. El apartado 7 del artículo prevé que, adoptado el dispositivo por la Junta, lo transmitirá a la Comisión Europea, que «*lo aprobará o rechazará teniendo en cuenta los aspectos discrecionales del dispositivo de resolución...*». Asimismo, el apartado permite a la Comisión proponer al Consejo «*que rechace el dispositivo de resolución*» si no concurren los criterios de interés público exigidos por la norma, o «*que apruebe o rechace una modificación significativa del importe del Fondo*» a utilizar. En ambos casos, el Consejo habrá de decidir si «*aprueba*» o no la propuesta de la Comisión. Es decir, en ambas fases se pide una «*aprobación*», primero de la Comisión y luego del Consejo.

Pues bien, si acudimos a la versión inglesa del Reglamento, cuando en la primera fase se alude a la postura que puede adoptar la Comisión sobre el dispositivo de resolución comunicado por la Junta, se utiliza el verbo «*endorse*» («*the Commission shall either endorse the resolution scheme, or object to it with regard to the discretionary aspects of the resolution scheme*»), mientras que cuando se regula la posición del Consejo cuando la Comisión le transmite sus objeciones, se utiliza el verbo «*approve*» («*where, within 24 hours from the transmission of the resolution scheme by the Board, the Council has approved the proposal of the Commission*»), similar en este caso a la versión española.

Los textos reflejan que en todo caso, es necesario que la Comisión muestre su acuerdo con el dispositivo de resolución comunicado por la Junta si no plantea objeciones y las eleva al Consejo, pero la diferencia entre los términos utilizados en esa primera fase, que no se da en la segunda, pueden plantear dudas de a quién corresponde en último término la decisión si no se pasa a la fase de objeciones. Ello no tendrá trascendencia en cuanto al fondo del asunto, en caso de que todas las instituciones hayan mostrado su acuerdo, pero sí implicará ciertas diferencias en cuanto a la legitimación pasiva procesal en caso de impugnación y a la verificación de la adecuada formación de la voluntad administrativa en función de a quién se atribuya la decisión.

Estas diferencias idiomáticas también tienen repercusión en las relaciones diarias con un supervisor que, sin perjuicio, como se ha indicado, de que cree equipos conjuntos con representantes de las autoridades nacionales, es bastante habitual que tenga en puestos de responsabilidad personas que no hablan el idioma del país en que tiene su sede la entidad significativa supervisada. Esto se resuelve mediante la aplicación del artículo 24 del Reglamento (UE) 468/2014, de 16 de abril de 2014, del Banco Central Europeo, por el que se establece el marco de cooperación en el Mecanismo Único de Supervisión entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas, que bajo la rúbrica «*Régimen lingüístico entre el BCE y las personas físicas y jurídicas, incluidas las autoridades supervisadas*», dispone lo siguiente:

1. *Todo documento que una entidad supervisada u otra persona física o jurídica individualmente sujeta a procedimientos de supervisión del BCE envíe a este podrá estar redactado en cualquiera de las lenguas oficiales de la Unión que elija la entidad supervisada o la persona.*
2. *El BCE, las entidades supervisadas y cualquier otra persona física o jurídica individualmente sujeta a procedimientos de supervisión del BCE podrán acordar utilizar ex-*

clusivamente una lengua oficial de la Unión en sus comunicaciones escritas, incluso en lo que se refiere a las decisiones de supervisión del BCE.

La revocación del acuerdo sobre el uso de una lengua solo afectará a los aspectos del procedimiento de supervisión del BCE que aún no se hayan aplicado.

Si los participantes en una audiencia oral solicitan ser oídos en una lengua oficial de la Unión distinta de la utilizada en el procedimiento de supervisión del BCE deberán comunicarlo al BCE con suficiente antelación para que este pueda adoptar las medidas necesarias.

En la práctica habitual, las entidades y el Banco Central Europeo suelen hacer uso de la previsión del apartado 2 del artículo reproducido, formalizando sus comunicaciones en inglés, sin perjuicio de hacer uso de la revocación que prevé el mismo apartado de poder volver a utilizar la respectiva lengua oficial en las comunicaciones con el supervisor, y del hecho de que la versión oficial de determinados documentos siempre sea la oficial del país donde la entidad tenga su sede, de suerte que la traducción que de ellos se remita al supervisor carezca de ese carácter oficial (así ocurre con las actas de los órganos colegiados, documentos normativos tales como reglamentos, estatutos...).

La problemática derivada de la diferente tipología de normas que estamos tratando no solo se refiere a la que resulta de la existencia de diversas instancias con capacidad regulatoria o de los diferentes idiomas oficiales en los que aquellas se aprueban, sino también a la pluralidad de instancias interpretadoras del derecho y a la aparición de nuevos tipos de instrumentos normativos que están adquiriendo una gran importancia.

En el esquema tradicional, las normas nacionales se aprueban por el órgano competente, se publican en el diario oficial y su aplicación se producirá en los términos previstos en la misma, correspondiendo su interpretación a las autoridades administrativas competentes y, en última instancia, a los tribunales de justicia.

Sin embargo, dos factores nuevos vienen a complicar este esquema.

En primer lugar, que en el sector financiero, mucha de la normativa aplicable deriva de la comunitaria o se dicta en ámbitos donde puede entrar en conflicto con las normas europeas. La manera de resolver esta contradicción es que cuando un juez nacional haya de aplicar una norma española para resolver un pleito que entiende puede entrar en conflicto con una comunitaria, puede elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Como pone de manifiesto Daniel Sarmiento en *El Derecho de la Unión Europea*, la interpretación jurisprudencia ha ampliado el concepto de órganos con capacidad para elevar la cuestión (¡incluso comprendiendo a tribunales económico-administrativos!), de suerte que ahora tal cuestión prejudicial puede ser elevada por cualquier órgano judicial nacional, lo que puede provocar que haya distintas instancias judiciales interpretando la misma norma, lo que no contribuye precisamente a la seguridad jurídica. Es lo que, por ejemplo, está sucediendo con la cuestión prejudicial elevada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona sobre la compatibilidad del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios con la normativa comunitaria de protección de consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), después de que el pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de noviembre de 2017, confirmara la legalidad de la utilización del índice por las entidades de crédito.

Y en segundo lugar, la aparición de una nueva tipología de instrumentos normativos, como son las «guías».

Este nuevo instrumento ha cobrado importancia a través de un nuevo organismo con facultades interpretativas de las normas, como es la Autoridad Bancaria Europea. Esta autoridad, inicialmente configurada para mediar en los conflictos entre supervisores nacionales y llevar a cabo las denominadas «pruebas de resistencia» (*stress test*), actualmente encuentra en la emisión de guías interpretativas su función de mas impacto en la actividad de las entidades de crédito.

El artículo 16 de la norma reguladora de la Autoridad Bancaria Europea (Reglamento (UE) 1093/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se crea una autoridad europea de supervisión (Autoridad Bancaria Europea), se modifica la Decisión 716/2009/CE y se deroga la Decisión 2009/78/CE de la Comisión), bajo la rúbrica «directrices y recomendaciones», dispone:

1. Con objeto de establecer prácticas de supervisión coherentes, eficaces y efectivas dentro del SESF y de garantizar la aplicación común, uniforme y coherente del Derecho de la Unión, la Autoridad emitirá directrices y recomendaciones dirigidas a las autoridades competentes o a las entidades financieras.

(...)

3. Las autoridades competentes y las entidades financieras harán todo lo posible para atenerse a estas directrices y recomendaciones.

En el plazo de dos meses a partir de la formulación de una directriz o recomendación, cada una de las autoridades competentes confirmará si la cumple o si se propone cumplirla. En el caso de que una autoridad competente no la cumpla o decida no cumplirla, lo comunicará a la Autoridad y expondrá sus motivos.

De acuerdo con estas previsiones, la Autoridad emite unas guías interpretativas de la normativa vigente que las autoridades nacionales pueden decidir si incorporan o no en su práctica supervisora. Normalmente, las razones para no seguir los criterios interpretativos de la EBA vendrán derivados de la normativa nacional. Es cierto que, implantada la Unión Bancaria, es difícil que se produzca esa contradicción, puesto que la mayoría de las normas aplicables a las entidades de crédito serán de procedencia comunitaria. Pero puede ocurrir.

Por ejemplo, en las Directrices conjuntas (2103/2018) de la Autoridad Bancaria Europea y de la Autoridad Europea de Mercados de Valores, sobre la evaluación de la idoneidad de los miembros del órgano de administración y los titulares de funciones clave, se impide que un consejero pueda ser calificado como independiente si «*el miembro ha ocupado con anterioridad un puesto al más alto nivel jerárquico en la entidad u otra entidad incluida dentro del ámbito de consolidación prudencial, rindiendo cuentas directamente solo al órgano de administración, y no ha transcurrido un período de al menos tres años entre el cese en tal empleo y la ocupación del puesto en el órgano de administración*». Sin embargo, el artículo 529 duodécimo de la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio) impide ser consejero independiente a quien hubiera sido empleado de la entidad en los últimos tres años, con independencia del nivel del puesto. En consecuencia, asumir el criterio interpretativo de la Autoridad Bancaria Europea implicaría reconocer la independencia en quien no puede tenerla de acuerdo con la ley española.

En todo caso, el Reglamento 1093/2010 contiene algunos mecanismos en el propio artículo que «invitan» a la adopción de los criterios interpretativos por parte de las autoridades nacionales, al disponer que «*la Autoridad hará público el hecho de que una autoridad competente no cumple o no tiene intención de cumplir dicha directriz o recomendación. La Autoridad también podrá decidir, en cada caso, publicar los motivos presentados por la autoridad competente para no cumplir dicha directriz o recomendación. La publicación debe*

notificarse previamente a la autoridad competente. Si así lo requiere la directriz o la recomendación, las entidades financieras informarán de forma clara y detallada, de si cumplen dicha directriz o recomendación». Asimismo, el apartado 4 del mismo artículo 16 insta a la Autoridad a que incluya en el informe de actividades que remite anualmente al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión, las directrices y recomendaciones formuladas, especificando la autoridad competente que no las haya cumplido e indicando de qué forma se propone garantizar que la autoridad competente de que se trate siga sus recomendaciones y directrices en el futuro.

El propio Banco Central Europeo también emite sus propias guías interpretativas, determinando sus efectos jurídicos. Por ejemplo, la *Guía para la evaluación de la idoneidad*, publicada en mayo de 2017 y actualizada en 2018, recoge las políticas aprobadas por el Consejo de Supervisión en la materia, y aunque prevé que «no es un documento jurídicamente vinculante», mas adelante añade que «deben ser observadas» por el propio Banco Central Europeo y las autoridades nacionales, las cuales se han comprometido, en la medida de lo posible, a interpretar y aprobar las normas nacionales necesarias en desarrollo de las mismas.

Todas estas previsiones tienen su correlato en el apartado 3 del artículo 54 de la Ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, de acuerdo con el cual se prevé que el Banco de España podrá hacer suyas, y transmitir como tales a las entidades y grupos, así como desarrollar, complementar o adaptar las guías que aprueben los organismos o comités internacionales activos en la regulación y supervisión bancarias. Pero el mismo precepto, en sus dos primeros apartados, reconoce la misma potestad al propio Banco de España, del que se dice que «*podrá elaborar guías técnicas, dirigidas a las entidades y grupos supervisados, indicando los criterios, prácticas, metodologías o procedimientos que considera adecuados para el cumplimiento de la normativa de supervisión. Dichas guías, que deberán hacerse públicas, podrán incluir los criterios que el Banco de España seguirá en el ejercicio de sus actividades de supervisión. El Banco de España podrá requerir a las entidades y grupos supervisados una explicación de los motivos por los que, en su caso, se hubieran separado de dichos criterios, prácticas, metodologías o procedimientos*».

Debe recordarse que esta publicación de los criterios interpretativos en la aplicación del derecho no es ajena al derecho nacional. El artículo 7.a de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno dispone que las Administraciones Públicas publicarán «*las directrices, instrucciones, acuerdos, circulares o respuestas a consultas planteadas por los particulares u otros órganos en la medida en que supongan una interpretación del Derecho o tengan efectos jurídicos*». La utilidad de ello es que, publicados estos criterios, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, habrán de motivarse los actos que se aparten de ellos, y podrá utilizarse esta circunstancia para su eventual impugnación.

4. LA DIVERSIDAD DE JURISDICCIONES Y SISTEMAS DE IMPUGNACIÓN

Como venimos explicando, en el sistema actual de supervisión bancaria tenemos dos autoridades, las nacionales y las europeas, dictando actos administrativos sobre las entidades que desarrollan su actividad en el territorio nacional. Pero por esa distinta procedencia, las decisiones que se adopten están sometidas a diferentes sistemas de impugnación.

Los actos dictados en el ejercicio de sus funciones de supervisión y las sanciones que pueda imponer el Banco de España son susceptibles de recurso de alzada ante el Ministerio de Economía (artículos 2 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España y 113 de la Ley 10/2014, de 26 junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y 121 y 122 de la Ley 39/2015). Los dictados en ejercicio de sus potestades de política monetaria y emisión de moneda ponen fin a la vía administrativa y son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Las decisiones que adopte el Banco Central Europeo en el ejercicio de sus funciones de supervisión tienen un régimen peculiar de impugnación, que comporta la existencia de una suerte de «recurso de reposición» ante el propio organismo, de carácter potestativo, puesto que los interesados pueden acudir directamente ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El artículo 24 del Reglamento (UE) 1024/2013 reconoce el derecho de cualquier persona física o jurídica de solicitar un «examen administrativo interno» de las decisiones del Banco Central Europeo que la conciernan o que le afecten directa e individualmente. Para ello se prevé el establecimiento de un Comité Administrativo de Revisión, cuyo régimen ha sido desarrollado por la Decisión 2014/360/UE, de 14 de abril, sobre Banco Central Europeo, que establece el comité y sus normas de funcionamiento (BCE/2014/16).

El Comité Administrativo de Revisión está compuesto por cinco personas (y dos suplentes) de excelente reputación, procedentes de los Estados miembros, elegidos tras una convocatoria publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, por sus conocimientos y experiencia profesional, especialmente en materia de supervisión bancaria y otros servicios financieros, que son elegidos por un periodo de cinco años, prorrogable una sola vez.

La independencia del órgano se asegura excluyendo de sus miembros el personal del propio banco o de las autoridades competentes u otras instituciones, órganos, oficinas y organismos nacionales o de la Unión participantes en las actividades encomendadas al Banco Central Europeo, así como imponiendo expresamente la prohibición de obedecer instrucción alguna y la obligación de actuar con independencia y en pro del interés público. A tal efecto, deberán formular por escrito una declaración pública de compromisos donde harán constar cualquier interés directo o indirecto que pudieran considerarse perjudicial para su independencia, o bien la inexistencia de tales intereses.

En caso de que un interesado quiera «impugnar» un acto, deberá presentar la solicitud de examen, junto con un escrito de motivación, en un plazo de un mes a partir de la fecha de notificación o, a falta de ella, a partir la fecha en que el interesado tuvo conocimiento de la decisión.

Tras pronunciarse sobre la admisibilidad del examen, el Comité Administrativo de Revisión dictaminará, por mayoría de, como mínimo, tres de sus cinco miembros, sobre el caso, en un plazo adecuado en función de la urgencia del asunto que no rebasará los dos meses contados desde la recepción de la solicitud, y elevará el asunto al Consejo de Supervisión del Banco Central Europeo para la preparación de un nuevo proyecto de decisión. El Consejo de Supervisión tendrá en cuenta el dictamen del Comité Administrativo de Revisión y presentará un nuevo proyecto de decisión al Consejo de Gobierno. El nuevo proyecto de decisión podrá bien derogar la decisión inicial, bien sustituirla por decisión de idéntico contenido o por otra decisión modificada. El nuevo proyecto de

decisión se considerará adoptado a menos que el Consejo de Gobierno presente objeciones dentro de un plazo máximo de diez días hábiles.

La solicitud de examen, por regla general, no tiene efecto suspensivo, si bien el Consejo de Gobierno, a propuesta del Comité Administrativo de Revisión, podrá suspender la aplicación de la decisión impugnada si considera que las circunstancias así lo requieren.

La decisión que se adopte puede ser impugnada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Este sistema de impugnación de recursos se da también en el ámbito de la resolución bancaria, pero con un punto adicional de complejidad.

Las competencias en materia de resolución, como se ha explicado, siguen el criterio explicado para la supervisión. La resolución de las *entidades significativas* corresponde a la Junta Única de Resolución mientras que las que entran en esta categoría se someten a la autoridad nacional de resolución, en nuestro caso, el Fondo de Resolución Ordenada Bancaria.

De acuerdo con los artículos 7, 8 y 19 del Reglamento (UE) n.º 806/2014, de 15 julio, Parlamento Europeo, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, las decisiones de resolución sobre entidades significativas que se adoptan por la Junta, la Comisión y el Consejo se llevan a efecto con la colaboración de las autoridades nacionales de resolución, quienes realizarán los actos que sean necesarios para su ejecución.

El artículo 85 del Reglamento 806/2014 prevé un sistema de recurso administrativo interno, similar al expuesto del Banco Central Europeo, pero con ciertas diferencias:

- El plazo de impugnación es de seis semanas.
- Se limitan las decisiones susceptibles de impugnación.
- Se atribuye la decisión a una comisión independiente (el «Panel de Recurso») y no al propio órgano de gobierno de la Junta.

Este peculiar sistema provoca que, en el primer caso de resolución en que se ha aplicado el nuevo esquema, coexistan recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional en los que se impugnan los actos de ejecución del Frob, junto con impugnaciones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea del dispositivo de resolución acordado por la Junta Única de Resolución. La solución adoptada por aquella ha sido suspender los procedimientos en tanto no se resuelvan las demandas presentadas a nivel europeo, por el indudable impacto que las decisiones en éstas tendrán en aquellos y por el hecho evidente de que la decisión en sí es la adoptada por las instituciones europeas, sin perjuicio de la intervención del FROB en su ejecución material.

En resumen, estamos en los primeros pasos de un sistema de supervisión en el que coexisten normas e instituciones propias de culturas jurídicas diferentes, lo que está exigiendo no pocos esfuerzos de adaptación, tanto de las entidades, a esta nueva forma de relacionarse con las autoridades, como de los propios integrantes de las distintas Administraciones, que están contribuyendo decisivamente a la creación de un nuevo sistema legal. Del acierto en estas decisiones, y del uso eficaz de todos los mecanismos que el propio ordenamiento prevé para asegurar la aplicación uniforme del derecho, dependerá que el sector financiero disfrute de la necesaria seguridad jurídica para desarrollarse en beneficio de la sociedad.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

«Comentarios a la Constitución Española», directores: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y María Emilia Casas Bahamonde, *Boletín Oficial del Estado*, Ministerio de Justicia, Fundacion Wolters Kluwer, 2018.

Manual de regulación bancaria en España, por Mario Deprés, Rocío Villegas y Juan Ayora. Funcas, 2017.

El derecho de la Unión Europea (segunda edición), por Daniel Sarmiento. Marcial Pons, 2018.

NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: CASOS GOOGLE, FACEBOOK Y UBER

Verónica Ester Casas

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CASO GOOGLE/MARIO COSTEJA Y EL «DERECHO AL OLVIDO». 2.1. Antecedentes del litigio principal. 2.2. Ámbito material de aplicación de la Directiva de Protección de Datos sobre si la actividad llevada a cabo por un motor de búsqueda de contenidos en internet constituye un tratamiento de datos personales y sobre si el gestor del motor es responsable de dicho tratamiento. 2.3. Sobre el llamado «derecho al olvido» en internet. 2.4. Aplicación del criterio de ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional española. 2.5. Diferencia entre las obligaciones de los medios de comunicación y de los motores de búsqueda respecto del denominado «derecho al olvido»: jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—3. EL CASO SCHREMS/FACEBOOK Y LA TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES. 3.1. Antecedentes del asunto: Decisión de la Comisión 2000/520/CE y estallido del asunto Snowden en el año 2013. 3.2. Antecedentes del litigio en Irlanda. 3.3. Respuesta a las cuestiones planteadas.—4. EL CASO UBER Y LA REGULACIÓN DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA»

1. INTRODUCCIÓN

Que las nuevas tecnologías de la sociedad de la información han experimentado un auge creciente en los últimos años es un hecho incontestable¹. También lo es que las nuevas tecnologías están planteando retos nuevos al legislador de la Unión, en ámbitos muy diversos, pero cada vez más amplios, de competencia de la Unión, y que el auge tecnológico, cada vez más imbricado en nuestras vidas cotidianas y en nuestra economía, está propiciando que el Tribunal de Justicia haya tenido que enfrentarse, en épocas recientes, a casos planteados por tribunales nacionales que tenían que ver con las nuevas tecnologías. Tanto en el ámbito de la propiedad intelectual, como en protección de datos, en la llamada «economía colaborativa», en el campo de las ayudas de Estado o del derecho de la competencia, se han planteado importantes asuntos que están dando lugar a una jurisprudencia muy rica y matizada.

En este capítulo abordaremos algunos de los casos recientes más sonados, relacionados con tres de las empresas tecnológicas más importantes del mundo —Google, Facebook y Uber—, que han alumbrado importantes sentencias del Tribunal de Justicia, en materia de protección de datos en relación con el papel desempeñado por los motores de búsqueda proveedores de contenidos digitales, en el aspecto de la transferencia de datos personales a empresas que los almacenan en sus servidores ubicados en un tercer país (Estados Unidos), y en materia de regulación de la «*sharing economy*» a través de

¹ En el punto 1 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 27 de noviembre de 2013, titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y los EE. UU.» [COM (2013), 846 final, la Comisión Europea puso el énfasis en la creciente importancia de los flujos de los datos personales, ligada en especial al desarrollo de la economía digital, que «ha dado lugar a un crecimiento exponencial de la cantidad, calidad, diversidad y naturaleza de las actividades de tratamiento de datos».

plataformas tecnológicas que prestan servicios subyacentes de lo más diversos (desde la venta de billetes de avión, la localización de restaurantes, la prestación de un servicio de transporte urbano no colectivo, o la prestación de un servicio de alojamiento). El primero de estos asuntos llevado ante el Tribunal de Justicia ha sido el del caso Uber.

La idea de las líneas que siguen es ilustrar acerca cómo el Tribunal de Justicia se convierte en el último decisor común para toda la Unión en asuntos de gran trascendencia en el contexto tecnológico/digital actual y, asimismo, cómo las nuevas tecnologías dan lugar a asuntos que cubren un amplísimo número de áreas sustantivas del derecho de la Unión.

Es de hacer notar también que las sentencias pronunciadas en los asuntos objeto de nuestro comentario lo han sido por el Tribunal de Justicia en Gran Sala, lo que da idea de la importancia que desde el propio Tribunal se concede al área de las nuevas tecnologías en la sociedad de la información.

2. EL CASO GOOGLE/MARIO COSTEJA Y EL «DERECHO AL OLVIDO»

2.1. Antecedentes del litigio principal

Este importante asunto sometió por vez primera al TJUE una cuestión de interpretación de la Directiva 95/46/CE², de protección de datos —aplicable *ratione temporis* a los hechos enjuiciados en el litigio principal—, en relación con los motores de búsqueda en internet. La sentencia, pronunciada en Gran Sala el 13 de mayo de 2014, resolvió la cuestión prejudicial C-131/12.

El pleito en origen tuvo lugar en España a instancias de la Audiencia Nacional, en el contexto de un litigio entre Google Spain y Google Inc. («Google»), de un lado, y la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Sr. Mario Costeja, de otro.

Los hechos que dieron lugar al procedimiento principal se sintetizan como sigue: en el año 2010, al introducir su nombre en el motor de búsqueda de Google, el Sr. Mario Costeja descubrió que, entre los resultados obtenidos, aparecía un enlace a una noticia publicada en el diario *La Vanguardia*, referida al anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, y que mencionaba al Sr. Costeja. Éste interpuso reclamación contra *La Vanguardia* y contra Google, ante la AEPD. La AEPD desestimó parcialmente la reclamación en cuanto a *La Vanguardia*, al considerar que la publicación del anuncio de la subasta estaba legalmente justificada. Pero, en cambio, la estimó en la parte que afectaba a Google, dado que Google es explotador de un motor de búsqueda y, como tal, está sometido a la normativa en materia de protección de datos, ya que Google lleva a cabo un tratamiento de esos datos del que es responsable y actúa como intermediario en la sociedad de la información.

Al no ser posible por razones de espacio abordar todas las cuestiones tratadas en esta sentencia, nos vamos a referir aquí exclusivamente a los aspectos concernientes al ámbito material de aplicación de la Directiva de Protección de Datos, y al reseñado en el encabezamiento de este epígrafe como «derecho al olvido», que constituye la cuestión medular del caso planteado ante el Tribunal de Justicia.

² Hoy derogada por el Reglamento (UE) n.º 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, General de Protección de Datos.

2.2. Ámbito material de aplicación de la Directiva de Protección de Datos sobre si la actividad llevada a cabo por un motor de búsqueda de contenidos en internet constituye un tratamiento de datos personales y sobre si el gestor del motor es responsable de dicho tratamiento

Por lo que se refiere al ámbito material de aplicación de la Directiva de Protección de Datos, la Audiencia Nacional formulaba al Tribunal de Justicia una primera pregunta consistente en si, de conformidad con la directiva, la actividad llevada a cabo por un motor de búsqueda como proveedor de contenidos, consistente en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales», y si el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse como «responsable» de dicho tratamiento.

La primera parte de la cuestión —si la actividad de un motor de búsqueda de contenidos en internet constituye un «tratamiento de datos personales»— es respondida afirmativamente por el Tribunal de Justicia.

Señala el TJUE en los apartados 28 a 31 de su sentencia que, al explorar internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de búsquedas. Tales operaciones deben calificarse de «tratamiento de datos personales» (cuando los mismos se refieren a personas físicas identificadas o identificables), siendo irrelevante a estos efectos que el gestor del motor de búsqueda modifique o no la información publicada en los medios de comunicación.

La segunda parte de la primera pregunta suscitaba si el gestor de un motor de búsqueda puede considerarse responsable del tratamiento de los datos, en el sentido de la directiva, y no sólo el editor de la página web en la que aparece publicada la información indexada por Google. En este sentido la Directiva de Protección de Datos define al responsable del tratamiento al que «solo o conjuntamente con otros determine los fines y el tratamiento de los datos personales».

En este sentido, el Tribunal de Justicia distingue la actividad de tratamiento de datos personales que lleva a cabo Google, de la desarrollada por los editores de sitios de internet, que consiste en hacer figurar tales datos en una página de internet. En este sentido, en los apartados 34 a 40 de la sentencia se afirma que la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos, facilitando su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado. A partir de la organización y la agregación de la información publicada en internet efectuada por los motores de búsqueda, los internautas pueden obtener un perfil más o menos detallado del interesado. En la medida en que la actividad de un motor de búsqueda puede afectar significativamente y de modo adicional al de los editores de sitios de internet, a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de los datos personales, el gestor de este motor, como persona que determina los fines y los medios de esta actividad, debe garantizar en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicha actividad satisface las exigencias de la Directiva de Protección de Datos.

Así, pues, en lo que respecta al ámbito de aplicación material de la Directiva de Protección de Datos, Google, en cuanto gestor del motor de búsqueda proveedor de contenidos en internet que lleva su nombre, lleva a cabo un «tratamiento de datos personales», y es asimismo «responsable» de dicho tratamiento.

2.3. Sobre el llamado «derecho al olvido» en internet

La segunda pregunta formulada a través de esta cuestión prejudicial plantea el tema central del asunto: el llamado «derecho al olvido», requiriéndose al Tribunal de Justicia concretamente que determinase el alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda, y si las disposiciones pertinentes de la Directiva de Protección de Datos deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que allí se establecen, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esa persona, también en el supuesto de que ese nombre o esa información no se borren previa o simultáneamente de dichas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en sí misma aparecida en dichas páginas sea lícita.

En este aspecto, recuerda el Tribunal de Justicia que el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta») garantiza el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Además, el artículo 8, apartado 1, de la Carta atribuye expresamente a toda persona el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. Los apartados 2 y 3 de este último precisan que estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, que toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación y que el respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

A la luz de estos derechos fundamentales, elevados al rango de principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que están recogidos en la Carta, deben interpretarse las disposiciones de la Directiva de Protección de Datos.

Aplicando este planteamiento al caso del litigio en origen, entendió el Tribunal de Justicia que un tratamiento de datos personales, como el llevado a cabo por un motor de búsqueda como el de Google, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales, pues introduciendo simplemente el nombre de la persona física, cualquier internauta puede obtener mediante una lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esa persona que puede hallarse en internet. Además el efecto de esa injerencia se multiplica debido al importante papel que internet y los motores de búsqueda desarrollan en la sociedad moderna, lo que confiere a la información contenida en esa lista de resultados carácter ubicuo.

El TJUE no se muestra insensible al interés de los internautas por tener acceso a la información aparecida en forma de lista de resultados asociada al nombre de una determinada persona física. No obstante, apela expresamente a buscar un «justo equilibrio» entre el interés legítimo de los internautas a tener acceso a la información y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Si bien estos derechos prevalecen con carácter general, en determinados casos la balanza se

puede inclinar del lado del interés legítimo de los internautas, dando como criterios a tener en cuenta la naturaleza de la información de que se trate, el carácter sensible para la persona afectada, y el interés del público en disponer de esa información, que puede variar, en particular, en función del papel que esa persona desempeñe en la vida pública.

Lo más relevante, sin duda, de la sentencia del Tribunal de Justicia está en la afirmación que se contiene en el apartado 82, en que se sostiene que, cuando se den los requisitos previstos en los artículos 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), Directiva 95/46, la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar al gestor de un motor de búsqueda eliminar de la lista de resultados obtenida en una búsqueda realizada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esa persona, sin que una orden en dicho sentido presuponga que ese nombre o esa información sean eliminados con carácter previo o simultáneo de la página web en la que han sido publicados.

Para llegar a esta importante conclusión, el Tribunal de Justicia parte de que el gestor de un motor de búsqueda, adicionalmente al editor de un sitio de internet, cuya actividad se superpone a la que éste realiza, y amplifica la difusión de información, debe, como responsable del tratamiento de datos personales que lleva a cabo, garantizar, en el marco de sus responsabilidades, competencias y posibilidades, que dicho tratamiento cumple los requisitos de la Directiva de Protección de Datos.

En consecuencia, el TJUE con esta sentencia reconoce el derecho al olvido en internet de las personas afectadas por la actividad de provisión de contenidos llevada a cabo a través de un motor de búsqueda de internet como el de Google.

2.4. Aplicación del criterio de ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional española

El artículo 18.4 de la Constitución española de 29 de diciembre de 1978 dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno respeto de sus derechos.

Por su parte, el artículo 20.1 de nuestra ley fundamental, en su apartado d), reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

El Tribunal Constitucional reconoce el derecho al olvido «como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales y por tanto como derecho fundamental», que se integra en las denominadas «libertades informáticas», cuya definición, configuración y límites surgen del artículo 18.4 de la Constitución (STC 58/2018, de 4 de junio).

Según la jurisprudencia constitucional, el derecho al olvido se proyecta en el reconocimiento de un haz de facultades conferidas a su titular para oponerse a un uso ilegítimo de sus datos personales.

Este derecho fundamental al olvido no es un derecho ilimitado —sostiene la doctrina constitucional—, porque, aunque la Constitución no establece expresamente límites específicos, con base en el principio de unidad de la Constitución, resultan aplicables los límites derivados del respeto a otros derechos fundamentales, entre los que tiene especial relevancia la libertad de información que proclama el artículo 20 de la Constitución.

Los Tribunales de Justicia, según la mencionada sentencia, deben ponderar en cada supuesto concreto cuando las circunstancias concurrentes para dirimir los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información.

Para resolver si se ha producido una lesión al derecho a la protección de datos personales imputable a aquellas sociedades empresariales que gestionan motores de búsqueda de internet por utilizar protocolos que no se revelan idóneos para impedir la indexación de noticias incluidas en hemerotecas u archivos digitales, los órganos judiciales deben analizar la importancia de la digitalización de los documentos informativos para facilitar el acceso a la información de los usuarios de internet y valorar el impacto de la difusión de una noticia sobre el derecho a la propia imagen del titular de derecho (lo que incluye ponderar los efectos derivados del transcurso del tiempo desde que se produjeron los hechos noticiables).

Por ello, cabe afirmar que la libertad de información prevalece sobre los derechos de la personalidad, cuando la noticia difundida por medios digitales es veraz y se refiere a hechos con relevancia pública, que son de interés general.

En relación con el presupuesto de veracidad de la información difundida y el carácter de interés público, en la mencionada sentencia constitucional se sostiene que «el requisito de veracidad, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información colisiona con el derecho al honor, no insta a que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información» (por todas, STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado. Cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, la veracidad «no es paliativa, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» (SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). Ello significa que, en términos generales, si la información carece de interés público prevalente, no cabrá excluir la vulneración del derecho a la intimidad porque los hechos íntimos desvelados sean ciertos.

La relevancia pública de la información— según criterio del Tribunal Constitucional— viene determinada tanto por la materia u objeto de la misma, como por razón de la condición pública o privada de la persona a la que atañe.

2.5. Diferencia entre las obligaciones de los medios de comunicación y de los motores de búsqueda respecto del denominado «derecho al olvido»: jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado sentencia de 28 de junio de 2018 (caso M.L. y W.W. contra Alemania)³, que se refiere a una presunta violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar).

Los hechos que dieron lugar a la referida sentencia tienen que ver con la petición de dos condenados por el asesinato de un actor famoso, que, cuando están a punto de salir

³ TEDH\2018\67.

en libertad, solicitan a varios medios de comunicación que anonimicen las alusiones a sus nombres que aparecen en las noticias antiguas que están disponibles en los archivos on-line de dichos medios.

La sentencia señala que las obligaciones respecto a la privacidad de las personas pueden variar dependiendo de que la solicitud de borrado se dirija contra los medios que originalmente publicaron la noticia, cuya actividad está en el corazón de la libertad de información, o contra los motores de búsqueda, cuya función es facilitar la recopilación de la información disponible sobre una persona.

En efecto, razona el TEDH que, para que entre en juego el artículo 8 CEDH, el ataque a la reputación personal debe alcanzar un mínimo grado de gravedad y haber sido efectuado con la intención de causar un perjuicio en el disfrute personal del derecho al respeto a la vida privada. Asimismo, no se podría invocar esta disposición para denunciar un atentado a su reputación que sería previsible de sus propias acciones, tales como un delito (Axel Springer AG contra Alemania, núm. 39954/08, ap. 83, de 7 de febrero de 2012).

Después de recordar su jurisprudencia a propósito del artículo 8 CEDH, el TEDH realiza una atinada consideración de las circunstancias del caso. En particular, suscribe en su totalidad la conclusión alcanzada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania, el cual, aun reconociendo el gran interés de los demandantes en no ser identificados nuevamente con su condena, admite el interés del público no sólo en ser informado de un acontecimiento actual, sino en poder realizar también búsquedas sobre acontecimientos pasados. La alta jurisdicción en Alemania recordó igualmente que la misión de los medios era la de participar en la formación de opinión democrática, poniendo a disposición del público antiguas informaciones conservadas en sus archivos.

A continuación examina la notoriedad de la persona y el objeto del reportaje, y la conducta previa de la persona en cuestión según los medios; el contenido, la forma y las repercusiones de la publicación; y, en fin, las circunstancias de la toma de fotografías.

En este caso, el TEDH no aprecia que haya habido por parte de Alemania violación del artículo 8 CEDH, razonando que, considerando el margen de apreciación de las autoridades internas en la materia cuando ponderan entre intereses divergentes, la importancia de almacenar los reportajes cuya legalidad en el momento de su aparición no fue cuestionada y el comportamiento de los demandantes frente a la prensa, el TEDH estima que no existen graves razones que justifiquen que se sustituya su opinión frente a la del Tribunal Federal de Justicia.

3. EL CASO SCHREMS/FACEBOOK Y LA TRANSFERENCIA DE DATOS PERSONALES

3.1. Antecedentes del asunto: Decisión de la Comisión 2000/520/CE y estallido del asunto Snowden en el año 2013

El caso Facebook puso sobre el tapete la espinosa cuestión de la seguridad en los flujos de datos personales entre Europa y EE. UU.⁴.

⁴ Tal como constató la Comisión Europea en su Comunicación de 27 de noviembre de 2013, «las transferencias de datos personales son un elemento importante y necesario de la relación transatlántica. Forman parte integrante de los intercambios comerciales entre ambos lados del Atlántico, incluidos los relacionados con los nuevos sectores digitales en crecimiento, tales como las redes sociales o la computación en nube, que implican la transferencia de grandes cantidades de datos de la UE a Estados Unidos».

Este asunto plantea por un lado, una cuestión de interpretación de la Directiva 95/46, también considerada en el caso Google/Mario Costeja, en relación con los artículos 7, 8 y 47 de la Carta, y de otro, una cuestión de validez de la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a aquella Directiva, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América⁵.

La decisión de la Comisión proporciona la base jurídica para la transferencia de datos personales desde la Unión a empresas establecidas en Estados Unidos que operan conforme al régimen de puerto seguro.

En el año 2013, tal y como se explica en los apartados 11 a 16 de la sentencia que enseguida comentaremos, la Comisión adoptó el 27 de noviembre de 2013 la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada «Restablecer la confianza en los flujos de datos entre la UE y EE. UU.» [COM(2013) 846 final]. Acompañaba a esa comunicación un informe, también de fecha 27 de noviembre de 2013, que contenía las «conclusiones de los copresidentes de la Unión Europea del grupo de trabajo ad hoc Unión Europea-Estados Unidos sobre protección de datos personales» («*Report on the Findings by the EU Co-chairs of the ad hoc EU-US Working Group on Data Protection*»). Como exponía su punto 1, ese informe se había elaborado en cooperación con Estados Unidos a raíz de la revelación de la existencia en ese país de varios programas de vigilancia que comprendían la recogida y el tratamiento de información a gran escala de datos personales. Ese informe contenía, en particular, un análisis detallado del ordenamiento jurídico de Estados Unidos en lo que concierne especialmente a las bases legales que autorizan la existencia de programas de vigilancia y la recogida y el tratamiento de datos personales por autoridades estadounidenses.

Tal informe revelaba también un aumento de la preocupación por el nivel de protección de los datos personales de los ciudadanos de la Unión transferidos a Estados Unidos en el marco del régimen de puerto seguro. La Comisión, además, ponía el énfasis en el hecho de que las autoridades estadounidenses pueden acceder y seguir tratando los datos personales de los ciudadanos de la Unión enviados a Estados Unidos en el marco del régimen de puerto seguro de forma incompatible con los motivos por los que se recogieron inicialmente dichos datos y con los fines por los que se transfirieron a Estados Unidos, así como que la mayoría de las empresas estadounidenses de internet relacionadas más directamente con los programas de vigilancia están certificadas en el marco del régimen de puerto seguro.

En definitiva, se advertían deficiencias en la aplicación de la Decisión 2000/520/CE, al haberse comprobado que diversas empresas estadounidenses certificadas no respetaban los principios de puerto seguro enunciados en dicha Decisión.

3.2. Antecedentes del litigio en Irlanda

El caso Schrems/Facebook Ireland se plantea en el contexto de un litigio entre el primero, ciudadano austriaco y residente en Irlanda, y el Data Protection Commissioner, acerca de la negativa de este último de instruir una reclamación presentada por el primero, basada en que Facebook Ireland transfiere a Estados Unidos los datos personales de sus usuarios y los conserva en servidores situados en ese país.

⁵ DO L 215, p. 7.

El Sr. Schrems es usuario de Facebook desde 2008. Según la reclamación presentada ante el Data Protection Commissioner, toda persona residente en el territorio de la Unión que desee utilizar Facebook está obligada a concluir en el momento de su inscripción un contrato con Facebook Ireland, filial de Facebook Inc., domiciliada ésta última en Estados Unidos. Los datos personales de los usuarios de Facebook Ireland residentes en el territorio de la Unión se transfieren en todo o en parte a servidores pertenecientes a Facebook Inc, situados en el territorio de Estados Unidos, donde son objeto de tratamiento.

El 25 de junio de 2013 el Sr. Schrems presentó una reclamación en la que le solicitaba en sustancia que ejerciera sus competencias estatutarias, prohibiendo a Facebook Ireland transferir sus datos personales a Estados Unidos. Alegaba que el Derecho y las prácticas en vigor en este último país no garantizaban una protección suficiente de los datos personales conservados en su territorio contra las actividades de vigilancia practicadas en él por las autoridades públicas. El Sr. Schrems hacía referencia en ese sentido a las revelaciones del Sr. Edward Snowden sobre las actividades de los servicios de información de Estados Unidos, en particular las de la National Security Agency («NSA»).

Ante la negativa del Data Protection Commissioner de atender su reclamación, el Sr. Schrems recurrió ante la High Court irlandesa. Este tribunal consideró que, de haberse tenido que resolver la reclamación planteada con arreglo al derecho irlandés, el Data Protection Commissioner debería haber procedido a investigar los hechos denunciados por el Sr. Schrems y no haber desestimado la reclamación por infundada, al existir serias dudas acerca de que Estados Unidos garantice un nivel adecuado de protección de los datos personales.

Sin embargo, la High Court entendió que la cuestión afectaba al derecho europeo y que, por la vía del artículo 51 de la Carta, eran de aplicación los artículos 7 y 8 de la misma (derecho al respeto a la vida privada y al respeto a los datos personales), debiendo examinarse la validez de la Decisión de la Comisión 2000/520 a la luz de tales disposiciones, así como de los principios enunciados en la sentencia del Tribunal de Justicia *Digital Rights Ireland* (C-293/12 y C-594/12). Y, así las cosas, con suspensión del procedimiento principal, decidió plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.3. Respuesta a las cuestiones planteadas

La High Court irlandesa preguntaba al Tribunal de Justicia si, y en qué medida, el artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46⁶, entendido a la luz de los artículos 7, 8 y

⁶ Artículo 25 de la Directiva 95/46 («Principios»):

1. Los Estados miembros dispondrán que la transferencia a un país tercero de datos personales que sean objeto de tratamiento o destinados a ser objeto de tratamiento con posterioridad a su transferencia, únicamente pueda efectuarse cuando, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a las demás disposiciones de la presente Directiva, el país tercero de que se trate garantice un nivel de protección adecuado.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

3. Los Estados miembros y la Comisión se informarán recíprocamente de los casos en que consideren que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2.

4. Cuando la Comisión compruebe, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 2 del artículo 31, que un tercer país no garantiza un nivel de protección adecuado con arreglo al apartado 2 del presente ar-

47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una decisión, como la Decisión 2000/520, por la que la Comisión constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, impide que una autoridad de control de un Estado miembro, a la que se refiere el artículo 28 de esa Directiva, pueda examinar la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de los datos personales que la conciernen, que se hayan transferido desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona afirma que el Derecho y las prácticas en vigor en éste no garantizan un nivel de protección adecuado.

Por tanto, eran dos órdenes de cuestiones: por un lado, las facultades de las autoridades nacionales de control, ante la adopción de una Decisión de la Comisión, adoptada sobre la base del artículo 25, apartado 6, de la Directiva de Protección de Datos; y por otro lado, la validez de la propia Decisión de la Comisión del año 2000.

A la primera, el Tribunal de Justicia responde señalando que el artículo 25, apartado 6, de la Directiva 95/46, entendido a la luz de los artículos 7, 8 y 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que una decisión adoptada en virtud de la referida disposición, como la Decisión 2000/520, por la que la Comisión constata que un tercer país garantiza un nivel de protección adecuado, no impide que una autoridad de control de un Estado miembro, a la que se refiere el artículo 28 de esa Directiva, examine la solicitud de una persona relativa a la protección de sus derechos y libertades frente al tratamiento de los datos personales que la conciernen que se hayan transferido desde un Estado miembro a ese tercer país, cuando esa persona alega que el derecho y las prácticas en vigor en éste no garantizan un nivel de protección adecuado.

En cuanto a la segunda, el Tribunal de Justicia declara la nulidad de la Decisión 2000/520/CE

4. EL CASO «UBER» Y LA REGULACIÓN DE LA «ECONOMÍA COLABORATIVA»⁷

El caso Uber brindó al Tribunal de Justicia (TJUE) la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre la naturaleza jurídica de los servicios prestados a través de una

titulo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para impedir cualquier transferencia de datos personales al tercer país de que se trate.

5. La Comisión iniciará en el momento oportuno las negociaciones destinadas a remediar la situación que se produzca cuando se compruebe este hecho en aplicación del apartado 4.

6. La Comisión podrá hacer constar, de conformidad con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 31, que un país tercero garantiza un nivel de protección adecuado de conformidad con el apartado 2 del presente artículo, a la vista de su legislación interna o de sus compromisos internacionales, suscritos especialmente al término de las negociaciones mencionadas en el apartado 5, a efectos de protección de la vida privada o de las libertades o de los derechos fundamentales de las personas.

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para ajustarse a la decisión de la Comisión.

⁷ En la fecha en que se redactan estas líneas, ha tenido ya lugar la vista oral del asunto C-390/18 (YA y AIRBNB Ireland), cuestión prejudicial promovida por el Juge d'Instruction du Tribunal de Grande Instance de Paris, preguntando en primer lugar al Tribunal de Justicia acerca de si están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO 2000, L 178, p. 1) las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb Ireland UC a través de una plataforma electrónica explotada desde Irlanda; y, en segundo lugar, si cabe oponer a la sociedad Airbnb Ireland UC las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la Ley n.º 70-9, de 2 de enero de 1970, relativa a los intermediarios en materia de operaciones inmobiliarias, denominada Ley Hoguet?

plataforma tecnológica (conocida como UberPop que presta un servicio *peer-to-peer*, P2P), la cual permite conectar a cambio de una remuneración, a través de una aplicación para teléfonos inteligentes (*smartphones*), a conductores no profesionales, que utilizan sus propios vehículos, con pasajeros que desean realizar un desplazamiento urbano.

Antes de que el caso Uber llegara al Tribunal de Justicia, el 2 de junio de 2016 la Comisión Europea había hecho pública una Comunicación dirigida al Parlamento Europeo y al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, que, bajo el título «Una Agenda Europea para una economía colaborativa»⁸, se mostraba claramente partidaria del desarrollo de este tipo de plataformas tecnológicas, señalando al mismo tiempo la importancia de «garantizar unas condiciones de trabajo justas y una protección social y de los consumidores adecuada y sostenible». En particular, la Comisión Europea se inclinaba en ese documento por la necesidad de verificar caso por caso cuándo una plataforma colaborativa presta un mero servicio de la sociedad de la información, actuando como intermediario entre los usuarios del servicio y los prestadores del servicio subyacente, y cuándo, además de ese servicio de intermediación, ofrece también el servicio subyacente. Los criterios clave a considerar, según la Comisión, a efectos de realizar ese análisis, son los siguientes: fijación del precio por parte de la plataforma, influencia de la plataforma en las condiciones y términos contractuales, y propiedad de los activos necesarios para la prestación del servicio. La conclusión final de esta comunicación de la Comisión señalaba que «en vista de los importantes beneficios que los nuevos modelos de negocio de la economía colaborativa pueden aportar, Europa debería estar dispuesta a aprovechar estas nuevas oportunidades. La UE debería apoyar proactivamente la innovación, la competitividad y las oportunidades de crecimiento que ofrece la modernización de la economía».

La Comisión ya sentaba las bases para el posterior análisis que hubo de llevar a cabo el Tribunal de Justicia. Se trataba de determinar si Uber, además del servicio de intermediación entre conductores y usuarios, influía de una manera más o menos decisiva en la prestación del servicio subyacente (el transporte urbano no colectivo). La conclusión a la que se llega es decisiva a efectos de determinar si tal servicio entra en el ámbito de la libertad fundamental del artículo 56 TFUE (como sería el caso, de haberse considerado el prestado por Uber como un servicio de la sociedad de la información), o, por el contrario, se encuentra excluido.

El análisis del Tribunal de Justicia tenía que determinar, a la vista de las circunstancias concurrentes, el peso preponderante que el servicio desplegado por la plataforma colaborativa ejerce en el servicio subyacente que se contrata. Si, por ejemplo, la plataforma ofrece servicios auxiliares con respecto a los servicios considerados principales de la sociedad de la información (tales como ofrecer ciertas modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.), aquéllos no los desnaturalizarían, pues la prestación de tales servicios no constituye una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente. Tampoco lo es la oferta de mecanismos de evaluación y calificación del servicio, que llevan a cabo los propios usuarios. Sin embargo, por lo general —y esta consideración también la hacía la Comisión Europea en el documento antes referido—, cuanto más gestionan y organizan las plataformas la selección de los proveedores de los servicios y el modo en que éstos se prestan, más evidente resulta que la plataforma puede ser considerada ella misma como prestadora de los servicios.

⁸ COM (2016) 356 final.

Pues bien, el caso *Uber* se planteó en el contexto de una cuestión prejudicial promovida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, en relación con la normativa municipal española que sometía la prestación del servicio de Uber a la obtención de preceptiva autorización o licencia, equiparando este servicio al del taxi.

El asunto Asociación Profesional Élite Taxi/Uber se resolvió por Sentencia de 20 de diciembre de 2017 pronunciada por el Tribunal de Justicia en Gran Sala.

El TJUE tuvo que analizar si el servicio de intermediación prestado por Uber debe calificarse como de «servicio de transporte» y, como tal, excluido de las normas del tratado sobre libertad de prestación de servicios y de la Directiva 2006/123, de servicios en el mercado interior; o bien, si se trata de un «servicio de la sociedad de la información», en el sentido de «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario de los servicios» (tal y como lo define el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información⁹, al que se remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior). De acogerse esta segunda tesis, el TJUE debía entrar a analizar si las restricciones impuestas en la normativa nacional superaban el estricto test de validez impuesto por la Directiva de Servicios: a saber, si tales medidas son no discriminatorias, están justificadas y son proporcionadas al fin perseguido (test de proporcionalidad en sentido estricto).

El TJUE hizo un análisis escueto, pero certero, entrando en el núcleo de la cuestión controvertida (la calificación del servicio prestado por Uber, atendiendo a su naturaleza jurídica), y se basó en el examen de los elementos de la prestación desplegada por esta plataforma tecnológica. El Tribunal de Justicia concluyó que Uber no sólo presta un servicio de la sociedad de la información, sino que, al mismo tiempo que conecta a conductores y pasajeros a través de su aplicación para *smartphones*, contribuye a crear toda una oferta de servicios de transporte urbano, cuyo funcionamiento general organiza a través de sus herramientas informáticas. A mayor abundamiento, Uber no sólo selecciona a los conductores, y les proporciona el interfaz correspondiente con el que conectar con los usuarios, sino que también influye decisivamente en la prestación del servicio, estableciendo al menos el precio máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente (y abonándole después una parte al conductor no profesional) y ejerciendo cierto control sobre las condiciones de los vehículos y sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, pudiendo incluso decidir su exclusión de la plataforma basándose en las puntuaciones dadas por los usuarios.

En definitiva, consideró el TJUE que Uber presta un servicio complejo que engloba prestaciones de distinta índole, cuyo elemento preponderante o decisivo es un servicio de transporte (por la influencia determinante que Uber ejerce en la prestación del servicio subyacente contratado) que no responde al concepto estricto de «servicio de la sociedad de la información». Al no haberse adoptado a día de hoy normas comunes de política de transporte en toda la Unión (al amparo del artículo 91 TFUE), ha de estarse a lo que establezcan las respectivas normativas nacionales de los Estados miembros, que simplemente tendrán que ajustarse a la exigencia más laxa de respetar las normas generales del TFUE.

⁹ Derogada a partir del 7 de octubre de 2015 por la Directiva (UE) 2015/1535.

V. DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS REGLAMENTOS TRIBUTARIOS Y LA RESERVA DE LEY

Antonio Martínez Lafuente

El presente estudio se corresponde con la colaboración del autor al libro homenaje a D. Manuel Goded, y del que se hacen partícipes los otros compañeros que ingresaron en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1971, y que son Bartolomé Alfonso Ferrer, Juan Carlos Herrero Chacón, Juan José Pardo García Valdecasas y Manuel Román Román.

Pertenecemos los citados a la primera promoción¹ que inició su preparación con el homenajeado, así como con D. Juan Rovira Tarazona, que compartía con D. Manuel la tareas docentes; los dos primeros compañeros citados y yo mismo iniciamos el estudio del programa en el otoño del año 1968 y con regularidad acudíamos a exponer el resultado de aquel a un docente u otro, en los que encontrábamos afecto y cordialidad, pero sin menoscabo del rigor en el mantenimiento del estudio de los muy numerosos temas que debíamos exponer en detalle, si queríamos acceder al Cuerpo de Abogados, como así aconteció.

Ya se han hecho, y con rigor² referencial al homenajeado, destacando su comprensión con quien acudía a su cobijo, y en ello no voy a insistir, pues a lo largo del período de preparación todos tuvimos altibajos, y D. Manuel siempre nos atendió, superando lo que cabía esperar de una relación profesional; esta es la gran lección que D. Manuel nos dio a todos, en el sentido de anteponer el comportamiento humano a cualquier otro, que por ello lo destaco en estas líneas, dedicadas a quien también fue compañero³, amigo⁴ y excelente jurista⁵.

No quisiera finalizar sin dar cuenta de los «alumnos» de D. Manuel de la Promoción del año 1971 que ya no están entre nosotros y que sin duda se harán partícipes allí donde se encuentren del estudio que se presenta; y en tal sentido quiero mencionar a Julián Camacho García, a Carlos García Manrique, a Javier Mexía Algar, a José María Nebot

¹ En la Promoción del año 1969, también aparecen compañeros que prepararon su ingreso en el Cuerpo al amparo del homenajeado, que se incorporó a las tareas que nos ocupan cuando Enrique de Benito accedió a la Bolsa de Madrid como agente de cambio y bolsa; por ello la primera promoción que por entero puede atribuirse a D. Manuel es la del año 1971.

² Me refiero a los textos que aparecen en el n.º 47 de *La Revista de la Asociación de Abogados del Estado*; a cargo de Eduardo Bal y de José Ignacio Monedero.

³ Durante los años que estuve destinado en la Dirección General de lo Contencioso del Estado tuve mi despacho justo al lado del de Goded; todas las mañanas en cuanto oía trájín pasaba a saludarle y a desearle lo mejor para el día que comenzaba; la contigüidad me permitió acudir numerosas veces en busca de consejo y orientación en las tareas a mi cargo, lo que le agradecí y ahora públicamente lo reitero; creo que el lector comprenderá no podía desaprovechar la proximidad para seguir aprendiendo del Maestro

⁴ Quien suscribe todavía felicita la Navidad a sus amigos; conservo las que me devolvió D. Manuel con su característica letra, no desfigurada por los años lo que a muchos nos ocurre, en las que siempre nos transmitía calor y afecto, pese a los años transcurridos.

⁵ En la *Revista de la Asociación de Abogados del Estado*, n.º 47 (2018) aparece un estudio mío sobre «Los primeros Anales de la Dirección General»; en todos los años en que D. Manuel ejerció en el Cuerpo funciones consultivas sus dictámenes se reflejaron en los citados Anales; además fue autor de un conocido estudio doctrinal sobre «La Administración del Estado como parte en el proceso civil».

Lozano, a Carlos Pérez-Marsá Hernández, a José Antonio Piqueras Bautista⁶ y a Tomás Santoro García de la Parra; todos, o sea los doce alumnos de D. Manuel Goded de la Promoción del año 1971, nos sumamos de corazón a tan merecido homenaje.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. ORIGEN Y FUNDAMENTO.—3. ÁMBITO. 3.1. Hecho imponible. 3.2. Base imponible. 3.3. Tipo de gravamen. 3.4. Beneficios fiscales. 3.5. Las tasas. 3.6. Otras cuestiones. 3.6.1. Las presunciones. 3.6.2. La delimitación con las técnicas de interpretación.—4. LA COLABORACIÓN DEL REGLAMENTO. 4.1. El control de la potestad reglamentaria. 4.2. Los motivos de nulidad. 4.3. La reserva reglamentaria. 4.4. La deslegalización.—5. LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS.—6. LAS NORMAS FORALES.—7. LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO. 7.1. Naturaleza. 7.2. Las tasas y tarifas aeroportuarias. 7.3. El arancel registral. 7.4. Auditoría de cuentas. 7.5. Cuestiones farmacéuticas. 7.6. Sector eléctrico. 7.6.1. No son prestaciones patrimoniales públicas. 7.6.2. Sí son prestaciones patrimoniales públicas. 7.6.3. Incidencia del derecho europeo

1. PLANTEAMIENTO

El contenido del presente estudio guarda relación con la potestad legislativa y con el ámbito en que actúa la potestad reglamentaria en materia tributaria, con su control jurisdiccional y con las consecuencias que de ello derivan; la doctrina mas autorizada expuso sobre el particular que al⁷ principio de legalidad se alude desde dos perspectivas, pues «significa no sólo la previsión constitucional de concretas reservas de ley, sino la sujeción al sistema normativo en su globalidad, al ordenamiento jurídico, construido con base en normas jurídicas escritas, circunstancia que excluye que en la Constitución quepa un ordenamiento basado primariamente en normas consuetudinarias o precedentes judiciales»

Como recordó la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1997 de 28 de octubre:

La reserva de Ley de los artículos 31(3) y 133(1) de la Constitución limita la potestad reglamentaria del Gobierno.

Los artículos 47(2) y 128(2) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre también se refieren a esta cuestión, siendo de destacar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre, que recogiendo el acarreo constitucional sobre la materia, antes de su reforma disponía que:

⁶ No quiero que falte una cita de D. José Antonio Piqueras, a quien conocí desde que iniciamos la preparación pues nos integraron en el mismo grupo y desde el mismo momento capté sus cualidades humanas, amén de su buen saber jurídico; quiero aquí recordar las palabras que le dedicó D. Manuel Goded cuando apareció su libro homenaje con motivo de su prematuro fallecimiento, y que figura en la obra *La Asistencia jurídica del Estado e Instituciones Públicas. Estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*, Editorial Aranzadi (1999); de la emotiva semblanza destaco lo siguiente: Preparar es enseñar, pero también aconsejar, tutelar, hacer propios los problemas del opositor»; nadie mejor que D. Manuel podía expresar lo que era predicable de él mismo y fue lo que todos apreciamos como ya se indica en el texto.

⁷ La cita es del profesor Luis María Díez-Picazo y se corresponde con su estudio: «Concepto de Ley y tipos de Leyes. ¿Existe una noción unitaria de la Ley en la Constitución Española?», *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 24 (1988), pág. 85 y siguientes; el autor, ya en su condición de Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, insistió sobre el particular en «Significados del principio de legalidad en la Constitución»; Intervención en la sesión de clausura del Curso 2016-2017 de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España; por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 110/2018, de 17 de octubre, aclaró que la exigencia de ley por el artículo 1 (2) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, no invade las competencias autonómicas.

«Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además, sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público».

Asimismo son de destacar los siguientes preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

Art. 47 (2): También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Art. 128 (2): Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

El principio de legalidad se extiende, como no podía ser de otra forma, a la determinación del hecho imponible, según dispone el art. 8 de la Ley General Tributaria que entronca con lo dispuesto en el art. 31(3) de la Constitución pues no en vano solo la ley puede precisar cuándo se produce el origen del tributo, tal y como se desprende de la cita de conocidos y básicos principios como son los que se recogen en las normas que siguen.

1. En primer lugar, es de invocar lo que a tal efecto se dispone en la Constitución de 1978, en la que se indica:

Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, con arreglo a la Ley (art. 31, apartado tercero).

Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley, (art. 133, apartado tercero).

La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa y la seguridad jurídica, (art. noveno).

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103, apartado primero).

Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106, apartado primero).

Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los Órganos y Autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora (art. 29 de la Ley del Gobierno redactado por la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

2. En segundo lugar, es de mencionar la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en cuyo art. octavo se dispone que se regularán en todo caso por ley:

a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.

3. Y en tercer lugar, es de cita obligada la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, donde se dispone:

La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento Jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (art. quinto, apartado primero).

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa (art. sexto).

Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria, y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. octavo).

El principio de legalidad supone que es la ley la única fuente de la obligación tributaria o si se prefiere de la prestación coactiva que a título de impuesto hay que satisfacer a la Hacienda Pública.

2. ORIGEN Y FUNDAMENTO

La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2005, de 16 de enero se pronunció en los siguientes términos:

A este respecto, conviene recordar —dice el Tribunal Constitucional— que el presupuesto nace vinculado al parlamentarismo. En efecto, el origen remoto de las actuales Leyes de presupuestos hay que buscarlo en la autorización que el Monarca debía obtener de las Asambleas estamentales para recaudar tributos de los súbditos. Así, entre otros, baste recordar la garantía ofrecida por Pedro III, en 1283, a las Cortes Catalanas de Barcelona de no introducir nuevos tributos sin el consentimiento de ellas o, en un ámbito distinto al nuestro, la prohibición de la Carta Magna inglesa de 1215 que, en su art. 12, prohibía la existencia de tributos «sin el consentimiento del Consejo común». Como consecuencia directa de este principio de «autoimposición», surgió el derecho de los ciudadanos, no sólo a consentir los tributos, sino también a conocer su justificación y el destino a que se afectaban, derechos que recogió tempranamente la Bill of Rights de 1689, expresó claramente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 14) y estableció nuestra Constitución de Cádiz de 1812 (art. 131). Los primeros presupuestos, así pues, constituían la autorización del Parlamento al Monarca respecto de los ingresos que podía recaudar de los ciudadanos y los gastos máximos que podía realizar y en este sentido, cumplían la función de control de toda la actividad financiera del Estado.

Sin embargo, como precisó la doctrina más autorizada⁸, el consentimiento medieval de los impuestos dista mucho de expresar la voluntad de los llamados a contribuir. El

⁸ Me remito a «Reserva de Ley y Reglamentos en materia tributaria» del Profesor Palao Taboada en «Función Financiera de la Cortes Generales», Congreso de los Diputados (1981), así como a lo expuesto por el profesor Simón Acosta en «Reflexiones sobre los fundamentos de la legalidad y la reserva de Ley en el Derecho Tributario», integrante de la obra, *Tratado sobre la Ley General Tributaria, homenaje al Profesor Rodríguez Bereijo*. Editorial Thomson Aranzadi, volumen I (2010), págs. 299 y sgtes.; véase asimismo «Principio de Legalidad y reserva de Ley Tributaria; un apunte histórico y una reflexión actual del Profesor Calvo Ortega en Fernando Sainz de Bujanda», dentro de la colección «Maestros Complutenses de Derecho» (2003), y «La doble relatividad la de reserva de ley en materia tributaria, Doctrina constitucional» del Profesor Cubero Truyo, en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 109 (2001); y en relación con las restantes Haciendas Públicas, véase: «El principio de reserva de ley en la tributación medioambiental» del Profesor Escribano López, que forma parte del *Tratado de tributación medioambiental*, dirigido por el Profesor Cazorla Prieto, Editorial Aranzadi (2008) y, «El poder financiero de las Entidades Locales ante los princi-

Statutum de tallagium, por el que Eduardo I confirmó la Carta Magna en 1297, es muy significativo: «*Sine voluntate et consensu communi archiepiscoporum, episcoporum, comitum, baronum, militum, burgensium et aliorum liberorum hominum de regno nostro*». Faltaban precisamente los pecheros, los que carecían de privilegios e inmunidades tributarias. Atribuir a las Cortes de los monarcas absolutos cualquier atisbo de representatividad de los contribuyentes es fruto de lo que don Ramón Carande llamó «la versión romántica de las prerrogativas fiscales de las Cortes de Castilla», inspirada por doctrinas que surgieron en el contexto de la pugna entre absolutismo y liberalismo, que fueron «recibidas con general acatamiento»⁹.

El Tribunal Supremo se sigue haciendo eco de dicho origen¹⁰; así la Sentencia de 16 de Marzo de 2001, abordando además el fundamento de la «Reserva de Ley Tributaria», expuso que.

La Sentencia recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en numerosas Sentencias entre ellas las 19/1987 y 185/1995, que configura el principio de legalidad en materia tributaria, de singular relevancia histórica, como garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como garantía de libertad patrimonial y personal del ciudadano. En el Estado Social y Democrático de Derecho, la reserva cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del Poder Ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un Ente Público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos, cuenta para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes.

Ciertamente, el principio de colaboración reglamentario corre parejo con el respeto al principio de legalidad, y así lo ha afirmado también esta Sala con reiteración, pero esa colaboración, como dijo la Sentencia de 9 de julio de 1999, donde encuentra su campo y es más intensa es cuando en la definición de alguno o algunos de los elementos esenciales del tributo intervienen factores técnicos de compleja determinación.

Como se va a indicar, se ha seguido la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre incidió sobre el particular en estos términos:

Como hemos declarado en múltiples resoluciones, el principio de legalidad tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los Entes Públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de Ley se configura como una garantía de autoimposi-

pios de legalidad y de jerarquía normativa» del profesor Hernández Guijarro, en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 174 (2017).

⁹ Se ocupó ampliamente del tema el profesor Sainz de Bujanda en «Organización política y Derecho Financiero», *Hacienda y Derecho* (1962); sobre dicha obra y su conmemoración véase el n.º 169 de la *Revista Española de Derecho Financiero* (2016), donde se recogen las intervenciones habidas en la sede del Centro de Estudios Constitucionales, y en concreto las de los profesores Cazorla Prieto, Palao Taboada y Rodríguez Bereijo.

¹⁰ En la colaboración del Profesor Fernández Sarasola, en la obra *Propiedad e Historia del Derecho*; Centro de Estudios Registrales (2005), se expuso; así se observa, por ejemplo, en los Discursos que precedieron a dos textos constitucionales que trataron de asentarse (con mayor o menor falsedad) sobre un ropaje histórico: la Constitución de Cádiz y el Estatuto Real de 1834. En el Discurso Preliminar de la primera se señalaba que «las contribuciones eran [en Aragón] igualmente que en Castilla, otorgadas libremente por la nación reunida en Cortes». El texto en Agustín Argüelles, Discurso Preliminar leído en las Cortes al presentar ante la Comisión de Constitución el proyecto de ella, edición de Luis Sánchez Agesta, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 72. Por su parte, en la Exposición del Consejo de Ministros a S. M. la Reina Gobernadora, de 4 de abril de 1834, donde se señalaba que «fue también principio inconcuso del derecho público de España que no pudiesen imponerse contribuciones, pechos ni tributos. Sin el previo consentimiento de las Cortes del Reino». El texto en Raquel Rico Linaje, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1999 (3.ª ed.), pág.71; véase además: «La Financiación del Estado Español en el Siglo XVIII», de la profesora Mata Sierra, en *Crónica Tributaria*, n.º 119 (2006), pág. 111 y sgtes.

ción de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987). En el Estado Social y Democrático de derecho la reserva cumple sin dudas otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exigen el origen democrático del poder ejecutivo, continúa, siendo la de asegurar que cuando un Ente Público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos, cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes.

Por ello mismo, cuando la obligación que lleva aparejada el pago de la prestación es asumida libre y voluntariamente por el ciudadano, la intervención de sus representantes resulta innecesaria, puesto que la garantía de la autoimposición y, en definitiva, de su libertad patrimonial y personal queda plenamente satisfecha.

La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamada a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de la reserva de ley; por ello bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público.

En fin, el principio que nos ocupa es de aplicación general y se observa en todas las latitudes, y así se ha expuesto que: el principio básico es el de legalidad de la imposición (*nullum tributum sine lege*). Tiene dos raíces: una democrática y otra relativa a la seguridad jurídica. El componente democrático es el siguiente: el pueblo debe poder determinar por sí mismo, a partir de la representación popular, con qué tributos quiere ser gravado (*nullum tributum sine repraesentatione; no taxation without representation*). Los parlamentos se tenían antes como garantes de una carga tributaria lo más reducida posible. Sin embargo, hoy no defienden ya el ideal del Estado ahorrador, sino que —no raramente— pasan a ser el motor de prestaciones públicas que se incrementan constantemente y como consecuencia necesaria— de mayores impuestos. Antes el Parlamento sujetaba al ministro de Hacienda a frenar el gasto; hoy sucede al contrario. Además, por lo general hoy no se toman realmente en el Parlamento las decisiones sobre las leyes tributarias. Atendiendo a la cuantía de la carga tributaria, la Justicia tributaria material alcanza un significado determinante. Frente a las leyes tributarias injustas puede apelarse al Tribunal Constitucional; en cambio, es ilegítima la negativa a pagar impuestos mediante acción directa acudiendo al boicot fiscal, la huelga fiscal, la rebelión tributaria o la desobediencia tributaria. Tampoco existe un derecho a la resistencia fiscal basado en motivos de conciencia.

El principio de legalidad exige que tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas se fijen en la ley. Los créditos tributarios no pueden basarse en el derecho consuetudinario. El principio de legalidad se extiende también a los beneficios fiscales. La renuncia a los impuestos por motivos de equidad o simplificación requiere siempre un fundamento legal. Si se concede al obligado tributario un derecho de opción sobre las consecuencias jurídicas, es el propio obligado y no la ley quien decide sobre ellas.

Esto lesiona el principio de legalidad. No basta con que la ley tributaria pueda aplicarse, sino que ha de aplicarse y no puede quebrantarse el principio de legalidad de la tributación mediante acuerdos¹¹.

¹¹ La cita se contiene en «El Ordenamiento Jurídico Tributario» del profesor Tipke, versión española del profesor Herrera Molina que aparece en «I Jornada Jaime García Añoveros sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario», Instituto de Estudios Fiscales (2002), Documento 11/2002.

3. ÁMBITO

En el momento presente existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional¹², de la que es exponente la Sentencia 121/2005, de 10 de marzo, en la que se indica:

A este respecto, debe recordarse que, conforme a constante doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia tributaria exige que la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo debe llevarse a cabo mediante ley (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; y 150/2003, de 15 de junio, FJ 3.), También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley o siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (entre otras, SSTCC 185/1995 de 5 de diciembre, FJ 5 Y 150/2003 de 15 de junio, FJ 3, por ejemplo).

Interesa especialmente resaltar que el alcance de la colaboración del reglamento «estará en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas» (SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5; y 150/2003, de 15 de julio FJ 3). En este sentido, hemos puesto de manifiesto «el diferente alcance de la reserva legal, según se esté ante la creación y ordenación de impuestos o de otras figuras tributarias» (SJT 19/1987 de 17 de febrero, FJ 4) y en la misma línea hemos subrayado la especial flexibilidad de la reserva de ley tributaria cuando se trata de las tasas (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4); también hemos insistido sobre este particular al precisar que la colaboración del reglamento con la ley puede ser especialmente intensa en el supuesto de las contraprestaciones que, como las tasas, son fruto de la prestación de un servicio o actividad administrativa (STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5); y, en fin, en nuestros últimos pronunciamientos hemos venimos afirmando que resulta admisible una mayor intervención del reglamento en aquellos ingresos «en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas (SSTC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; y 63/2003, de 27 de marzo, FJ 4).

Establecido lo anterior, hay que aclarar, no obstante, que «la mayor flexibilidad de la reserva de ley tributaria respecto de las tasas y, en general, respecto de todas las prestaciones patrimoniales de carácter público a que se refiere el art. 31.3 de la Constitución no opera de la misma manera en relación con cada uno de los elementos esenciales del tributo» (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 9; y 150/2003, de 15 de julio, FJ 3). En esta misma línea hemos señalado que «la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo», sino que el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible» y es menor «cuando se

¹² Me remito a lo expuesto por los profesores Aguallo Avilés y Bueno Gallardo en sus comentarios al art. 31 de la Constitución, Editorial Wolters Kluwer (2009), así como a «Fundamento y ámbito de la reserva de ley en materia tributaria. Algunas reflexiones críticas al hilo de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español»; del profesor Báez Moreno, en *Crónica Tributaria*, n.º 133 (2009), pág. 50 y sgtes.; además y al entender de la profesora Alguacil Mari: «En todo caso, la aplicabilidad de la reserva de ley a los “pagos a cuenta” se postuló antes por la doctrina científica patria, abriendo la vía a una posterior discusión sobre el principio de capacidad económica. Así, en razón de que son prestaciones patrimoniales públicas, su sometimiento a la reserva de ley ya fue puesta de manifiesto muy tempranamente, respecto de la generalidad de «ingresos anticipados», por algunos autores, como Lejeune, y Falcón y Tella. Asimismo, el sometimiento a la reserva parece poder fundamentarse también con referencia a su carácter de elemento esencial del tributo, lo que la colocaría, adicionalmente, bajo el manto del artículo 31 (3) de nuestra Carta Magna. Nosotros habíamos postulado ambas razones para la aplicación de la reserva en varios trabajos de la década de los 90, en «La aplicación del principio de capacidad económica a los pagos a cuenta, en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 176 (2017).

trata de regular otros elementos», como el tipo de gravamen y la base imponible (STC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 7); en el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter público que se satisfacen por la prestación de un servicio o actividad administrativa, la colaboración del reglamento puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades-y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades. En cambio, esta especial intensidad no puede predicarse de la creación *ex novo* de dichas prestaciones ya que en este ámbito la posibilidad de intervención reglamentaria resulta sumamente reducida, puesto que sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imponibles y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso» (STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5)»¹³.

Sobre la doctrina expuesta, y referida a los supuestos contemplados en los artículos 31(3) y 133(1) de la Constitución, antes mencionados daremos cuenta de lo siguiente:

3.1. Hecho imponible

Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2011, de 19 de mayo:

En definitiva, si bien la creación del impuesto se llevó a cabo formalmente mediante ley, el inciso impugnado del art. 20.3 apartado s) del Ley de Haciendas Locales no satisface las exigencias del principio de reserva de ley, pues su hecho imponible, el elemento esencial más relevante de un tributo, no aparece suficientemente precisado y constituye reiterada y ya citada doctrina de este Tribunal Constitucional que «la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo», sino que «el grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible» (STC 221/1992, de 11 de Diciembre. FJ 7¹⁴).

3.2. Base imponible

El resultado de la cuantificación o medición del hecho imponible, también ha sido objeto de análisis jurisprudencial y así el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de mayo de 2001 expuso:

Efectivamente, si bien respecto del principio de reserva de Ley en materia tributaria, la Constitución se ha pronunciado de manera flexible y ha optado por incorporar una reserva relativa, que comprende la creación «*ex novo*» de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo, no es menos cierto que, en cuanto elemento

¹³ La doctrina constitucional quedó expuesta por el que fue *Magistrado de dicho Tribunal*, D. Rafael de Mendizábal Allende, en el Volumen V del libro homenaje *al Profesor García de Enterría* bajo el título *Las potestades constitucionales de la Hacienda Pública y su configuración jurisprudencial* Editorial Civitas (1991), reproducido posteriormente en los «Anales» de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, año 2008, págs. 333 y sgtes.

¹⁴ La insuficiencia normativa de los «precios públicos» exigidos por las autoridades portuarias dio lugar a una enorme conflictividad a la que me referí en la Presentación de la obra *Tasas Portuarias por Usos y Servicios*, dirigido por el profesor Lago Montero, Editorial Aranzadi (2013); véase asimismo «El concepto de tributo desde la perspectiva constitucional y la supresión del párrafo segundo, c) del artículo segundo de la Ley General Tributaria, del profesor Falcón y Tella, en *Quincena Fiscal*, n.º 12 (2011).

necesario para la determinación del importe de la cuota tributaria, también la base imponible, es un elemento esencial del tributo y, en consecuencia debe ser regulada por Ley.

Sin embargo, en ocasiones este elemento del tributo¹⁵ no es tratado con tanta rigidez; y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 2007, declaró:

Por lo que hace a la imputación infractora del principio de legalidad, contenido en el artículo 10.2 de la Ley 12/95, de 29 de Diciembre, al establecer: «Mediante Decreto, la Xunta determinará los supuestos en que sea de aplicación el régimen de estimación objetiva, los índices o módulos a utilizar en cada caso así como su valoración», ha de afirmarse: En primer término, que pese a que la Ley habla de estimación objetiva, a la vista del contenido de los artículos octavo y noveno del Decreto más bien puede hablarse de un modo principal de estimación directa y determinación de la base imponible regulado en el artículo octavo; y, en segundo término, otro modo supletorio, también de estimación directa establecido en el artículo noveno, pues la diferencia entre uno y otro método parece radicar más que en el modo de medición de la base imponible que en los aparatos medidores. En segundo lugar, la laxitud con que el Tribunal Constitucional viene interpretando este parámetro referente a la determinación de las bases imponibles y su fijación veda la obtención de la grave conclusión que las entidades recurrentes preconizan. En definitiva, la Sala considera que se está en presencia de una deficiencia técnica del texto legal, pero carente de la relevancia constitucional que se le atribuye.

Y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, manifestó:

En este caso concreto, el juicio sobre el grado de concreción del precepto cuestionado no puede efectuarse sin tener en cuenta la naturaleza de la figura regulada. El legislador ha previsto la realización de correcciones monetarias posibilitando así la práctica de una operación que, de otra manera, no podría llevarse a cabo. En la medida en que la aplicación de las correcciones monetarias se justifica en atención a las fluctuaciones del nivel de precios, es razonable que la Ley autorice al Gobierno para que éste aprecie cuándo concurren las circunstancias que justifican la práctica de las expresadas correcciones. Y es de observar, asimismo, que la heterogeneidad de los elementos intervinientes en este impuesto y lo imprevisible de su evolución en el tiempo determinan que el grado de concreción aquí exigible no puede equipararse al requerido con relación a otros elementos configuradores de la base, por lo que ningún reproche cabe hacer desde la perspectiva del principio de reserva de ley¹⁶.

¹⁵ Me remito a lo expuesto por Pérez Zuñiga en «La financiación de los gastos públicos y el principio de reserva de ley tributaria», en *Gaceta Fiscal* n.º 334 (2016); sobre la reserva de ley en relación con el impuesto municipal sobre el incremento de valor de los terrenos de Naturaleza urbana, véase lo expuesto por el Tribunal Constitucional en Sentencia 59/2017, de 11 de Mayo, y por el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias que aplican la doctrina anterior como la de 23 de octubre de 2018.

¹⁶ Previamente la Sentencia mencionada en el texto había expuesto: «En cuanto elemento necesario para la determinación del importe de la cuota tributaria, también la base imponible es un elemento esencial del tributo y, en consecuencia, debe ser regulada por Ley. No puede desconocerse, sin embargo, que en un sistema tributario moderno la base imponible puede estar integrada por una pluralidad de factores de muy diversa naturaleza cuya fijación requiere, en ocasiones, complejas operaciones técnicas. Ello explica que el legislador remita a normas reglamentarias la concreta determinación de algunos de los elementos configuradores de la base. Se hace así preciso determinar cuál es el ámbito de la regulación de la base imponible que debe quedar necesariamente reservado al legislador; análisis que debe llevarse a cabo en función de las circunstancias de cada caso concreto y a partir de la naturaleza y objeto del tributo de que se trata»; sobre la base imponible en el Impuesto sobre Sociedades y su remisión a las normas contables para la fijación de aquella»; véase: «Resultado contable y base imponible: Deslegalización, autodeterminación y delito fiscal», del profesor Ferreiro Lapatza, en *Quincena Fiscal*, n.º 8 (2007), que entre otras cosas expuso: « Es cierto que toda norma jurídica se construye con términos y conceptos en cierto sentido y siempre en cierta medida indeterminados. Todo lenguaje, todo término, todo concepto encierra un cierto grado de indeterminación. Pero es precisamente el grado de indeterminación lo que diferencia –también– al lenguaje contable del lenguaje fiscal. A la terminología téc-

3.3. Tipo de gravamen

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 221/1992, de 11 de diciembre, expuso:

De otra parte, la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo. El grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible. Asimismo, está reservado a la ley el establecimiento de beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado (art. 133.3 CE; STC 6/1983). Pero la concreción requerida a la ley es menor cuando se trata de regular otros elementos. Así, y con relación al tipo de gravamen, este Tribunal ha considerado que se trata de un elemento esencial en la definición del tributo cuya determinación corresponde necesariamente a la ley; sin embargo, cuando se está ante tributos de carácter local puede el legislador hacer una parcial regulación de los tipos, predisponiendo criterios o límites para su ulterior definición por la Corporación local a la que corresponderá la fijación del tipo que haya de ser aplicado (SSTC 179/1985 y 19/1987).

3.4. Beneficios fiscales

Procede aquí recordar el texto del artículo 133 (3) de la Constitución, a cuyo tenor:

Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de Ley¹⁷.

La doctrina recaída sobre el particular no ofrece lugar a dudas y, así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 2005, se expone lo siguiente:

Por otra parte, la creación de las exenciones tributarias está sujeta al principio constitucional de legalidad [cfr. art. 133(3) CE, art. 10 b) LGT/1963 y art. 8.d.) LGT/2003]; de manera que resultaría contrario a la exigencias del referido principio el establecimiento, la extensión o ampliación de un beneficio de tal naturaleza no contemplado en la correspondiente norma legal. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1983, de 4 de Febrero, ha declarado que, conforme a la Constitución (artículos 33.1, 86 y 133), «todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado debe establecerse por Ley», materia respecto a la cual rige, en consecuencia, de un modo absoluto, el principio de legalidad. Ello obedece a que la creación de beneficios fiscales supone una excepción al principio general de que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica».

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de junio de 2012, analizó la adición de un requisito no contemplado en la Ley 21/1974, de 27 de junio, de Investigación y Explotación de Hidrocarburos por parte del Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, y lo anuló con la siguiente argumentación:

nica de una y otra rama del derecho. De acuerdo con los distintos grados de libertad de acción o de comportamiento obligado que una y otra pueden y deben conceder a los destinatarios de sus normas. Y resulta obvio que el derecho fiscal no puede conceder la misma libertad en la determinación de la base a los sujetos pasivos del tributo que el derecho contable puede conceder a sus destinatarios en la determinación del resultado contable.

Parece, pues debemos concluir que, cuanto mayor es el papel del reglamento y más amplio el campo de opciones válidas del sujeto pasivo, cuanto más se abren las normas fiscales a la deslegalización y a la autodeterminación de la base, más nos alejamos de las exigencias nucleares del principio de legalidad.

La remisión al resultado contable no parece, en este sentido, lo más aconsejable para responder a las exigencias de dicho principio».

¹⁷ Véase el análisis de dicho precepto a cargo del profesor Casado Ollero en *Comentarios a la Constitución*; Editorial Wolters Kluwer (2000).

Pues bien, en el presente caso, se trata de restringir un beneficio tributario poniéndole un límite temporal para su efectividad, que no figura en la propia Ley, de la que parece inducirse (art. 47 D), que tal límite no es otro que el de la duración de la concesión, al referir al término de ésta la transferencia a la cuenta de resultados del correspondiente ejercicio económico del importe no invertido para su integración en la base impositiva como ingreso. Es, por otra parte, un requisito esencial del beneficio «factor de agotamiento», pues su efectividad dependerá de que la inversión se realice en un período más o menos largo, y no cabe duda que esta dimensión temporal sólo puede establecerla quien tiene la potestad tributaria plena.

No se está, por tanto, en alguno de los supuestos a los que se refiere el Tribunal Constitucional de flexibilización del principio de reserva de ley en materia tributaria, ya que consiste en la fijación de un plazo para la inversión cuya determinación no presenta una especial dificultad técnica que requiera la colaboración reglamentaria, sino que depende de la mera voluntad del legislador, el cual, en función de razones de política económica, puede o no establecerlo, como así se ha puesto de manifiesto en la Ley 43/1995 cuyo art. 114.1 lo establece «motu proprio», sin ningún tipo de remisión al reglamento.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso, sin que sea necesario examinar los restantes motivos, que se han formulado con carácter subsidiario respecto del primero.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 27.3 de la Ley Jurisdiccional procede declarar la nulidad del último inciso del artículo 47.D del Real Decreto 2362/1976, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Hidrocarburos, que dice «en el plazo de cinco años»¹⁸.

3.5. Las tasas

Sobre esta materia existe una consolidada doctrina por la cual el carácter limitado de este principio, que admite la colaboración del reglamento, ofrece una especial manifestación en las tasas por su carácter de tributos exigidos «con contraprestación», y estar presentes elementos del negocio jurídico sinalagmático; esto se extiende a los precios públicos; y así la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2000, de 4 de mayo, expuso: «La reserva de los art. 31.3 y 133 CE no es absoluta, sino que permite la colaboración como los precios públicos que, sin dejar de ser prestaciones impuestas, responden a un esquema sinalagmático». La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha ocupado de ello en Sentencias de 20 de diciembre de 2006, 13 de septiembre de 2007 y 24 de septiembre de 2008, entre otras; el carácter sinalagmático de la tasa es el reverso de la definición de impuesto que es un tributo exigido «sin contraprestación»; así se sigue disponiendo en el art. 2.2. a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria¹⁹.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2011, de 23 de noviembre, contempló el supuesto de creación por ley autonómica de un supuesto de exención no regulado en la Ley estatal; la declaración de inconstitucionalidad discurre de la forma siguiente: «El artículo 59.2, segundo inciso, de la Ley del patrimonio cultural catalán ha establecido una exención en el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, aplicable a las obras que tengan por finalidad la conservación, la mejora o la rehabilitación de monumentos declarados de interés nacional y las exenciones son uno de los elementos fundamentales del tributo sometidos al principio de reserva de ley, de modo que, si como acabamos de transcribir la reserva ha de operarse necesariamente a través del legislador estatal, debemos concluir, también por esta vía, que sólo la ley estatal está llamada a cumplir este requisito, y no una ley autonómica como es la Ley del patrimonio cultural catalán. En definitiva, como alegan el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, debemos estimar la cuestión de inconstitucionalidad y declarar inconstitucional el inciso segundo del artículo 59.2 de la Ley del patrimonio cultural catalán por vulneración del orden constitucional de distribución de competencias».

¹⁹ Me remito a lo que expuse en «La Tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la doctrina de los Tribunales de Justicia» en *Cuadernos de Derecho Registral*, «Colegio Nacional de Registra-

3.6. Otras cuestiones

Bajo este epígrafe damos cuenta de lo siguiente:

3.6.1. Las presunciones

En la actualidad están cubiertas con el principio de legalidad las que no admiten prueba en contrario, pues así se contempla en el art. 8.a) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria; la conclusión expuesta ya se desprendían del parecer del Tribunal Supremo que en Sentencia de 14 de febrero de 2006 manifestó:

Frente a lo anterior, no caben aceptar las alegaciones del Abogado del Estado. Es cierto, como señala dicha representación estatal, que en la nueva Ley General Tributaria sólo rige el principio de reserva legal para las presunciones iuris et iure, pero no lo es menos que en la anterior normativa, aplicable al presente caso, nada decía el artículo 10 de la Ley de 1963, refiriéndose al 118 de la Ley, y de ahí la conclusión a que llegó esta Sala en relación con el art. 78.2 del Reglamento de 5 de Febrero de 1999, que ha de afectar también al texto del Real Decreto de 30 de Diciembre de 1991, al no existir diferencias sustanciales en el contenido.

3.6.2. La delimitación con las técnicas de interpretación

A ello se refirió el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 8 de febrero de 2013 expuso:

1.— Sostiene el recurrente que se vulneran una serie de principios tributarios y de forma especial el principio de reserva de ley. Sin embargo, es claro, como advierte el Abogado del Estado que el principio de reserva de ley tributaria (art. 8.º de la LGT) opera en el campo de las fuentes del ordenamiento tributario (art. 7.º de la LG), de las normas tributarias (esa es la rúbrica del capítulo 11 del título I de la LGT) mientras que aquí nos encontramos ante un puro problema de interpretación de normas con rango de Ley como acabamos de exponer. Por ello mismo, nos encontramos ante una mera cuestión de interpretación y aplicación de normas sin que tampoco exista vulneración de los principios de seguridad jurídica, legalidad, capacidad económica e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de la Administración. Si se sostuviese la tesis del recurrente, existiría vulneración de esos principios cada vez que la Administración efectuase una interpretación de las normas tributarias que no fuese ajustada a Derecho. En definitiva, nos encontramos ante una cuestión de interpretación acerca del modo en que han de efectuarse las recuperaciones de determinadas eliminaciones correspondientes a diversas entidades del grupo fiscal Deutsche Bank, que es la cuestión que hemos analizado en este motivo.

Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2018, en la que se expone:

— «Esa infracción se habría cometido, según el escrito de interposición, por cuanto en base a la potestad interpretativa reconocida a la administración en el art. 13 LGT» se transgre-

dores de la Propiedad y Mercantiles de España» (2011); véase asimismo «Reserva de ley y tributos municipales. Auto del Tribunal Constitucional 123/2009 de 13 de Abril», del profesor Checa González, en *Quincena Fiscal*, n.º 18 (2009), págs 77 y sgtes; véanse asimismo las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 y 19 de Junio de 2017, por las que, entre otras cuestiones de interés, se declara que no infringe el principio de reserva de ley el Real Decreto 1004/2010, de 5 de Agosto, por el que se desarrolló la Ley de 8/2009, de 28 de Agosto, sobre financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

de la línea infranqueable constitucionalmente, de reserva de ley para determinar con claridad y transparencia la tipicidad del hecho imponible» y de todo ello resulta que a mejor conveniencia de la administración, y sin respetar los principios esenciales de tipicidad tributaria, y de despliegue de plena eficacia de los negocios jurídicos formalizados conforme a derecho, se ha aplicado al beneficio obtenido por una compraventa de participaciones, el tratamiento tributario de una reducción de capital. Todo ello, sin haberse solicitado la nulidad de la operación mercantil, como hubiera sido lo propio y exigible, para evitar los efectos jurídicos tributarios de la misma.

— «Como recuerda la parte recurrida la potestad de calificación de los actos realizados por el obligado tributario para determinar el verdadero hecho imponible no es contraria a los artículos 31 y 133 CE, ni al principio de seguridad jurídica. En virtud de la calificación la Administración no se convierte en legislador sino que determina (califica) si existe o no un determinado hecho imponible, previamente establecido por las normas jurídicas, aplicando el régimen tributario que resulta de ellas.

4. LA COLABORACIÓN DEL REGLAMENTO

Ya se ha expuesto que la reserva de ley no es absoluta y que se permite la colaboración del reglamento; las relaciones habilitantes entre la ley y el reglamento constituyen una cuestión constantemente suscitada y analizada.

Reiteradamente se ha dicho que es manifiesto que los reglamentos ejecutivos son normas subordinadas a la ley y responden a una exigencia: completar y desarrollar la ley que los habilita «*ad exemplum*» (Sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 y 4 de mayo de 1982 y Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 1993, 28 de octubre de 1995, 5 de diciembre de 1996, 28 de enero y 19 de febrero de 1997 y 5 de diciembre de 1998).

La potestad reglamentaria participa, en la elaboración del ordenamiento jurídico, en el que se integra la norma reglamentaria una vez elaborada, dicha potestad no es incondicionada sino, que está sometida a la Constitución y a las leyes (art. 97 de la Constitución).

Este sometimiento es el fundamento del control jurisdiccional, en el que se ponderan las relaciones del reglamento con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, muy singularmente con la ley que desarrollan en el caso de los reglamentos ejecutivos, así como con los principios generales, del derecho y con la propia doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 1.6 del Código Civil y siempre en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución.

Si bien los reglamentos independientes son, por definición, los que se presentan más acusadamente como innovadores del ordenamiento, también los reglamentos ejecutivos pueden serlo en el sentido de incorporar reglas que en la ley están enunciadas o implícitas y pueden aclarar conceptos de la ley que sean imprecisos; en otros términos, el reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento.

Sería absurdo, en efecto, partir de la consideración de que un reglamento ejecutivo no puede ser innovador, ya que de ser así su utilidad mermaría considerablemente y el propio ensamblaje con la ley se resentiría. Las innovaciones, obviamente, requieren que se cumplan dos condiciones: que exista habilitación legal, en forma de la ley previa que

desarrollar, y la *segunda* que la innovación no rebase los términos de la habilitación, yendo en contra de los preceptos de la ley habilitante o del resto del ordenamiento.

Precisamente la invasión reglamentaria de aspectos cubiertos por la reserva de ley tributaria, es la que ha dado lugar a la intervención del Tribunal Supremo, anulando los preceptos en que se incide en nulidad de pleno derecho; el recurso directo contra la norma reglamentaria y la eventualidad de su anulación hace que en el momento presente las leyes tributarias reguladoras de cada tributo tengan una amplitud considerable, no así los Reglamentos dictados en desarrollo de las mismas²⁰.

4.1. El control de la potestad reglamentaria

Conviene señalar que tal actividad reglamentaria está subordinada a la ley en sentido material (art. 97 de la Constitución y 128 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre) en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indican los citados artículos 47 (2) y 128 (2) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Gobierno tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales, de carácter público; desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (arts. 22 y ss. de la Ley del Gobierno en redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como a la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 de la Constitución), según establece el art. 29 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

²⁰ Podemos citar como ejemplo la privación de efectos de determinados preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentado aprobado por Real Decreto, 828/1995, de 29 de mayo; y así se anularon por Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1997, el art. 88.I.B; de 3 de noviembre de 1997, los artículos 39, 53,59, 62 (b), 64 (5), 70(4), 71, 75; de 5 de Diciembre de 1998 (dos) los artículos 2(4), 29 y 94(2) y 18 de enero de 2006 el art. 75 (6); me ocupé de los preceptos anulados en: «La armonización fiscal en el Impuesto sobre Operaciones Societarias» integrante de la obra: «Justicia y Derecho Tributario», Libro Homenaje al Profesor Julio Banocloche Pérez. Editorial la Ley (2008) págs.667 y sgtes.; asimismo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009, se recuerda que para obviar esta deficiencia, el Reglamento del Impuesto, aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, en su art.29, dispuso que» En las adjudicaciones expresas de bienes y derechos que se realicen en pago de la asunción por el adjudicatario de una deuda al adjudicante se le exigirá el impuesto por el concepto de adjudicación en pago de deudas «, pero esta Sala, en Sentencia de 5 de diciembre de 1998, resolviendo un recurso directo contra el citado Real Decreto, tras analizar las figuras de la dación en pago y para pago de deudas y de la dación en pago de asunción de deudas, declaró nulo el art.29, por entender que contravenía el principio de reserva de ley, al recoger el art. 7 de la Ley del impuesto, que establece los diferentes hechos imposables, solamente «las adjudicaciones en pago de deudas», omitiendo toda referencia a las adjudicaciones para asunción de deudas»; además el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de octubre de 2018, declaró que el art.70, apartados 1,2, del Reglamento del Impuesto relativo a la declaración de obra nueva y constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no infringen la reserva de ley; por último podemos aludir a las Sentencias del Tribunal Supremo de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, que anulan el art. 68 apartado segundo del Reglamento del Impuesto que atribuía las condición de sujeto pasivo en los documentos notariales, cuota gradual en relación con los préstamos hipotecarios al prestatario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2018, se pronuncian de modo definitivo sobre esta cuestión, si bien el Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, atribuye la condición de sujeto pasivo al banco prestamista; véase «El mal llamado Impuesto sobre las hipotecas» del profesor Tejerizo López, en *Boletín Informativo Tributario*. Registradores de España n.º 225 (2018).

Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 29 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, redactado conforme a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto el ordenamiento, que incluye los principios generales del derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la ley reguladora de dicha jurisdicción²¹, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, según la cual:

Además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del Reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.

Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 de la Constitución, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos principios en su doble función legitimadora y de integración del Ordenamiento Jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho Ordenamiento.

En la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 de la Constitución. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno²² es titular de la potestad reglamentaria (art. 97 de la Constitución y 22 de la Ley del Gobierno, en la redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).

²¹ A cuyo tenor: «Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido direccional de los actos anulados».

²² En la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de Mayo, tras invocar lo expuesto por el artículo 97 de la Constitución, se aclaró que «resulta por tanto rechazable el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferírle válidamente a otros Órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria del Gobierno, por ser originaria, no excluye la posibilidad de delegaciones singulares»; me ocupé de ello en «La potestad reglamentaria de los Ministros:

No quedaría completo el análisis que venimos realizando sin hacer mención de lo dispuesto en el art. 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, a cuyo tenor y bajo la rúbrica de «Principios de buena regulación» se expone:

En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia. En la exposición de los motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente de un anteproyecto de Ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.

En el mencionado precepto se contiene una referencia expresa a dichos principios, que servirán para verificar si impugnada una norma reglamentaria por dicho motivo, la norma se ajusta a la «buena regulación», que es una de las novedades más importantes que ofrece la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y que los Tribunales de Justicia deberán dar respuesta, como importante reto.

4.2. Los motivos de nulidad

El análisis de la nulidad de los preceptos reglamentarios por infracción del principio de reserva de Ley no excluye concurran otros motivos de impugnación, y en particular la ausencia del dictamen previo del Consejo de Estado a la aprobación de la norma por el titular de la potestad reglamentaria; y así la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 2009 recuerda que:

Debe en consecuencia declararse la nulidad de la norma impugnada, sin que se oponga a esta conclusión, ni, en primer lugar, la Sentencia de esta Sala de 14 de Abril de 2003, citada por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, pues no se contempla en ella un caso similar al presente, habida cuenta de que lo que en ella se examinaba era un Acuerdo del Consejo de Ministros carente de naturaleza de reglamento o disposición general, como el que aquí se examina, ni, en segundo término, la Jurisprudencia que en su escrito de conclusiones cita como superadora del dictamen del Consejo de Estado, pues dicha Jurisprudencia ha sido rectificada por la más moderna recogida, entre otras, en la de 17 de Enero de 2000 y las que en ella se citan, en la que se expresa.

Que dicho Órgano Consultivo cumple un control preventivo de la potestad reglamentaria para conseguir que se ejerza con ajuste a la Ley y al Derecho. No es correcto pues volatilizar esta cautela previa que consiste en el análisis conjunto de cada disposición general mediante su confusión con el control judicial posterior, configurado en el artículo 106 CE, casi siempre casuístico o fragmentario y siempre eventual. La intervención del Consejo de Estado no se queda, por tanto, en un mero formalismo, sino que actúa como una garantía preventiva para asegurar en lo posible la adecuación a Derecho del ejercicio de la potestad reglamentaria.²³

especial referencial al ámbito tributario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, volumen II (1979); además de lo expuesto y sobre la ejecución de la potestad reglamentaria mediante orden autonómica, véase lo expuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de mayo de 2018; en todo caso recuérdese que a tenor de lo que se dispone en el art. 129(4) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: «Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las Consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados a ellos tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante».

²³ Cuestión de indudable interés es la relativa a si el Consejo de Estado ha de intervenir en el ejercicio de su función consultiva con carácter previo a la aprobación de un Reglamento autonómico en desarrollo de una disposición legal; y así y con relación al «Impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente» de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de octubre de 1999, expuso: «Tratándose de reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo de leyes autonómicas, también se regis-

4.3. La reserva reglamentaria

Por último, también se impugna, al mayor rango, la posible infracción de una denominada «reserva reglamentaria» ausente en nuestro derecho²⁴; y, así, el Auto del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2007 expuso:

Pues bien, dado que el órgano judicial planteante de la cuestión anuda esta segunda queja exclusivamente a la estimación de la primera y que este Tribunal no ha apreciado la inconstitucionalidad de la norma por el motivo anterior, tal circunstancia bastaría para desestimar este segundo motivo de la cuestión. Ahora bien, ello no obsta para realizar alguna precisión más sobre la cuestión planteada, pues es doctrina de este Tribunal la de que «no resulta en principio contrario a la Constitución que el legislador asuma una tarea que antes había encomendado al poder reglamentario», pues «nuestro sistema constitucional desconoce algo parecido a una reserva reglamentaria, inaccesible al poder legislativo», razón por la cual, «la Ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario», «lo que en modo alguno vulnera el art. 24.1 CE» (SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 15; y 248/2000, de 19 de octubre, F. 5).

Ello se reitera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2015, de 5 de febrero, a cuyo tenor:

En lo que respecta a las concretas alegaciones formuladas por el recurrente, hemos de coincidir con el Abogado del Estado, en que no existe en nuestro Derecho la denominada reserva reglamentaria, y, en consecuencia, no hay impedimento constitucional para que una norma de rango legal incluido el decreto ley pueda entrar en la regulación de materias que en principio no se encuentran reservadas a la ley. Como hemos señalado reiteradamente, «no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, de manera que el legislador no tiene vedada la regulación de materias que no le estén materialmente reservadas, de suerte que, dentro del marco de la Constitución y respetando sus específicas limitaciones, la ley puede tener en nuestro Ordenamiento cualquier contenido y en modo alguno le está vedada la regulación de materias antes atribuidas al poder reglamentario» (por todas, STC 120/2014, de 17 de julio, FJ 8).

4.4. La deslegalización

A la misma se refiere el artículo 82 de la Constitución, en cuyo apartado sexto se dispone que:

traron vacilaciones, pues si parecía no haber dudas en orden a los reglamentos autonómicos que desarrollan leyes estatales, éstas volvían a plantearse cuando se trataba de reglamentos ejecutivos correspondientes a Leyes Autonómicas. Dichas vacilaciones concluyeron con las Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo y 204/1992, de 26 de Diciembre según las cuales, en el procedimiento de elaboración de Reglamentos ejecutivos, las Comunidades Autónomas han de requerir el dictamen del Consejo de Estado, cuando no dispongan de un órgano consultivo semejante al Consejo de Estado, determinando la ausencia de ese dictamen la nulidad de la disposición aprobada. Dicha doctrina encontró reflejo inmediato en la Jurisprudencia de esta Sala, como puede verse en la Sentencia de 17 de noviembre de 1995 dictada en un recurso extraordinario de revisión y además y como recordó la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1999, en relación con esta misma cuestión:» esta Sala, en reiteradas sentencias que forman ya un auténtico cuerpo de doctrina, ha declarado que son contrarias a Derecho las liquidaciones derivadas del impuesto referido, basándose simplemente en la ilegalidad del Reglamento y de la Orden habilitantes de la exacción del mismo, según consta en las Sentencias de 3 de Junio de 1996 4 de mayo, 27 de octubre y 30 de octubre de 1999».

²⁴ Véase «La reserva reglamentaria y la Constitución española» de Díez Moreno en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*; Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales Volumen II (1979) págs. 623 y sgtes., así como *Reserva de Ley estatal y autonomía tributaria. Cuestiones Conflictivas*, del profesor Calvo Végez: Editorial Dickinson (2009).

Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales las leyes de delegación podrán establecer en cada caso formulas adicionales de control.

La delegación legislativa ha sido conceptualizada doctrinalmente como una delegación recepticia (de modo que las normas producto de tal delegación adquieren la naturaleza de la ley delegante en aquello en que no desbordan el marco o límite de la misma), en cuyo ejercicio el Gobierno no puede realizar ninguna alteración o modificación de las materias a refundir que no esté autorizada expresamente por la norma delegante²⁵.

El control en sede contencioso-administrativa del ejercicio de la legislación delegada, ha sido reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, así, la Sentencia de 19 de junio de 2001 analizó si el Real Decreto Legislativo 30/1980, de 30 de diciembre, se ajustaba a la ley de delegación, Ley 32/1980, de 21 de junio, DEL Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, exponiendo que:

La idea de delegación recepticia (traducida en un Real Decreto Legislativo) lleva implícita la posibilidad de un «juicio ultra vires», es decir, de un juicio de los excesos de la delegación en que haya podido incurrir el Real Decreto Legislativo, juicio que los Tribunales no sólo pueden sino que deben ejercitar.

En dicha doctrina insiste la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2008, al indicar:

El distinto planteamiento de las partes es básico pues la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contenciosa, tratándose de Decretos Legislativos, se reduce a comprobar si el Decreto Legislativo impugnado excede los límites de la delegación.

La Jurisprudencia tiene declarado que los decretos legislativos, amparados en una Ley formal habilitante, permiten un control judicial (al que se refiere el artículo 82.6 de la Constitución), siquiera limitado a comprobar si el uso de la habilitación se ha ceñido a los términos de la ley, lo que requiere tanto el examen de los requisitos extrínsecos de la habilitación como del fondo, con el resultado de que el exceso que pudiera apreciarse en la delegación recepticia no tiene el rango de norma legal, que sólo alcanza intra vires al desarrollo de las bases de Ley habilitante, sino el de una disposición administrativa que, como tal, se sitúa bajo el control jurisdiccional conforme al artículo 106.1 CE y el artículo 9.4 LOPJ (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1993. Lógicamente ese exceso podría ser también objeto de control administrativo por la vía de la revisión de oficio²⁶.

²⁵ Me ocupé del tema en el «Enjuiciamiento de los actos y de las normas emanadas de la Hacienda Pública a la luz de la Constitución»; en *Hacienda y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales (1979), págs. 201 y sgtes.; véase asimismo. «La revisión jurisdiccional de los decretos legislativos en materia financiera y tributaria» de la profesora Litago Lledó en *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*, volumen I (2005), págs. 1073 y sgtes.; en cuanto al ámbito del Decreto-Ley en la materia que nos ocupa, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 4 de febrero de 1983, limitó su utilización a los ámbitos no contemplados por la reserva de Ley y a partir de su Sentencia de 28 de octubre de 1997, el citado Tribunal matizó su doctrina, pues lo relevante pasa a ser «en qué tributo concreto incide el Decreto Ley —constando su naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o medida en que interviene el principio de capacidad económica—, qué elementos del mismo resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate».

²⁶ El Tribunal Constitucional en Sentencia 56/2016, 17 de mayo tiene declarado que: Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, la reserva de ley «no excluye ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador» (STC 83/1984, de 24 de julio en el mismo sentido, SSTC 225/1993, de 8 de julio, FJ 6; 18/2011, de 3 de marzo, FJ 9, y 233/2015, de 5 de noviembre FJ 3). Esta doctrina, aunque está establecida en relación con materias que están reservadas a la ley por la Constitución, resulta plenamente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa».

Idéntica conclusión se desprende de lo expuesto por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2017, en la que tras dar cuenta del ya citado artículo 82(6) de la Constitución expuso:

La mención a la «competencia propia de los Tribunales» ha suscitado la duda de cuál puede ser el tipo de control que cabe que hagan los Tribunales ordinarios, dado que, como los decretos legislativos son normas con fuerza de ley y están sometidos al control de constitucionalidad, el control primigenio corresponde al Tribunal Constitucional (art. 161.1.a CE), al que, en su caso, podrán elevar los tribunales ordinarios las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad (art. 163 CE).

El Tribunal Constitucional ha acogido la posibilidad de un doble control tanto por los tribunales ordinarios como por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 51 /1982, de 19 de julio; 47/1984, de 4 de abril; 51 /2004, de 5 de julio; y 166/2007 de 4 de julio). Así, establece que cuando los decretos legislativos incurren en excesos en el ejercicio de la potestad delegada (decretos legislativos ultra vires), o en cualquier otro vicio, vulneran la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional sería el único competente para enjuiciar con tal criterio dichos decretos. Pero también permite que los excesos de la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos puedan ser conocidos por la jurisdicción ordinaria, por lo que correspondería al juez ordinario no aplicar los decretos legislativos en aquellos puntos en que la delegación hubiera sido excedida, o, para ser más precisos, el juez ordinario no debería conceder al exceso valor de ley, sino únicamente de reglamento, con lo cual podría entrar a valorarlo y proceder a su inaplicación, conforme a lo previsto legalmente.

Es decir, un decreto legislativo, si es correcto, tiene fuerza de ley, pero cuando la delegación ha sido excedida en todo o parte, se trata de una norma que, en todo o parte de ella, no puede tener ya fuerza de ley, pero sigue siendo una norma jurídica emanada del Gobierno, es decir un decreto sin más, que tiene un valor reglamentario. Y las normas reglamentarias sí que pueden ser enjuiciadas directamente por los tribunales ordinarios.

Esta jurisprudencia constitucional fue asumida legislativamente por el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al indicar que:

Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

Previsión que ha de ser complementada con lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial:

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Así como lo dispuesto en el ya citado artículo 29 de la Ley del Gobierno, en la redacción procedente de la Ley 40/2015, de 1 de octubre:

Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los órganos y Autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.

5. LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS

La relación de los mismos con el principio de reserva de ley es en la actualidad una cuestión pacífica, pero hasta llegar a ella hizo falta que por la Jurisprudencia se aclararan los conceptos, y en particular el significado y alcance de las normas mencionadas en el epígrafe.

Ante todo recordemos²⁷ que a tenor de lo expuesto en el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

El Reglamento tendrá un alcance general, será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

Los reglamentos no precisan, a diferencia de las directivas²⁸ desarrollo normativo en ninguno de los Estados miembros, y en el orden que nos ocupa es de aplicación en materia de derechos de aduanas y percepciones ligadas al comercio exterior, así como a ciertas exacciones derivadas de la política agrícola común, tal y como acontece con la denominada «cuota láctea²⁹, amén de otros supuestos³⁰.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 de junio de 2008, expuso que la regulación de una percepción por reglamento comunitario³¹ no infringe el principio de reserva de ley, al precisar que la tasa suplementaria de la leche es un mecanismo de control de la producción lechera, establecido por la Unión Europea para todos los Estados miembros desde el año 1984, con el objeto de reducir el desequilibrio entre la oferta y la demanda de leche y de productos lácteos, así como los consiguientes excedentes estructurales. Por ello, el Reglamento de la CEE 856/1984 modificó la organización común de los mercados de éste sector, mediante la creación de la tasa suplementaria.

Esta tasa o mecanismo de control de la producción lechera supone la determinación de una cantidad global para toda la comunidad, que constituye el umbral de garantía para la producción lechera. Dicha cantidad se distribuye entre los Estados miembros, en función de las cantidades de leche entregadas en su territorio durante años anteriores y, a su vez, cada Estado miembro distribuye la cantidad garantizada entre sus productores, asignándoles una cantidad de referencia individual, denominada «cuota lechera». La superación de la cantidad de referencia o cuota lechera, genera la obligación por parte de los productores, de pagar la tasa suplementaria, destinada a financiar el gasto generado por la comercialización de los excedentes y dicho pagos se efectúan por el productor o

²⁷ Me remito a mi monografía «Fuentes del Ordenamiento Europeo y cuestión prejudicial», *Cuadernos de Derecho Registral*, (2016) y a las consideraciones que sobre la misma expuse en la Revista *Registradores de España*, n.º 79 (2017).

²⁸ Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2014, de 7 de octubre: «Ello significa que la Directiva va a ser desarrollada por cada Estado destinatario y no por una posterior norma europea, de manera que deberá establecer en su texto todas aquellas determinaciones que se consideren necesarias para la consecución del objetivo a alcanzar, sin perjuicio de que se puedan delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo (art. 290.1 TFUE). No hay aquí, por tanto esquema similar al existente en nuestro Ordenamiento que permite regular una materia a través del binomio ley-reglamento de desarrollo».

²⁹ Véase «Problemática generada en torno a la tasa suplementaria en el sector de la leche y los productos lácteos en los ámbitos comunitario e interno», de la profesora García Carretero, en *Quincena Fiscal* n.º 5 (2014).

³⁰ Me remito a «La obligación de entrega de derechos de emisión de CO₂: problemática constitucional derivada de su origen comunitario»; de Aura y Larios de Medrano, Bilbao Estrada y Marco, en *Crónica Tributaria*, n.º 128 (2008) págs. 9 y sgtes.

³¹ Me ocupé del tema en «Los Reglamentos comunitarios en la doctrina del Tribunal Constitucional italiano», en *Noticias, CEE*, n.º 12 (1986), págs. 68 y sgtes.

el comprador de la leche, con derecho de repercusión sobre el productor, dependiendo de la elección hecha por cada Estado miembro.

Así las cosas, esta Sala –Sentencias entre otras de 28 de abril y 30 de junio de 2004) y 27 de septiembre de 2005, esta última dictada en el recurso de casación 4686/2000— viene configurando la tasa suplementaria como una «exacción parafiscal» en cuanto supone percepción coactiva cuyo producto se afecta a un fin determinado, sin tener reflejo en el Presupuesto del Estado. Y respecto de ella, el Derecho Comunitario impone una especial configuración del principio de legalidad, pues tal como se ha indicado en las Sentencias antes referidas, las exigencias del principio de reserva de la Ley se cumplen con la cobertura del Reglamento Comunitario. A tal efecto, se ha afirmado: «1.º) Que el artículo primero del Reglamento 3950/92 del Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de Diciembre de 1992, establece: «A partir del 1 de Abril de 1993 y durante siete nuevos períodos consecutivos de doce meses, se establece una tasa suplementaria con cargo a los productores de leche de vaca por las cantidades de leche o de equivalentes de leche que se entreguen a un comprador o se vendan directamente para su consumo durante el período de doce meses en cuestión y que sobrepasen la cantidad que se determine. La tasa se fija en el 115% del precio indicativo de la leche».

Precepto que, por tanto, contiene el establecimiento de la exacción, su cuantía y el sujeto pasivo. La doctrina del efecto directo del Derecho Comunitario en nuestro derecho interno impide, que pueda hablarse de ausencia de norma interna que regule la exacción. La norma comunitaria, que es un reglamento, excluye que pueda argumentarse con la inexistencia de norma que da cobertura a la exacción, y más cuando esa norma comunitaria regula los elementos esenciales de ésta³².

6. LAS NORMAS FORALES

Con motivo de la impugnación de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero³³, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 118/2016, de 23 de junio, tuvo que esclarecer la relación de las normas forales con el principio de reserva de ley, y lo hizo en los siguientes términos:

Conforme a lo que antecede, el sentido que hay que reconocer en la reserva de ley prevista en materia tributaria, que se dirige a preservar tanto la paridad básica de posición de todos los ciudadanos (art. 139.1 CE) como la unidad misma del ordenamiento (arts. 1.2 y 2 CE), no puede entenderse desligado de la garantía de la foralidad que la Constitución consagra, que garantiza un régimen tributario propio en los territorios forales. La forma de conciliar aquella exigencia constitucional de la «reserva de ley» para establecer tributos (arts. 31.3 y 133 CE) con la potestad reglamentaria de los territorios históricos para establecer y exigir sus propios tributos (disposición adicional primera CE), se produce mediante la intervención del Estado

³² La doctrina se ha ocupado del tema siendo de mencionar entre otros «El Derecho comunitario y la reserva de ley», de la profesora Pita Grandal, en *Primeras jornadas metodológicas Jaime García Añoveros*, anteriormente citada; véanse asimismo los trabajos del profesor Calatayud Prats «El principio de reserva de ley tributaria y el Derecho financiero derivado comunitario» en *Revista General del Derecho europeo* n.º 30 (2013) y «El principio de reserva de ley tributaria y el derecho comunitario: Comentarios a la Sentencia 100/2012, del Tribunal Constitucional».

³³ A cuyo tenor: «Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley».

que, a través de su potestad legislativa en la materia, configura un sistema tributario único y lo dota de contenido, para que, a continuación y bajo la cobertura de las leyes estatales reguladoras de cada tributo, las Juntas Generales hagan realidad su potestad tributaria a través de sus propias disposiciones normativas.

En suma, aun cuando la Constitución autoriza a los territorios históricos a establecer y regular su propio régimen tributario, han de hacerlo tanto en el marco de la Constitución y del Estatuto de Autonomía (disposición adicional primera), como de acuerdo con las previsiones del concierto económico (art. 41.1 EAPV) y de las leyes del Estado en materia tributaria [art. 41.2 a) y c) EAPV], las cuales no son «meramente habilitadoras para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente solo corresponde al Estado», sino también, como hemos señalado con anterioridad, son «leyes ordenadoras» de los tributos que integran aquel régimen tributario propio, «porque la Constitución encomienda aquí al legislador no solo el reconocer un ámbito de autonomía al ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 31.3)» [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 c), respecto de los tributos locales]. Procura así la Constitución garantizar «que el ejercicio del poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de «un sistema» tributario en los términos exigidos por el art. 31.1 CE» (SSTC 120/2012, de 4 de junio, FJ 4; y 85/2013, de 11 de abril, FJ 3), integrando las exigencias de la reserva de ley estatal y de la autonomía foral, que no está carente de límites, no solo por el mismo carácter derivado del poder tributario de los territorios históricos, sino también porque «como no podía ser de otro modo, la autonomía hace referencia a un poder necesariamente limitado» [SSTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 8; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 b)].

7. LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO

Es sabido que el artículo 31, apartado tercero, de la Constitución no concreta el principio de reserva de ley con referencia a los tributos, sino a las prestaciones patrimoniales públicas, por lo que es preciso indagar en torno a su naturaleza, a su relación con el tributo y a los ámbitos comprendidos dentro de la reserva de ley.

7.1. Naturaleza

Como ha quedado expuesto, el primero de los criterios que se abordaron por la doctrina fue el de su naturaleza; y en tal sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de abril, declaró:

Lo decisivo a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación³⁴.

³⁴ Como expuso el profesor Falcón y Tella al comentar la Sentencia: «El verdadero sentido de la Sentencia no puede ser el de negar la posible existencia de precios públicos, ni el de ampliar el concepto de tasas, pues las definiciones que en cada caso quiera dar el legislador (al igual que las calificaciones de la doctrina) nunca pueden ser en sí mismas inconstitucionales. La solución no pasa necesariamente, en consecuencia, por mantener la naturaleza de tasa de las correspondientes prestaciones, sino a través de su regulación por ley, aunque no sean tasas, sino precios públicos. En este sentido puede muy bien interpretarse la sentencia que comentamos, en cuanto que se desestima el recurso en relación con determinados aspectos de la definición de precios públi-

Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público por ejemplo cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación.

La casuística se impone por lo que daremos cuenta de algunos temas que han llegado hasta los Tribunales de Justicia, pues junto a lo expuesto aparece la problemática de la proporcionalidad³⁵ y la diferenciación entre ingresos de Derecho Público y los que no

cos, lo que supone definitivamente el reconocimiento de la posibilidad y existencia de «precios» sometidos al Derecho público, y por tanto exigibles en vía de apremio»; en «Un principio fundamental del Derecho Tributario: la reserva de ley», en *Revista Española de Derecho Financiero* n.º 104 (1999) págs. 707 y sgtes; téngase en cuenta que la *Ley 9/2017* de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento Jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se ha referido a la noción de «prestaciones patrimoniales de carácter público» en sus Disposiciones finales undécima y duodécima. En la primera de ellas lo hace dando una nueva redacción a la Disposición adicional primera de la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre*, General Tributaria y en la segunda añadiendo un nuevo apartado 6 al artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo*. Como dato complementario de lo que se acaba de indicar conviene advertir que, después de estas modificaciones, la Disposición adicional primera de la Ley General Tributaria, cuyo enunciado era «exacciones parafiscales», pasa a denominarse «prestaciones patrimoniales de carácter público»; en tanto que el otro precepto modificado, esto es, el artículo 20 del Texto. Sigo lo expuesto por el profesor Menéndez Moreno, en *Quincena Fiscal* n.º 1-2 (2018); en concreto la nueva redacción del precepto queda de la siguiente manera: «Disposición adicional primera: Prestaciones patrimoniales de carácter público. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución que se exigen con carácter coactivo. 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 mediante personificación privada o mediante gestión indirecta. En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado»; del autor en último lugar citado véase. «Criterios axiológicos para delimitar la noción y régimen jurídico de los tributos y de las prestaciones patrimoniales públicas, (I y II), en *Quincena Fiscal*, n.º 4, (2018); público como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias», del Profesor Falcón y Tella, en *Quincena Fiscal*, n.º 5 (2018), véase asimismo: «Las fronteras del Derecho Tributario. A propósito de las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias» del Profesor Ortiz Calle, en *Quincena Fiscal*, n.º 19 (2018).

³⁵ Un supuesto de indudable interés es el que se contempló por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 1997, recaída en el Recurso 312/1995; la Inspección de los Tributos exigió a Aluminio Español S.A. determinadas cantidades bajo el título de «Exacción parafiscal a favor del Patronato Juan de la Cierva del Consejo Superior de Investigaciones Científicas», creada en la denominada época de autarquía y convalidada por el *Decreto 602/1960 de 31 de marzo*, en el que se estableció que «el importe de las exacciones convalidadas se destinará a cubrir los gastos que se originen por el Patronato Juan de la Cierva de Investigación Técnica, que guarden relación con los respectivos artículos gravados a trabajos de investigación pura y otras atenciones del Organismo»; el recurrente demostró que no existía investigación pública sobre el aluminio por lo que la Sentencia de referencia concluyó que: «Por lo tanto, desaparecida la actividad pública, especificada en prestaciones individualizadas y destinada a beneficiarios concretos, carece de fundamento la exigibilidad de la Tasa o Exacción parafiscal»; es la vez primera, o al menos así lo creo, que se anuló una exigencia tributaria al haber desaparecido la «causa»; sobre esta última véase «La causa de los tributos», del profesor Tejerizo López en *Hacienda Pública Española* N.º 64 (1980), págs. 193 y ss., así como

tienen esta condición, con las consecuencias de poderse exigir en el primero de los casos las cantidades debidas por la vía de apremio.

Un debate singular, pero que pone de relieve la discrepancia que puede surgir en torno a diversas percepciones deriva de lo expuesto en³⁶ la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2009, que se ocupó de la naturaleza jurídica de los ingresos percibidos por la «Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES)», creada por la Ley 34/1992, de 22 de Diciembre, del Sector Petrolero, concluyendo se trata de ingresos de derecho privado por lo que no cabe su exigencia por la vía de apremio administrativo; por contra la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 1 de febrero de 2011, dictada con motivo del enjuiciamiento del Real Decreto 1766/2007, de 28 de diciembre, entendió que se trata de prestaciones patrimoniales públicas, conforme a la argumentación siguiente que reitera lo expuesto en Sentencia de la propia Sala de 22 de febrero de 2005:

Ninguno de los expuestos argumentos modifica la anterior conclusión sobre el carácter público de los ingresos de CORES. Es indiferente, a los efectos debatidos, que no exista una definición normativa de la naturaleza de los ingresos —salvo el precepto analizado— pues, con independencia de su configuración formal, aquella ha de determinarse en atención a sus aspectos sustantivos con arreglo a la norma constitucional (artículo 31.3 CE) y a los criterios y pautas generales admitidos e interpretados por la jurisprudencia de esta Sala y la de la jurisprudencia constitucional (por todas STC 185/1995, de 14 de diciembre) Por lo demás, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala Tercera, la circunstancia de que la norma no contemple el acceso al apremio para el cobro de las cuotas no es decisiva para su consideración como ingreso privado, pues —como luego se dirá— tal silencio no impide que al tratarse de un mecanismo de ejecución de las prestaciones públicas, el apremio pueda derivarse como un elemento propio del procedimiento de ejecución de este tipo de prestaciones. Y tampoco la declaración de que la Corporación Derecho Público, CORES, a la que se le conceden poderes de intervención propios de un ente instrumental del Estado para el ejercicio de una importante función pública, actúa en régimen de derecho privado altere el carácter de las cuotas, pues dicha manifestación se refiere a lo que constituye el tráfico general de dicha Corporación, pero no llega a alcanzar a la determinación de la naturaleza de las cuotas debatidas.

7.2. Las tasas y tarifas aeroportuarias

Su consideración como prestación patrimonial de carácter público aparece en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2004 y 18 de febrero de 2011, mencionándose en la primera de las citadas lo siguiente:

La conclusión en nuestro caso no puede ser otra que la de considerar que las tarifas aeroportuarias, en cuanto tasas, están sometidas al principio de reserva de Ley, que les alcanza por ser prestaciones patrimoniales de carácter público, —art. 31.3 de la Constitución— y por venir así dispuesto en el artículo 10 de la Ley General Tributaria, admitiendo, según se dijo, que tal reserva no excluye la colaboración reglamentaria.

mi trabajo «El enriquecimiento sin causa en Derecho Financiero», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 36 (1982) págs.657 y ss.

³⁶ Lo expuesto en el texto también se extiende al comentario del magistrado Gil Ibáñez y que lleva por título «Naturaleza Jurídica de los ingresos en las Entidades Urbanísticas de Conservación»: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2009; *Actualidad Administrativa*, n.º 8 (2010), pág. 959 y sgtes.: en la misma se concluye que los citados ingresos son reconducibles a las obligaciones de Derecho público exigibles por la vía de apremio.

Sin embargo y con motivo de la privatización de AENA se distinguió entre las prestaciones de Derecho Público derivadas de la aplicación de los conceptos previstos en la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, modificada por la Ley 1/2011, de 4 de marzo y los precios privados exigidos por la prestación de los servicios que no tengan dicha condición³⁷.

De ello queda constancia en el preámbulo del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de junio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento de la competitividad y la eficiencia, en el que se expuso:

En cuanto a los ingresos del gestor aeroportuario ligados a los servicios aeroportuarios básicos, éstos tienen naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas. Su regulación respeto la reserva de ley en su creación por Ley 21/2003, de Seguridad Aérea, modificada por Ley 1/2011, y en la determinación de sus elementos esenciales. La fijación del ingreso máximo por pasajero para cada año del quinquenio en el Documento de Regulación Aeroportuaria (DORA) aprobado por el Consejo de Ministros, o la determinación de éstas prestaciones patrimoniales públicas por el Consejo de Administración de Aena, constituyen meros actos de aplicación de la metodología y las fórmulas de actualización anual, y en su caso, del impacto de las bonificaciones previstas en este Real Decreto-ley, por lo que queda salvaguardada la reserva legal exigible a este tipo de prestaciones.

Además de lo ya expuesto, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2017 y en relación con la trasposición de una directiva se manifestó:

Pues bien esta Sala acoge y hace suyos los argumentos de la sentencia recurrida y los de la parte recurrida en casación. Nos encontramos si, con una transposición correcta de una Directiva Comunitaria, sin que el hecho de que su fijación pueda hacerse por la Ley de Presupuestos en principio se oponga a aquella. Sin embargo una vez hecha la transposición, el derecho comunitario ha de observarse y en este caso no ha ocurrido así, por lo que el principio de prevalencia del derecho comunitario hace que se desplace la LGP de 2012 que prevé la actualización de las tasas aeroportuarias habiendo prescindido de los trámites establecidos en la Directiva Comunitaria.

7.3. El arancel registral

Es esta una materia que dejó resuelta la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2006³⁸, que se pronunció en los siguientes términos:

Parece indudable que en el caso que nos ocupa no estamos ante una obligación coactivamente impuesta en los términos que se definen en el apartado a) del fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1995; el supuesto de hecho que da lugar a la obligación, la realización del negocio jurídico inscribible, es voluntario y no estamos tampoco ante un servicio de recepción obligatoria.

No obstante, es cierto que, a la vista de lo que se dice en el apartado b) del fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional a que nos estamos refiriendo, que constituye, como hemos dicho, consolidada doctrina del Tribunal.

³⁷ Véase «La reordenación del sector aeroportuario español», de Arimany Lamoglia y Pérez Rivarés; en *Actualidad Jurídica Uribe-Menéndez*, n.º 30 (2011), págs. 13 y ss.; así como «Un nuevo marco normativo, común sobre el régimen de tasas aeroportuarias aplicables en los principales aeropuertos de la Unión Europea», de Ramos Prieto en *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 3 (2009).

³⁸ Me remito a lo que expuse en «La naturaleza del arancel registral. Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2006»; en la revista *Impuestos*, volumen II (2007), págs. 287 y ss; véase, además, el parecer de Navarro Gómez en su monografía *El Arancel de los funcionarios públicos. Análisis jurídico-tributario*, Editorial Marcial Pons (2007).

Constitucional, pudiera resultar discutible la calificación del arancel de los registradores de la propiedad como una prestación patrimonial pública, por cuanto el servicio que éstos desarrollan concurre con otros a satisfacer necesidades esenciales, como la de la seguridad jurídica y fe pública, en función del volumen y amplitud del tráfico inmobiliario, y que también, pudiera considerarse que hoy es una exigencia del tráfico jurídico la inscripción de los consiguientes negocios jurídicos, en el Registro de la Propiedad; y ello sin olvidar, incluso, el carácter constitutivo de tal inscripción en algún supuesto como el de la hipoteca. No obstante, tampoco es menos cierto que tales negocios jurídicos, quizás con la única excepción de la hipoteca, son plenamente válidos y eficaces aun cuando no tengan acceso al Registro de la Propiedad, sin que pueda olvidarse que en cuanto a la hipoteca, claramente vinculada en nuestra vida social ordinaria a la adquisición de una vivienda en propiedad, su carácter indispensable para satisfacer necesidades básicas debe valorarse sin perder de vista el alcance del artículo 47 de la Constitución³⁹.

7.4. Auditoría de cuentas

La doctrina deriva de una cuestión de inconstitucionalidad por infracción del principio de igualdad ante las cargas públicas a que se refiere el artículo 31 de la Constitución; aquella se suscitó en relación con el art. 23, apartado 4, de la Ley 19/1988, de 12 de julio, sobre Auditoría de Cuentas, introducido por el art. 53, apartado Noveno, de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, al considerar que dicho precepto pudiera ser contrario al art. 14, en relación con los arts. 9.3 y 31.1, todos ellos de la Constitución.

El citado art. 23 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, creó la llamada «tasa por emisión de informes de auditoría de cuentas» (apartado 1), como un tributo que tiene como hecho imponible «el ejercicio de las competencias del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas a que se refiere el artículo 22.1 de la citada Ley, en relación a los informes de auditoría emitidos en cada trimestre» (apartado 5) y, en fin, cuya cuantía fija el apartado 4 del citado art. 23, que señala lo que sigue:

La cuota tributaria de esta tasa consistirá en una cantidad fija de 80 euros por cada informe de auditoría emitido. Dicha cuantía fija será de 160 euros en el caso de que los honorarios facturados por el informe de auditoría emitido sean superiores a 30.000 euros.

La conclusión a la que se llega en el Auto del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 2005 es que:

«De todo lo anterior puede deducirse que, pese a que el art. 23 cuestionado califica el tributo como «tasa», en la medida en que no se exige –como es esencial a las tasas– por un servicio o actividad de un Ente Público que se refiera, afecte o beneficie de modo particular a los sujetos pasivos [art. 2.2.a) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria; art. 6 de la Ley 8/1988, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos; y art. 20.1 del Real Decreto

³⁹ Por conexión profesional aludimos a lo expuesto por el Tribunal Supremo, que en Sentencias de 9 de enero de 2008 y 22 de junio de 2009 anuló las normas de compensación entre notarios, con mayor o menor actividad, por infracción de las normas reguladoras del derecho de la competencia; por contra, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 12 de junio de 2000 llegó al mismo pronunciamiento anulatorio, invocando el art. 31 de la Constitución, sobre prohibición del efecto confiscatorio derivado de la aplicación del sistema tributario y admitiendo implícitamente, si bien de modo harto insuficiente, la reconducción del arancel notarial a las prestaciones patrimoniales públicas

Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales], sino por la mera emisión de informes por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría, y que, por ende, la cuantía de la contraprestación exigida no tiene conexión alguna con la prestación efectiva de un servicio público o la realización de una actividad administrativa, lo que en realidad establece y regula el art. 23 de la Ley 19/1998, de 12 de julio, es un «impuesto».

Además, e invocando lo expuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 296/1994, de 10 de noviembre, se recordó que:

Sería puro nominalismo entender que tal denominación legal sea elemento determinante de su verdadera naturaleza fiscal, pues las categorías tributarias, más allá de las denominaciones legales, tienen cada una de ellas la naturaleza propia y específica que les corresponde de acuerdo con la configuración y estructura que reciban en el régimen jurídico a que vengan sometidas⁴⁰.

7.5. Cuestiones farmacéuticas

El análisis de esta cuestión guarda relación con otras varias de las que ofrecemos simple noticia a disposición adicional novena de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, en la redacción dada por la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, dispuso que los grupos empresariales y las personas jurídicas no integradas en ellos que se dediquen en España a la fabricación e importación de medicamentos, sustancias medicinales y cualesquiera otros productos sanitarios que se dispensen en territorio nacional a través de receta oficial del Sistema Nacional de Salud, deben ingresar determinadas cantidades calculadas en función de la escala que dicha disposición establece.

a. Las cantidades exigidas por la Dirección General de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo no tienen naturaleza tributaria; por eso el Tribunal Económico Administrativo Central en su Resolución de 26 de septiembre de 2007 pudo exponer que: «todo lo anterior lleva al ánimo de este Tribunal a considerar que los descuentos sobre las ventas aplicados en función de lo establecido en la Disposición Adicional Novena de la Ley del Medicamento carecen de naturaleza tributaria. De ahí que la vía económico-administrativa no sea la procedente para impugnar la resolución referenciada en el encabezamiento de la presente al carecer de encaje en el ámbito contemplado en el artículo 226 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria».

⁴⁰ Me remito a «Naturaleza y límites constitucionales de la compensación equitativa por copia digital privada establecida en la Ley 23/2006 de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual», de Ruiz Zapatero en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, n.º 7 (2007); el Real Decreto Ley 12/2017, de 3 de julio, por el que se modificó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en su preámbulo alude a que: «Como antes se ha señalado, el hecho de que la normativa que regulaba la compensación equitativa por copia privada haya perdido su vigencia por los recientes pronunciamientos judiciales europeos y nacionales, pero no así el reconocimiento legal del límite al derecho de reproducción por copia privada, debido a la declaración de absoluta incompatibilidad efectuada por el Tribunal Supremo entre el sistema de compensación que se aplicaba y el artículo 5.2.b) de la referida Directiva 2001/29/CE, y la imposibilidad de adaptación del sistema de compensación equitativa por copia privada financiado con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, provoca que los titulares de derechos de propiedad intelectual no dispongan en la actualidad de ningún sistema que les permita compensar el perjuicio por los derechos dejados de percibir como consecuencia del reconocimiento del límite de copia privada en nuestro Ordenamiento Jurídico»; véase asimismo «El Comercio digital en España», de García de Pablos, en *Quincena Fiscal*, n.º 42 (2017).

b. Sobre su naturaleza jurídica, la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2015, de 13 de abril, expuso:

En suma, los «ingresos de los empresarios, grupos empresariales, fabricantes e importadores de medicamentos y sustancias medicinales por descuentos por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud previstos en la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 2/2004, de 27 de Diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, tienen la naturaleza de una prestación patrimonial coactivamente impuesta y, por tal motivo, sometida en su establecimiento al principio de reserva de ley (art. 31.3 CE). Sin embargo, aun siendo una prestación patrimonial impuesta, carece de naturaleza tributaria, pues no responde al establecimiento de un nuevo instrumento de contribución al sostenimiento de los gastos públicos por la realización de un hecho revelador de capacidad económica, sino que es consecuencia del ejercicio de una actividad que forma parte de un sector regulado por el Estado, tanto en la fijación de los precios de las especialidades farmacéuticas, como en la determinación de los márgenes comerciales de las oficinas de farmacia que las dispensan [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 e); y en el mismo sentido, STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3]. Su inclusión en el contenido eventual de la Ley de Presupuestos Generales del Estado no sólo se legitima por tratarse de un instrumento idóneo al servicio de una política gubernamental de reducción del gasto público farmacéutico, sino también por guardar una relación directa con los gastos del Estado⁴¹.

Al no ser un tributo no le es de aplicación lo dispuesto en el art. 134 apartado séptimo de la Constitución, ya que:

Aunque la Constitución autoriza el establecimiento de prestaciones patrimoniales de carácter público «con arreglo a la ley» (art. 31.3 CE), cuando se trata de prestaciones patrimoniales de naturaleza tributaria condiciona los instrumentos normativos a través de los que se puede cumplir con aquella previsión, pues no sólo limita el uso del decreto-ley a aquellos supuestos en los que no se afecte a los deberes de los ciudadanos regulados en el título I (art. 86.1 CE) y, concretamente, al deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE), sino que impide la utilización de la Ley de presupuestos como instrumento para «crear tributos» (art. 134.7 CE) y excluye la materia tributaria de la iniciativa popular (art. 87.3 CE) [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 d); y en el mismo sentido, STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3], en consecuencia, la reserva de ley tributaria (arts. 31.3 y 133.1, ambos de la Constitución), en lo que ahora interesa, se ve reforzada por la prohibición atinente a la Ley de presupuestos de no crear o modificar tributos (art. 134.7 CE), que deriva no sólo del condicionamiento a que somete el art. 134 CE a los presupuestos generales como vehículo de dirección y orientación de la política económica del Gobierno y, por tanto, con una función específica y constitucionalmente definida, sino también de las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria (fundamentalmente en los trámites de enmienda y debate) por los Reglamentos de las Cámaras [STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 d)].

Tras ello, el Tribunal Supremo, en Sentencia 8 de febrero de 2016, expuso:

La reciente STC 44/2015 ha desestimado recurso de inconstitucionalidad (...) contra la disposición adicional 48.^a de la Ley 2/2001, de Presupuestos Generales del Estado para 2005, por la que se añadió la disposición adicional 9.^a a la Ley 25/1990. El Tribunal Constitucional considera que la obligación establecida por la referida disposición adicional 9.^a es ciertamente una prestación patrimonial de carácter público, a efectos de la reserva de ley del art. 31.3

⁴¹ Sobre la cuestión mencionada en el texto véase: «El sistema de fijación de precios y el gravamen previsto en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios» de Navarro Gómez, en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 288 (2009), págs. 23 y ss.; del mismo autor «Las deducciones sobre los márgenes en las Oficinas de Farmacia: un nuevo caso de prestación patrimonial de carácter público»; en *Estudios en homenaje a D. Miguel Coll Carreras*, Ilustre Colegio de Abogados de Baleares (2006); y «El ingreso por volumen de ventas al Sistema Nacional de Salud: breve y desdichada historia de un tributo solapado», de Medrano Irazola, en: *Estudios jurídicos en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*, Instituto de Estudios Fiscales, volumen II (2008), págs. 2325 y sgtes.

CE; pero entiende que no reúne las características propias de un tributo, de manera que no entra dentro del supuesto de hecho del art. 134.7 CE.

c. En cambio, la revisión de precios de los medicamentos, en base a un criterio no contemplado en la ley, infringe la reserva de ley, pues como indicó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de noviembre de 2015:

Entendemos, por ello, que el régimen que impone la disposición adicional recurrida se excede claramente de su función de colaboración y complemento indispensable de la Ley que desarrolla, pues establece un sistema de fijación o revisión de los precios de referencia (en atención exclusivamente a la existencia de un precio inferior de comercialización en un país miembro de la Unión Europea) no previsto, ni contemplado en absoluto en los preceptos legales que resultan de aplicación, pues en estos preceptos aquella determinación de los precios (sea fijándolos, sea revisándolos) requiere la concurrencia de unos supuestos entre los que no se encuentra el previsto en la disposición adicional y, en cualquier caso, la adopción de una resolución (basada en criterios objetivos y motivada) que no puede ampararse exclusivamente en una circunstancia que la ley no contempla.

7.6. Sector eléctrico

Damos cuenta, en fin, de algunas cuestiones relacionadas con el sector eléctrico, con pronunciamientos recientes que llegan hasta nuestros días⁴², como de inmediato pasamos a exponer:

7.6.1. No son prestaciones patrimoniales públicas

Dos ejemplos procede traer a colación de los muchos que derivan de la intervención pública en el sector eléctrico; el efecto de la regulación a veces se confunde o no se delimita con precisión de la consecuencia de haberse impuesto una prestación patrimonial de carácter público.

Y, así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2009 analizó el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que exigió la prestación de un aval bancario por el acceso a la actividad, que no puede incardinarse en el art. 31 (3) de la Constitución:

Como hemos expuesto, a juicio de la sociedad demandante, la introducción de la exigencia del aval resulta contraria al principio de reserva de ley, para lo cual parte de la premisa de que nos encontramos ante una «prestación patrimonial de carácter público» a las que se refiere el artículo 31.3 CE. Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser acogido en cuanto no cabe equiparar la prestación del aval para la iniciación de los procedimientos acceso y conexión a la red de transporte por parte del operador del sistema como una, verdadera prestación

⁴² Por conexión energética recordemos que la reserva en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público fué analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001, que anula el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprobó el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía, en lo concerniente a la creación de un gravamen de 13,34 ptas. por tm, que se proyectaría sobre las ventas medias que llevasen a cabo los operadores al por mayor de productos petrolíferos. La anulación se fundamenta en la ya aludida reserva de ley contemplada en el artículo 31, apartado tercero, de la Constitución, que como es sabido contiene una referencia más amplia que la del tributo hasta comprender todas las prestaciones patrimoniales de carácter público, desde el esclarecimiento de doctrina llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su conocida Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre, lo cual ha permitido al Tribunal Supremo extender la reserva de ley a otros supuestos

de carácter público que exija su respaldo a, través de una norma con rango de Ley. La consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público se caracteriza por el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público, y su imposición coactiva. Se trata de obligaciones de pago de carácter general que se imponen a quienes se encuentran en determinadas situaciones legales.

— La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2014 examinó la minoración de la retribución de la actividad de producción de energía eléctrica en el importe equivalente al valor de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero⁴³ asignados gratuitamente, con apoyo en lo dispuesto en el Real Decreto Ley 3/2006, de 24 de febrero; el parecer de la jurisprudencia suprema, es que estamos ante una actividad de regulación de precios y no ante una prestación patrimonial:

La modificación normativa comporta una consecuencia desfavorable para los intereses de las empresas afectadas, pero esta circunstancia no convierte en «prestación patrimonial de carácter público» lo que no es sino medida estrictamente conformadora del mercado mayorista. Y si la razón de su ajuste al Derecho de la Unión Europea —tal como afirma la sentencia antes citada— está ligada al objetivo de «paliar los efectos de las ganancias inmerecidas a que da lugar la asignación de derechos de emisión en el mercado eléctrico español» (punto 38 de aquélla) o «compensar las ganancias inmerecidas resultantes de la asignación gratuita» (punto 42), no resulta constitucionalmente criticable que el nuevo régimen retributivo del mercado mayorista —establecido en una norma del mismo rango que la Ley 54/1997— trate de restaurar el equilibrio de modo que lo que gratis se recibió no resulte expropiado pero tampoco pueda aumentar el precio final pagado por los consumidores de energía eléctrica.

En este sentido, desestimamos el extremo del motivo de casación en que se cuestiona que la Sala de instancia no haya apreciado la violación del principio de reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución, teniendo en cuenta que la Orden Ministerial impugnada aborda el desarrollo de una prestación patrimonial pública de naturaleza coercitiva impuesta por el Real Decreto 3/2006, de 24 de Febrero, que no tiene el rango normativo suficiente, pues cabe referir que no compartimos dicha argumentación, porque, como hemos puesto de relieve en la Sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 2014 el legislador de urgencia consideró en el año 2006, a la vista de la internalización de aquel valor llevada a cabo por las empresas titulares de los derechos de emisión en el sector eléctrico, que era preciso «reflejar esta situación minorando la remuneración de las unidades de generación afectadas en importes equivalentes». Y, dado el «elevado volumen de déficit tarifario generado en el periodo transcurrido del año 2006», ordenó que se «descuente el valor de los derechos de emisión a los efectos de determinar la cuantía de dicho déficit⁴⁴.

7.6.2. *Sí son prestaciones patrimoniales públicas*

⁴³ Sobre el comercio de los derechos de emisión de gases de efecto invernadero véase el n.º 258 (2006) de la revista *Noticias de la Unión Europea*, en el que se analizó con carácter monográfico esta cuestión, bajo la dirección del profesor Fernández de Gatta Sánchez.

⁴⁴ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2006 analizó si la elevación del tipo de gravamen en la Ley de Presupuestos con relación a la tasa por inspección y control de funcionamiento de determinadas instalaciones eléctricas contraría el principio de reserva de ley, y lo hizo en sentido desestimatorio al no hacer falta una previsión legal específica pues bastaría la autorización para incrementar anualmente el importe de las tasa; en relación con el artículo 134, apartado séptimo de la Constitución, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010, en relación con el «Canon de Superficie de Minas» (Hidrocarburos), en la que se recordó que hasta la Ley 25/1998, de 13 de julio, no existió una habilitación específica en la ley de cada tributo, permitiendo que la Ley de Presupuestos introdujera las modificaciones pertinentes.

El déficit de tarifa⁴⁵ ha conducido a la aparición de determinadas medidas incardinables en lo que se expone en el epígrafe:

7.6.2.1. *El bono social*

El mismo se contempló en el art. 45 (4) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, desarrollada posteriormente por el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre; las empresas eléctricas no cuestionaban su existencia, sino sólo su sistema de financiación; diversas Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016, emitieron un pronunciamiento estimatorio⁴⁶ no sin antes recordar que:

Desde la perspectiva del ordenamiento interno, la obligación de financiación del bono social constituye una prestación patrimonial impuesta a unos sujetos particulares y como tal, está sujeta a la exigencia del artículo 31 (3) de la Constitución, esto es, debe venir impuesta por una norma de rango de ley. Tal exigencia queda cumplida en virtud del artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de Diciembre, del Sector Eléctrico, en el que expresamente queda señalado que «el bono social será considerado obligación de servicio público según lo dispuesto/en la Directiva 2009/72/CE...».

⁴⁵ Véase: «Financiación de ciertos conceptos y actividades de interés general por la tarifa eléctrica y no por vía presupuestaria, de Pastor Ridruejo, en *Estudios jurídicos en memoria de D. César Albiñana García-Quintana*; Instituto de Estudios Fiscales volumen II (2008), págs. 2913 y sgtes.; dos Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2013 analizaron la obligación impuesta a determinadas empresas eléctricas de financiar al déficit de tarifa; debiendo además recordarse el «protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico nacional» suscrito el 11 de diciembre de 1996, y que precedió a la Ley del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997. Esta ley avanzó en la liberalización del sector para su adaptación al derecho de la Unión Europea, proceso en el marco del cual se reconoció a tales operadores el derecho a percibir los costes de transición a la competencia, según el régimen incorporado a la disposición transitoria sexta de la ley. La exposición de motivos de la Ley del Sector Eléctrico (norma que estuvo en vigor, aun con múltiples modificaciones, hasta su sustitución por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre) resaltó la importancia del referido acuerdo y de sus firmantes, cuando afirmó que «el citado Protocolo, carente de la eficacia normativa de toda norma general, supuso la concreción de un diseño complejo y global de transición de un sistema intervenido y burocratizado a un sistema más libre de funcionamiento del sector. Supuso, asimismo, el acuerdo con los principales agentes económicos de la industria sobre una profunda modificación del sistema retributivo hasta ahora vigente y sobre el escalonamiento progresivo de las distintas etapas conducentes a la liberalización del mercado. El Protocolo se configuró, en definitiva, para que, considerado en toda su extensión, fuese elemento inspirador de un profundo proceso de cambio».

⁴⁶ El bono social es el descuento que los comercializadores deben aplicar a los consumidores vulnerables, siempre que cumplan determinados requisitos relacionados con características sociales y de poder adquisitivo; tras la anulación mencionada en el texto, se aprobó el Real Decreto Ley 7/2016, de 23 de diciembre, por el que se regula el mecanismo de financiación del bono social, en cuyo preámbulo se expuso: «El mecanismo de financiación del bono social que aquí se aprueba tiene su fundamento, por una parte, en el artículo 31.3 de la Constitución Española, que faculta la imposición de prestaciones patrimoniales de naturaleza pública mediante ley, y, por otra, en el artículo 3.2 de la Directiva 2003/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Julio de 2009, antes referida, relativo a obligaciones de servicio público y protección del cliente, en el que se dispone que, en el pleno respeto de la disposiciones pertinentes del Tratado, y en particular de su artículo 86, los Estados miembros podrán imponer a las empresas eléctricas, en aras del interés económico general, obligaciones de servicio público que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad del suministro, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente, incluidas la eficiencia energética, la energía procedente de fuentes renovables y la protección del clima. Asimismo, añade que esas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables, y garantizar a las empresas eléctricas de la Comunidad el acceso, en igualdad de condiciones, a los consumidores nacionales»; sobre el citado bono social, véanse el Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre y el Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre.

7.6.2.2. Planes de ahorro y de eficiencia energética

Se contemplaron en la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 14/2010 de 23 de diciembre de medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, regulando la financiación de los citados planes con cargo a determinadas empresas; la Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2016, de 6 de Octubre, expone sobre la naturaleza de aquellos lo siguiente:

De conformidad con la anterior doctrina, nos corresponde ahora examinar la naturaleza jurídica de la prestación recogida en la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 14/2010, en virtud de la cual se impone a las once sociedades generadoras que se identifican en ella la cobertura del coste de los planes de ahorro y eficiencia energética correspondiente al sector eléctrico (hay otra parte de dichos planes que se financia con cargo al sistema gasista). Del contenido de la norma se desprende que esta contribución reviste la naturaleza de una prestación pecuniaria, impuesta coactiva unilateralmente por el poder público, que se satisface a un ente público (la Comisión Nacional de la Energía, desde la que se transferirá al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, órgano adscrito al Ministerio de Industria, Energía y Turismo encargado de la ejecución de los planes, con base en los arts. 3 y 4 de la Orden ITC/2844/2011), sin la concurrencia de la voluntad del sujeto obligado a su pago (las empresas productoras de energía eléctrica incluidas en la norma), donde el supuesto de hecho no se realiza de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y en el que la prestación debida tiene una inequívoca finalidad de interés público, como es la contención urgente del déficit tarifario en el sector eléctrico.

No es difícil concluir de lo expuesto que la obligación regulada en la norma cuestionada constituye una prestación patrimonial de carácter público, conforme a la figura prevista en el art. 31.3.

7.6.2.3. Préstamo forzoso y déficit de tarifa

El supuesto contemplado en la disposición adicional vigésima primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, ha sido analizado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2016, de 28 de noviembre, en la que se expone:

Todas las partes coinciden en calificar la obligación impuesta a las cinco entidades relacionadas como una «prestación patrimonial de carácter público» que hemos caracterizado como aquellas impuestas coactivamente, esto es, derivadas de una obligación de pago establecida unilateralmente por el poder público «sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla», siempre que, al mismo tiempo, «la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público» (SSTC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3; 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15; 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 33; 83/2014, de 29 de mayo, FJ 3, y 167/2016, de 6 de octubre, FJ 4).

En particular, la prestación impuesta consiste en un préstamo forzoso, en virtud del cual las mencionadas compañías deben efectuar un desembolso, que se cuantifica aplicando los porcentajes de reparto establecidos al saldo negativo de la cuenta de liquidación de los costes e ingresos regulados del sistema, teniendo «derecho a recuperar las aportaciones por este concepto... (que) serán devueltas reconociéndose un tipo de interés en condiciones equivalentes a las del mercado que se fijará en la orden por la que se aprueban los peajes», tal y como disponen el apartado 2, último párrafo, y el apartado 5 de la disposición adicional vigésima primera LSE. El apartado 5, párrafo primero, de la citada norma añade que «Los déficit del sistema de liquidaciones eléctrico generarán derechos de cobro consistentes en el derecho a

percibir un importe de la facturación mensual por peajes de acceso de los años sucesivos hasta su satisfacción» y que tales derechos de cobro «se podrán ceder a un fondo de titulación que se constituirá a estos efectos y se denominará Fondo de Titulación del Déficit del Sistema Eléctrico». De hecho, en el incidente abierto sobre la posible pérdida sobrevenida del objeto de este proceso el Abogado del Estado acreditó que los derechos de cobro de la liquidación 11-2011 habían sido cedidos al citado fondo, por lo que la entidad recurrente ya había recuperado su importe⁴⁷.

7.6.3. Incidencia del derecho europeo

Concluimos dando cuenta de la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2017, en la que con relación a las decisiones adoptadas por el regulador italiano expuso:

En este contexto, procede señalar que, en sí mismo, el hecho de que los importes exigidos para cubrir los costes Generales del sistema eléctrico no estén destinados al presupuesto nacional general, sino que se abonen, según indica el Gobierno italiano, en las cuentas de gestión del Fondo de Compensación del Sector Eléctrico, con objeto de atribuirlos a ciertas categorías de operadores para usos específicos, no permite excluir tales importes del ámbito de la fiscalidad (véase, por analogía, la Sentencia de 15 de abril de 2010. CIBA. C-96/08, EU: C: 2010:185, apartado 23).

Habida cuenta de las consideraciones que se han expuesto, y bajo la reserva de que el órgano jurisdiccional remitente verifique los datos de hecho y las normas de Derecho nacional en que las mismas se basan, procede hacer constar que los importes exigidos para cubrir los costes generales del sistema eléctrico constituyen impuestos indirectos en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2003/96.

Ello significa que las hasta ahora denominadas «prestaciones patrimoniales públicas», relacionadas con la regulación del sector eléctrico, no han de ser analizadas solo desde la perspectiva del principio de legalidad, sino también desde los que se contemplan para los tributos en el art. 31 (1) de la Constitución o sea los de capacidad económica y generalidad⁴⁸.

Guarda relación con esta cuestión la problemática de las relaciones entre la cuestión de inconstitucional y la cuestión prejudicial por no adecuarse la normativa al Derecho de la Unión Europea; sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 168/2016, de 4 de octubre, y 203/2016, de 13 de diciembre⁴⁹.

⁴⁷ Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2016, de 20 de octubre, no apreció la existencia de «prestaciones patrimoniales de carácter público» en relación con lo dispuesto en el Real Decreto Ley 9/2013, de 12 de julio, sobre nueva regulación de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica en el segundo semestre del año 2013.

⁴⁸ Lo que ha quedado expuesto lo anticipa en el *Liber Amicorum en Homenaje a Gonzalo Jiménez Blanco*, Editorial Aranzadi (2018).

⁴⁹ Se trataba una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Tribunal Supremo con respecto a «los impuestos sobre el valor de la producción y sobre el almacenamiento de combustible nuclear gastado y residuos radioactivos, por posible vulneración del principio de capacidad económica reconocido en el art. 31.1 CE» regulados por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre. La cuestión elevada por el Tribunal Supremo fue inadmitida por el Tribunal Constitucional, al entender que no cumplía el requisito de que la norma fuese «aplicable al caso». El motivo de esta inadmisión es que el Tribunal Supremo, en su auto de planteamiento, reconocía una potencial contradicción entre la ley recurrida y el derecho de la Unión Europea. El alto tribunal, pese a dicha afirmación, consideró que tal conflicto no debía ser analizado en ese momento, sino una vez que el Tribunal Constitucional se hubiera pronunciado sobre la constitucionalidad de la norma.

Como indica la doctrina más autorizada, el Tribunal Constitucional español, por tanto, establece una clara prioridad procesal a la hora de interponer las citadas cuestiones, sin diferenciar en función del tipo de normas de derecho de la Unión Europea que se considere infringida y priorizando al intérprete comunitario antes de ejercer su función constitucional⁵⁰.

⁵⁰ Sigo el parecer de la profesora García Frias, en «Jurisprudencia Constitucional Financiera, en *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 178 (2018), en su comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 7 de noviembre de 2017, que analizó la prestación pública exigida a determinadas empresas para financiar un Órgano similar a nuestra Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; con referencias a la misma, la citada profesora concluye: «El gravamen que recae sobre un conjunto concreto de empresas de gran tamaño para financiar a la Autoridad para la competencia es una prestación patrimonial de carácter público, sobre la que rige el principio de reserva de Ley relativa. Consideramos que las dificultades que encontró la Corte Costituzionale italiana para calificar la contribución destinada a financiar un órgano administrativo de control del mercado estarían también presentes en la normativa española, ya que la reciente regulación de la disposición adicional primera de la Ley General Tributaria no aclararía si el gravamen de la AGCM tendría naturaleza tributaria o, como nos parece más probable, no tributaria. La decisión final sobre su constitucionalidad, en ambos casos, hubiera sido similar, ya que no se trata de un gravamen que atente contra los principios de igualdad, capacidad económica o progresividad».

PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO NO TRIBUTARIO

José Argüelles Pintos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—3. LOS INTENTOS DEL LEGISLADOR DE ADAPTAR LA NORMATIVA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONTRAPRESTACIONES SATISFECHAS POR LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (EN ESPECIAL A LOS CONCESIONARIOS).—5. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario han sido reguladas por primera vez por nuestro legislador en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Sin embargo, es una figura jurídica cuyos contornos fueron establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias núm. 185/1995, de 14 de diciembre; núm. 182/1997, de 28 de octubre; núm. 233/1999, de 16 de diciembre; y núm. 102/2005, de 26 de abril, que trataron sobre la materia y las consecuencias del principio de reserva de ley al pronunciarse sobre la constitucionalidad del concepto de precio público introducido por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales y la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y de las tarifas, reguladas como precio privado, en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El legislador, como explicaremos, ha tratado de incorporar a la regulación de la materia la doctrina constitucional (con algún cambio de rumbo) y el Tribunal Supremo ha ido adaptando su doctrina a las modificaciones que el legislador ha introducido si bien nunca de un modo pacífico, prueba de ello es que hasta la fecha se sigue discutiendo ante los tribunales cuál es la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que los usuarios satisfacen a los concesionarios de servicios públicos, especialmente, en el ámbito local, existiendo recientes pronunciamientos contradictorios.

La nueva regulación contenida en la LCSP de 2017 parece solucionar definitivamente los problemas que se han planteado.

Con la finalidad de explicar qué ha llevado al legislador a introducir en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, en especial, no tributario, haré referencia en este artículo a las siguientes cuestiones:

(i) El concepto de prestación patrimonial de carácter público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

(ii) Los intentos del legislador de adaptar la normativa a la jurisprudencia constitucional.

(iii) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de las contraprestaciones satisfechas por los usuarios de los servicios públicos (en especial, a los concesionarios).

(iv) La regulación de las prestaciones patrimoniales de carácter público en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

2. EL CONCEPTO DE PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez sobre el concepto de prestación patrimonial de carácter público en la sentencia 185/1995, de 4 de diciembre, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos artículos de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en concreto, sobre el concepto de precio público (artículo 24), en los siguientes términos:

3. El art. 31.3 C.E., apartándose de lo que era tradicional en nuestros textos constitucionales y legales —en los que el objeto de la reserva de ley se establecía por referencia a categorías tributarias concretas—, no recurre explícitamente a ninguna de las figuras jurídicas existentes en el momento de la elaboración y aprobación de la Constitución, ni tampoco utiliza el concepto genérico de tributo, sino la expresión más amplia y abierta de «prestación patrimonial de carácter público». Es cierto que la Constitución se refiere en varios preceptos a los «tributos» y proclama que su establecimiento debe hacerse mediante ley (art. 133.1 C.E.); sin embargo no lo es menos que, desde la perspectiva constitucional, como tendremos ocasión de reiterar, el legislador puede alterar el alcance de las figuras que hoy integran esta categoría —impuestos, tasas y contribuciones especiales— y puede crear nuevos ingresos de derecho público. Por otra parte, la aplicación de un criterio de interpretación sistemático tendente a evitar la redundancia del constituyente, lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión «tributos» del art. 133.1 C.E. y la más genérica de «prestaciones patrimoniales de carácter público» del art. 31.3 C.E.

Esta constatación condiciona la forma en que, desde la perspectiva constitucional propia de este proceso, debe abordarse la tarea de precisar el alcance de ese concepto de prestación patrimonial de carácter público que constituye el objeto de la reserva de ley tributaria. En efecto, cegada la posibilidad de recurrir para este menester al contenido de las categorías tributarias preexistentes, se impone la necesidad de construir ese concepto a partir de la función que dicha reserva desempeña en el ordenamiento constitucional.

Como hemos declarado en múltiples resoluciones, el principio de legalidad en materia tributaria responde en su esencia a la vieja idea, cuyo origen se remonta a la Edad Media, de garantizar que las prestaciones que los particulares satisfacen a los entes públicos sean previamente consentidas por sus representantes; la reserva de ley se configura como una garantía de autoimposición de la comunidad sobre sí misma y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (STC 19/1987). En el Estado social y democrático de derecho la reserva cumple sin duda otras funciones, pero la finalidad última, con todos los matices que hoy exige el origen democrático del poder ejecutivo, continúa siendo la de asegurar que cuando un ente público impone coactivamente una prestación patrimonial a los ciudadanos cuente para ello con la voluntaria aceptación de sus representantes. Por ello mismo, cuando la obligación que lleva aparejada el pago de la prestación es asumida libre y voluntariamente por el ciudadano, la intervención de sus representantes resulta innecesaria, puesto que la garantía de la autoimposición y, en definitiva, de su libertad patrimonial y personal queda plenamente satisfecha.

La imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la

voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público.

En lo que ahora importa, el problema de la determinación del alcance del concepto de prestación patrimonial de carácter público se centra, pues, en precisar cuándo puede considerarse que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta. Con todo, a los efectos de la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, no es necesario intentar dar una respuesta con pretensiones omnicomprendivas a este interrogante. Basta, por el momento, con hacer referencia a los siguientes criterios:

a) Lo decisivo a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación.

Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público —por ejemplo, cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria— y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada, por ello mismo, siquiera sea mediatamente a producir el nacimiento de la obligación.

En estas circunstancias, el hecho de que los entes públicos tengan una posición determinante en la configuración del contenido o las condiciones de la obligación e incluso el hecho de que esos entes se reserven, determinadas potestades exorbitantes en caso de incumplimiento de la obligación —como son ciertas facultades derivadas de la ejecutoriedad y la autotutela—, tiene un relieve, secundario en orden a determinar el grado de coactividad de las prestaciones pecuniarias, dado que ha sido el particular el que ha decidido libremente obligarse, sabiendo de antemano que los entes públicos de quienes ha requerido la actividad, los bienes o los servicios gozaban de esas prerrogativas. El sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de Derecho público no es suficiente por sí sólo para considerar que la prestación patrimonial así regulada sea una prestación de carácter público en el sentido del art. 31.3 C.E.

b) Con todo, debe precisarse que la libertad o la espontaneidad exigida en la realización del hecho imponible y en la decisión de obligarse debe ser real y efectiva. Esto significa que deberán considerarse coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en las que la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación es obligatoria, sino también aquellas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social. La dilucidación de cuándo concurren estas circunstancias deberá atender a las características de cada caso concreto sin que sea procedente añadir ahora mayores precisiones. Aquí debemos limitarnos a comprobar si los criterios utilizados por el art. 24 L.T.P.P. para definir los precios públicos se refieren a prestaciones fruto de una opción realmente libre, o se trata de una libertad meramente teórica y en consecuencia estamos, en presencia de prestaciones patrimoniales de carácter público sometidas a la reserva de ley. Antes, sin embargo, debemos hacer todavía una tercera precisión.

c) También deben considerarse coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho. Aunque el nivel de coactividad que deriva del monopolio público sea ciertamente menor que el que resulta del carácter imprescindible de los bienes, servicios y actividades que generan la prestación, no por ello

puede considerarse irrelevante, ni subsumirse en este requisito, pues, aunque los servicios o las actividades no sean obligatorios ni imprescindibles, lo cierto es que si sólo son los entes públicos quienes los prestan, los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación. La libertad de contratar o no contratar —la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien— el servicio o la actividad no es a estos efectos una libertad real y efectiva.

La segunda ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el concepto de las prestaciones patrimoniales de carácter público fue en la sentencia núm. 182/1997, de 28 octubre, al abordar la constitucionalidad del artículo 6 del Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio, por el que se modificó el número 1 del artículo 129 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que estableció la obligación a cargo del empresario de abonar al trabajador la prestación por incapacidad laboral transitoria en caso de enfermedad común o de accidente laboral, desde los días cuatro al decimoquinto de baja, en la que sostuvo:

15. Es preciso comenzar aclarando que, como expresa el Abogado del Estado, el abono que los empresarios deben efectuar, de acuerdo con el Decreto-ley impugnado, en casos de I.L.T. derivada de enfermedad o accidente no laboral, carece de naturaleza tributaria. Sin que sea necesario entrar aquí en mayores precisiones, baste decir que los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 C.E.). Siendo los trabajadores —y no los entes públicos— los destinatarios de los pagos que los empresarios deben satisfacer cada vez que se den las condiciones que recoge el Decreto-ley, la naturaleza tributaria de dicha prestación patrimonial debe descartarse a radice.

Como señalamos en el fundamento jurídico 3.º de la STC 185/1995, una interpretación sistemática de la Constitución, «lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión “tributos” del art. 133.1 C.E. y la más genérica de “prestaciones patrimoniales de carácter público” del art. 31.3 C.E.». De manera que, si bien puede afirmarse que todo tributo es una «prestación patrimonial de carácter público», no todas estas prestaciones patrimoniales, para cuyo establecimiento el art. 31.3 C.E. exige la intervención de una Ley, tienen naturaleza tributaria. Partiendo de que la reserva de ley se configura como «una garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma» (STC 19/1987, fundamento jurídico 4.º) y, en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano, en la referida STC 185/1995 llegamos a la conclusión de que estamos ante una «prestación patrimonial de carácter público» cuando existe una «imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla» (fundamento jurídico 3.º). Siempre que, al mismo tiempo —debemos precisar aquí—, como se desprende de la propia expresión constitucional (prestaciones «de carácter público», dice el art. 31.3 C.E.), la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público.

De la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional se podían obtener las siguientes conclusiones:

1.ª La prestación patrimonial de carácter público exige su imposición coactiva. El establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley; por ello, bien puede concluirse que la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público.

2.ª Existe coactividad cuando:

(i) La prestación de servicios o actividades son de solicitud o recepción obligatoria.

(ii) Siendo libre la realización del supuesto de hecho del que resulta la obligación, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público.

(iii) La actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar.

(iv) Las prestaciones pecuniarias derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho.

3.^a La prestación patrimonial es un concepto más amplio que el de tributo. Por tanto, pueden existir prestaciones patrimoniales de carácter público tributario y no tributario.

4.^a Los tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Esta es la nota diferenciadora entre prestación patrimonial de carácter público tributaria y no tributaria porque en ambas concurre el requisito de la coactividad.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 233/1999, de 16 de diciembre, dictada en recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, se pronunció sobre la constitucionalidad de sus artículos 41 y 45, en su redacción inicial, preceptos que contenían el concepto de precios públicos y su cuantía. En esta sentencia el Tribunal Constitucional afirmó:

19...

En definitiva, la determinación en la Ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para determinarlo, es absolutamente necesario para respetar el principio de reserva de ley; no estableciendo tal límite el art. 45.1 L.H.L. para los precios públicos coactivos por servicios o actividades, dicho precepto debe ser declarado inconstitucional. Es necesario, sin embargo, precisar el alcance concreto que debe atribuirse a dicha declaración. El art. 45.1 L.H.L. contradice la Constitución sólo en la medida en que resulta aplicable a los precios públicos por servicios o actividades que tienen naturaleza tributaria, esto es, como venimos señalando desde la STC 185/1995, los exigibles por servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria, de carácter indispensable o prestados en régimen de monopolio.

Desde mi punto de vista, esta afirmación realizada por el Tribunal Constitucional no fue del todo acertada, de acuerdo con su doctrina anterior. Cuando el TC dice que el artículo 45.1 resulta aplicable a los precios públicos por servicios o actividades que tienen naturaleza tributaria debió haber dicho que «tienen naturaleza de prestación patrimonial de carácter público», porque como vemos únicamente se refiere en ese inciso al carácter coactivo de la obligación, no a si contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos. Creo que el TC se pronunció en esos términos porque, cuando dictó la sentencia, el legislador ya había aprobado la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, por la que dio nueva redacción a los artículos 26.1.a) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, 6 y 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y 20, 41 y 45 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, cuya finalidad fue adaptar el concepto de tasa y de precio público a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esta regulación olvidó, desde mi punto de vista, que pueden existir prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, dado que para que tengan tal carácter deben contribuir al sos-

tenimiento de los gastos públicos, por lo que el acreedor de la obligación debe ser una Administración Pública.

La última sentencia del Tribunal Constitucional a la que vamos a aludir es la sentencia núm. 102/2005, de 20 de abril, que resolvió la cuestión de constitucionalidad planteada contra el artículo 70.1 y 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que regulaba como precios privados distintas tarifas por servicios portuarios.

De esta sentencia debemos destacar dos aspectos. El primero, que en ella el TC recopila su doctrina sobre el principio de reserva de ley en materia tributaria:

3...

A este respecto, debe recordarse que, conforme a constante doctrina de este Tribunal, la reserva de ley en materia tributaria exige que la creación *ex novo* de un tributo y la determinación de los elementos esenciales o configuradores del mismo debe llevarse a cabo mediante ley (por todas, SSTC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5; y 150/2003, de 15 de junio, FJ 3). También hemos advertido que se trata de una reserva relativa en la que, aunque los criterios o principios que han de regir la materia deben contenerse en una ley, resulta admisible la colaboración del reglamento, siempre que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (entre otras, SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5; y 150/2003, de 15 de junio, FJ 3, por ejemplo).

Interesa especialmente resaltar que el alcance de la colaboración del reglamento «estará en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico-tributarias y de los distintos elementos de las mismas» (SSTC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5; y 150/2003, de 15 de julio, FJ 3). En este sentido hemos puesto de manifiesto «el diferente alcance de la reserva legal, según se esté ante la creación y ordenación de impuestos o de otras figuras tributarias» (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4); y, en la misma línea hemos subrayado la especial flexibilidad de la reserva de ley tributaria cuando se trata de las tasas (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 4); también hemos insistido sobre este particular al precisar que la colaboración del reglamento con la ley puede ser especialmente intensa en el supuesto de las contraprestaciones que, como las tasas, son fruto de la prestación de un servicio o actividad administrativa (STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5); y, en fin, en nuestros últimos pronunciamientos hemos venimos afirmando que resulta admisible una mayor intervención del reglamento en aquellos ingresos «en los que se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas» (SSTC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; y 63/2003, de 27 de marzo, FJ 4).

Establecido lo anterior, hay que aclarar, no obstante, que «la mayor flexibilidad de la reserva de ley tributaria respecto de las tasas —y, en general, respecto de todas las prestaciones patrimoniales de carácter público a que se refiere el art. 31.3 CE— no opera de la misma manera en relación con cada uno de los elementos esenciales del tributo» (SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 9; y 150/2003, de 15 de julio, FJ 3). En esta misma línea hemos señalado que «la reserva de ley en materia tributaria no afecta por igual a todos los elementos integrantes del tributo», sino que «[e]l grado de concreción exigible a la ley es máximo cuando regula el hecho imponible» y es menor «cuando se trata de regular otros elementos», como el tipo de gravamen y la base imponible (STC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 7). E, igualmente, hemos sostenido que, en el caso de las prestaciones patrimoniales de carácter público que se satisfacen por la prestación de un servicio o actividad administrativa, la colaboración del reglamento «puede ser especialmente intensa en la fijación y modificación de las cuantías estrechamente relacionadas con los costes concretos de los diversos servicios y actividades, y de otros elementos de la prestación dependientes de las específicas circunstancias de los distintos tipos de servicios y actividades. En cambio, esta especial intensidad no puede predicarse de la creación *ex novo* de dichas prestaciones

ya que en este ámbito la posibilidad de intervención reglamentaria resulta sumamente reducida, puesto que sólo el legislador posee la facultad de determinar libremente cuáles son los hechos imposables y qué figuras jurídico-tributarias prefiere aplicar en cada caso» (STC 185/1995, de 5 de diciembre, FJ 5).

De esta doctrina interesa destacar ahora que:

(i) La reserva de ley respecto de las prestaciones patrimoniales de carácter público es exigible en cuanto a la creación *ex novo* de la prestación.

(ii) La reserva de ley en el caso de las prestaciones patrimoniales que se satisfacen por la prestación de un servicio o actividad administrativa permite la colaboración del reglamento en cuanto a la fijación y modificación de cuantías de la prestación que se satisface por recibir el servicio o la actividad.

En segundo lugar, la sentencia núm. 102/2005, de 20 de abril, del Tribunal Constitucional concretó la naturaleza jurídica de las prestaciones que se satisfacen por la recepción de servicios de forma coactiva en los siguientes términos:

6. Pero aún podemos precisar más: si, conforme a la doctrina de este Tribunal, los «tributos, desde la perspectiva constitucional, son prestaciones patrimoniales coactivas que se satisfacen, directa o indirectamente, a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos» (STC 182/1997, FJ 15), no cabe la menor duda de que, con independencia de la calificación formal que les otorga la Ley 27/1992 (STC 233/1999, FJ 18), las llamadas «tarifas» por servicios portuarios constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria. Y son tributos, con independencia de que los denominados servicios portuarios sean prestados por la Autoridad portuaria de forma directa o indirecta, tal y como se desprende, en la actualidad, del párrafo segundo del art. 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, que, a los efectos de calificar a las prestaciones patrimoniales satisfechas por los ciudadanos a las Administraciones públicas como tasas, dispone que «[s]e entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquier de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad correspondan a un ente público».

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional califica como tasas las tarifas que se satisfacen por servicios portuarios al considerar que son prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria, con independencia de la forma en que se preste el servicio. Esta afirmación la realiza el Tribunal Constitucional en aplicación del concepto de tasa que introdujo la Ley General Tributaria, en concreto, en el párrafo segundo de su artículo 2.2.a).

Desde mi punto de vista, el Tribunal Constitucional se aparta del concepto de prestación patrimonial de carácter público que había establecido en sus sentencias núms. 185/1995 y 182/1997 que diferenciaban entre prestaciones patrimoniales de carácter público tributario y no tributario y parece seguir el criterio mantenido en la sentencia núm. 233/1999, de tal forma que atribuye naturaleza tributaria a las prestaciones que los usuarios de los servicios públicos satisfacen a los concesionarios, dado que el legislador las califica de tasa.

Esta regulación de concepto de tasa desde mi punto de vista es errónea porque:

- (i) el acreedor de la prestación no es una administración pública;
- (ii) los ingresos que percibe el explotador del servicio público difícilmente pueden calificarse como ingresos de derecho público y, menos, de naturaleza tributaria;
- (iii) la prestación no se destina al sostenimiento de los gastos públicos.

3. LOS INTENTOS DEL LEGISLADOR DE ADAPTAR LA NORMATIVA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Analizaremos a continuación las modificaciones normativas llevadas a cabo por el legislador para adaptarse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las prestaciones patrimoniales de carácter público:

1.^a Como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 185/1995, de 14 de diciembre, el legislador aprobó Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público. Esta ley modificó el concepto de tasa que se contenía en los artículos 26 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, y 20 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. De acuerdo con la nueva regulación, se definían las tasas de la siguiente forma:

Tasas son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la prestación de servicios o en la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:

Primera. Que los servicios o actividades no sean de solicitud voluntaria para los administrados. A estos efectos no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados:

Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.

Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

Segunda. Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

2.^a La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dio una nueva redacción al concepto de tasa. Así, en su artículo 2.2.a), dijo:

Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.

La principal novedad de la nueva regulación se encontraba en este párrafo segundo, dado que de acuerdo con el mismo la forma de prestación del servicio público (gestión directa o indirecta) resultaba indiferente a la hora de catalogar como tasa la contraprestación que satisfacen los usuarios del servicio por su recepción. De esta forma, las cantidades abonadas a los concesionarios tenían naturaleza de tasa y no de precio privado.

Curiosamente, la Ley General Tributaria (disposición adicional primera) modificó el artículo 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, estableciendo un concepto de tasa idéntico al previsto en el artículo 2.2.a). Sin embargo omitió el párrafo segundo, con lo que la confusión era mayor. Tampoco la LGT modificó el concepto de tasa en la Ley de Haciendas Locales.

3.^a El Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, mantuvo, en su artículo 20, la redacción del concepto de tasa en el ámbito de competencia local que se contenía en la LHL de 1988.

4.^a La disposición final quincuagésima octava de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, suprimió el segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Esta supresión volvía a abrir el debate acerca de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones satisfechas por los usuarios a los concesionarios de los servicios públicos.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONTRAPRESTACIONES SATISFECHAS POR LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (EN ESPECIAL A LOS CONCESIONARIOS)

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la contraprestación satisfecha por los usuarios de los servicios públicos ha evolucionado como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los cambios normativos anteriormente expuestos:

1.^o El Tribunal Supremo tradicionalmente distinguió la naturaleza de la contraprestación según que la tarifa correspondiese a la prestación del servicio por un concesionario en régimen de gestión indirecta o el servicio se prestase directamente por la Administración titular. En el primer caso se estaba ante un precio privado; se trataba de contraprestaciones percibidas directamente por los concesionarios de servicios públicos como remuneración del servicio, aunque la potestad tarifaria correspondiera a la Administración concedente (arts. 148 a 155 RSCL). En el segundo caso, al prestar la Administración el servicio en régimen de gestión directa se entendía que la naturaleza jurídica de la percepción era la de una tasa (ad exemplum, SSTs de 27 de septiembre de 1997, rec. ap. 9964/1991, 29 de octubre de 2003, rec. cas. 566/1997, 5 de febrero de 2009, rec. cas. 3454/2005, 7 de marzo de 2007, rec. cas. 1727/2002 y 7 de abril de 2007, rec. de cas. 2882/2002).

2.^o Esta jurisprudencia se modificó a partir del año 1999 y pasó a considerar que las contraprestaciones percibidas directamente por los concesionarios de servicios públicos tenían la naturaleza jurídica de tasa, con independencia de quién prestara el servicio, como consecuencia de la Ley 25/1998, que estableció el concepto de tasa a resultas de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, cuya doctrina ratificaron las sentencias del mismo Tribunal 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo (SSTs 3 de diciembre de 2012, rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014, rec. de cas. 640/2011, entre otras). Esta doctrina resultaba plenamente concordante con la nueva redacción del concepto de tasa introducida por la LGT de 2003.

3.^o El Tribunal Supremo, con carácter de *obiter dicta*, sostuvo en diferentes sentencias que parecía claro que la supresión del segundo párrafo del artículo 2.2.^o, a) de la LGT llevada a cabo por la Ley de Economía Sostenible abría un panorama diferente (SSTs 3 de diciembre de 2012, rec. de cas. 4354/2011, y de 22 de mayo de 2014, rec. de cas. 640/2011, entre otras).

4.^o En el año 2015 el Tribunal Supremo (la misma Sección, la Segunda, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) dicta tres sentencias sobre la materia. En dos de ellas

resultaba aplicable, por motivos temporales, la nueva regulación del concepto de tasa tras la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible:

— La Sentencia de 28 septiembre 2015, rec. casación n.º 2042/2013: calificó como un precio privado las cantidades satisfechas por los servicios funerarios prestados por una empresa mixta participada por una mancomunidad.

— La Sentencia de 23 noviembre 2015, rec. casación núm. 4091/2013: calificó como tasa la contraprestación satisfecha por los usuarios por la recepción del servicio público municipal de abastecimiento de agua tanto cuando es prestado directamente por la entidad local como a través de un concesionario.

Como se puede observar, las sentencias en un plazo de dos meses efectuaron pronunciamientos, cuando menos, parcialmente contradictorios.

— La Sentencia de 24 noviembre 2015, rec. casación núm. 232/2014: sigue el criterio de la Sentencia de 23 de noviembre de 2015, si bien no resultaba aplicable al caso la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible.

Actualmente se encuentra pendiente de sentencia ante la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5964/2017, que fue admitido a trámite, y en el que se discute precisamente la naturaleza jurídica de la contraprestación satisfecha por los usuarios por la recepción del servicio público municipal de abastecimiento de agua. El auto del Tribunal Supremo, de 2 de julio de 2018, ha indicado que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, en su redacción posterior a la Ley de Economía Sostenible, relativo a naturaleza jurídica de las cantidades cobradas a los usuarios del servicio de abastecimiento de agua potable prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias.

5. LA REGULACIÓN DE LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES DE CARÁCTER PÚBLICO EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ha realizado una regulación de las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, que ha calificado como «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario».

Así se establece en las siguientes disposiciones:

— Disposición adicional cuadragésima tercera. Naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho privado.

Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, mediante sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado.

— Disposición final novena. *Modificación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos.*

Se añade una nueva letra c) al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos, con la siguiente redacción, en virtud del cual quedan excluidas del ámbito de aplicación de dicha ley:

c) Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de la obra o por la prestación del servicio a los concesionarios de obras y de servicios conforme a la legislación de contratos del sector público, que son prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias.

— Disposición final undécima. *Modificación de la Disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.*

La Disposición adicional primera de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, queda redactada en los siguientes términos:

Disposición adicional primera. Prestaciones patrimoniales de carácter público.

1. Son prestaciones patrimoniales de carácter público aquellas 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 prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

— Disposición final duodécima. *Modificación del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.*

Se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndose un nuevo apartado 6 al artículo 20, en los siguientes términos:

6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.

Esta regulación se complementa con lo dispuesto en los artículos 267 y 289 de la ley que denominan a las contraprestaciones económicas que percibe el concesionario que explota la obra o presta el servicio como tarifas cuya naturaleza es la de prestación patrimonial de carácter público no tributario, y precisan su régimen de revisión (en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el capítulo II del título III del libro primero de la presente ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público).

Como se puede observar, el legislador ha calificado las tarifas que abonan los usuarios de los servicios a los prestadores privados como «prestación patrimonial de carácter público no tributario». Esta figura se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, y parece responder a la doctrina inicial sobre la cuestión establecida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias núm. 185/1995, de 14 de diciembre (FJ 3.º) y 182/1997, de 28 de octubre (FJ 15.º).

La nueva regulación ha venido a resolver los problemas jurídicos que ha suscitado a lo largo del tiempo la determinación de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones que satisfacen los usuarios de los servicios públicos, si bien su alcance es mayor dado que el legislador por fin se ha decidido a desarrollar el artículo 31.3 del texto constitucional. De acuerdo con la nueva regulación, podemos destacar:

1.º El legislador no ha dado un concepto de prestación patrimonial de carácter público, sino que se remite a las prestaciones patrimoniales previstas en el artículo 31.3 C.E., si bien incide en la exigencia del requisito de la coactividad.

2.º Las prestaciones patrimoniales de carácter público pueden tener naturaleza tributaria o no tributaria.

3.º El legislador mantiene el concepto de tributo, contenido en el artículo 2 de la LGT:

Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.

Como explica Manuel Garrido Mora, en la obra *Comentarios a la Ley General Tributaria*, segunda edición (Editorial Aranzadi), el concepto que de tributo da la LGT es el siguiente:

1. Se trata de un ingreso público: con ello se diferencia de otros ingresos que pueden obtener las Administraciones Públicas derivados de relaciones jurídico— privadas. Su origen se encuentra en una relación de derecho público existente entre una Administración Pública y un particular. La naturaleza pública del ingreso determina ya que la exigencia de la prestación que comporta sea coactiva y no voluntaria.

2. Su objeto consiste en una prestación pecuniaria: ello no quiere decir que no se admita el pago en especie como precisa el artículo 60.2 LGT siempre que una ley lo prevea expresamente como ocurre en el Impuesto de Sucesiones de acuerdo con lo establecido en el artículo 36.3 de la Ley 29/1987, de 29 de diciembre.

3. El tributo requiere la existencia de una relación jurídica de la que forma parte una Administración Pública como sujeto acreedor y un ciudadano como obligado, lo que responde a una situación de supremacía general típica del derecho administrativo y más en concreto del derecho tributario.

4. El nacimiento del tributo exige la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir...

4.º El legislador califica como prestaciones patrimoniales de carácter público tributario a los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, sin alterar su definición legal contenida en el artículo 2 de la LGT.

Este hecho pone de manifiesto que la configuración como tasa de las contraprestaciones satisfechas por los usuarios de los servicios públicos a los concesionarios en algún modo chirriaba dado que resultaba difícil sostener que esa contraprestación tuviera el carácter de tributo porque ni el acreedor de la obligación es una Administración Pública ni el ingreso se puede definir como ingreso público ni contribuye al sostenimiento de los gastos públicos.

5.º Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario son todas aquellas que no sean tributarias, siempre que (i) sean exigidas coactivamente y (ii) respondan a fines de interés general.

6.º Por último, el legislador otorga tal carácter a aquellas que teniendo tal consideración se exijan por la prestación de un servicio gestionado de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión o sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Esto tiene una consecuencia inmediata: cuando el servicio lo presta una Administración Pública, la contraprestación que percibe tiene naturaleza de tasa, debiendo advertir que en este caso claramente nos encontramos ante un tributo.

Como hemos advertido, la nueva regulación ha incidido especialmente en el ámbito local, en el cual la litigiosidad había sido mayor. El problema jurídico que debían resolver los tribunales consistía en determinar la naturaleza jurídica de la contraprestación satisfecha por la recepción de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado. Si era una tasa, su establecimiento y revisión exigían la aprobación de una ordenanza fiscal (artículos 15 a 17 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) por aplicación del principio de reserva de ley. Si su naturaleza era de precio privado no se requería la aprobación de una ordenanza fiscal y su establecimiento y revisión se debían realizar en los términos previstos en el contrato y, en caso de tratarse de «precios autorizados», se exigía la autorización del órgano competente de la comunidad autónoma respectiva (conforme a lo dispuesto en el artículo 16.4 y el anexo 2, «Precios autorizados de ámbito autonómico», punto 1 del Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, sobre la aprobación de los precios autorizados de ámbito autonómico; el artículo octavo bis del Decreto 3.467/1974, de 20 de diciembre, en lo relativo a las autorizaciones de aumento de tarifas de servicio de competencia local, en la redacción dada por el Real Decreto 2.226/1977, de 27 de agosto, y el artículo 3 y el anexo 3.A. sobre «Precios autorizados a nivel provincial» del Real Decreto

2695/1977, de 28 de octubre, sobre normativa en materia de precios). Por tanto, los actos administrativos por los que se establecía la contraprestación o se acordaba su revisión, si su naturaleza era de tasa, eran nulos de pleno derecho por haberse prescindido del procedimiento legalmente establecido para su aprobación (artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actualmente artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) y no respetar el principio de reserva de ley.

La nueva regulación precisa:

1.º Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos en el ámbito local realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tienen la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

2.º En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de derecho privado.

3.º El establecimiento de las contraprestaciones económicas se debe realizar por ordenanza.

4.º Su revisión, sin perjuicio de respetar el régimen previsto en la LCSP, también ha de ser aprobada por ordenanza.

5.º Estas ordenanzas no son ordenanzas fiscales, dado que no nos encontramos ante una «prestación patrimonial de carácter público tributaria».

6.º Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales deberán solicitar informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas (es decir, en aquellos casos de «precios autorizados» en el ámbito autonómico).

A modo de conclusión, se puede afirmar que el nuevo régimen jurídico ha traído una mayor seguridad jurídica a un ámbito que ha estado sujeto a múltiples cambios legislativos y jurisprudenciales, si bien queda pendiente por resolver cómo incidirá la nueva regulación en las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad.

Por último, simplemente apuntaré una duda que me suscita la nueva regulación y que consiste en si es respetuosa con el principio de reserva de ley de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. No creo que se surjan problemas en el ámbito local, dado que la exigencia de la aprobación de una ordenanza para establecer o revisar las tarifas respeta el principio de reserva de ley; además, sabemos que esa exigencia es de menor intensidad en el ámbito local, máxime cuando se trata de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. Las dudas se plantean en el ámbito estatal o autonómico y sólo apunto el problema:

¿Respeto el principio de reserva de ley una regulación que califica las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, dejando al ámbito del contrato su determinación y revisión, o será necesario que, caso a caso, su establecimiento, los criterios de su determinación y revisión se regulen, cuando menos, en una norma de carácter reglamentario?

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Comentarios a la Ley General Tributaria, 2.^a edición. Editorial Thomson-Aranzadi.

EL CARÁCTER RESERVADO DE LOS DATOS CON TRASCENDENCIA TRIBUTARIA Y EL ARTÍCULO 95 BIS DE LA LGT

Manuel Lamela Fernández

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. La privacidad y la protección de datos. 1.2. Consideraciones previas sobre la publicidad de datos de trascendencia tributaria.—2. EL ARTÍCULO 95 BIS DE LA LGT. 2.1. Objeto, requisitos y publicación. 2.2. La formulación de alegaciones al amparo del artículo 95 bis de la LGT. 2.3. El artículo 95 bis de la LGT frente a las garantías constitucionales y legales establecidas en la normativa reguladora del procedimiento administrativo comun. 2.4. El acceso y procesamiento informático de los datos incluidos en el listado de deudores. 2.5. El derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales en el marco del artículo 95 bis de la LGT.—3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La privacidad y la protección de datos

Los aspectos vinculados al derecho a la privacidad y la protección de datos en los últimos tiempos han cobrado una importancia creciente y están siendo objeto de especial tratamiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero, en ningún caso, es algo novedoso, tratándose de un derecho que viene siendo objeto de observancia y protección desde un punto de vista legal desde hace no pocos años.

Aunque podríamos profundizar mucho en su «historia», nos limitaremos a señalar que una de las primeras referencias de la concepción moderna del derecho a la intimidad, al que los estadounidenses denominaron «*privacy*», surge del estudio jurídico de un caso norteamericano, denominado genéricamente como «Warren-Brandeis article», que data del año 1890; si bien las primeras citas al derecho a la intimidad o privacidad, así denominado y con carácter autónomo, las hizo el juez Thomas MacIntyre Cooley en el año 1873¹. A partir de este momento comienzan a aparecer numerosas referencias al concepto de intimidad y la importancia de la defensa a la vida privada desde un punto de vista legal, hasta llegar al reconocimiento del derecho de una persona a proteger su intimidad, familia, domicilio o reputación de cualquier intromisión ilegítima, que está contemplada por las Naciones Unidas² y, por supuesto, en la propia Constitución Española³, teniendo la consideración el derecho a la privacidad como un derecho fundamental, siendo inalienable e inherente al individuo, sin que pueda renunciar al mismo.

Señalado lo anterior, hay que comentar que hemos sido testigos de diferentes regulaciones y disposiciones, en el ámbito nacional, donde se prescriben, desarrollan y matizan los derechos y obligaciones de los ciudadanos en esta materia, así como en diferentes ámbitos de aplicación. Así, el derecho a la privacidad se ha ido desarrollando y

¹ La obra *The Elements of Torts* define el derecho a la privacidad como el derecho a ser dejado solo o de no ser perturbado o molestado por injerencias externas no deseadas.

² El origen legal del derecho a la privacidad se residencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

³ El artículo 18 de la Constitución Española establece los tres derechos fundamentales de la privacidad: el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen personal.

concretando en diferentes marcos normativos, bien para adaptarse al marco normativo europeo, bien para recoger y establecer disposiciones específicas en lo relativo al derecho a la propia imagen, el derecho al honor, la privacidad laboral o la privacidad de los menores, por citar sólo algunos ejemplos.

No hay que olvidar que la protección de datos personales está vinculada a la efectividad de otros derechos y libertades de las que gozamos en la sociedad actual, puesto que la utilización indebida de los datos personales podría derivar en una restricción y perturbación absolutamente ilegítima, de derechos que hoy en día consideramos irrenunciables y que cada vez gozan de mayor protección. No obstante lo anterior, también es cierto que la protección de datos personales puede estar directamente vinculada al establecimiento de límites para el ejercicio de otros derechos, como pudiera ser el caso de los derechos de libertad de expresión, de información o el conocido como «principio de transparencia», cada vez más acuñado.

El papel que viene desempeñando la Administración en este ámbito es, y debe de ser, crucial, como garante de los derechos de la ciudadanía para el debido respeto de la privacidad, en el marco de unos condicionamientos mínimos de libertad, seguridad y transparencia. En efecto, es un reto al que, de una u otra manera, se está prestando especial atención, máxime si tenemos en consideración la innegable revolución que ha supuesto la incorporación de las nuevas tecnologías que permiten, además, de forma global y sin fronteras, someter a tratamiento y divulgación, información de todo tipo, con las ventajas que ello conlleva, pero también con los riesgos y amenazas que esta realidad supone, de ahí la evolución experimentada de nuestro ordenamiento jurídico, que no es muy diferente a la sufrida en el derecho comparado de los países de nuestro entorno.

Sin embargo, no es el objetivo del presente capítulo profundizar ni en la historia o antecedentes de este derecho ni en nuestro ordenamiento general en materia de protección de datos, que, por su complejidad y extensión podría ser objeto de un intenso y exhaustivo análisis sobre su alcance, efectos y consecuencias, ni tampoco en el derecho comparado, sino que, específicamente, vamos a realizar un breve estudio sobre el tratamiento que presta nuestro ordenamiento jurídico sobre el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, aspecto que, igualmente, cuenta con una notable conexión con la protección de datos de carácter personal.

Precisamente, en lo relativo a la protección de datos de carácter personal de los contribuyentes, en la actualidad no se pone en duda la capacidad de nuestra Agencia Tributaria de acceder a cierta información de los ciudadanos, con el objeto de comprobar y acreditar el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, sin que de ello se entienda que se deriva una violación del derecho a la intimidad personal y familiar, ni que se vulnere el artículo 18.1 de la Constitución. A este respecto, como bien señala la Sentencia del TS, Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de marzo de 2000, cuyo ponente fue nuestro querido y admirado Manuel Goded Miranda, se constata que «según la doctrina del Tribunal Constitucional, la obtención de elementos probatorios relacionados exclusivamente con las actividades económicas de los ciudadanos, que tienen su reflejo en operaciones bancarias, con objeto de comprobar el cumplimiento de sus deberes fiscales, no resulta contrario a los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (*cfr.* sentencias 110/1984, 76/1.990 y auto 642/1986)».

Sin embargo, esta circunstancia es muy diferente a un tema que ha tenido una notable repercusión jurídica y mediática y que creemos que merece ser analizado con especial atención y detenimiento, derivado de la modificación de la Ley 58/2003, de 17 de

diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), mediante la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, y donde, en su controvertido artículo 95 bis se aborda la «publicidad de situaciones de incumplimiento relevante de las obligaciones tributarias», como una cuestión que si bien no es en absoluto novedosa en la legislación española, atendiendo al contenido de las nuevas disposiciones vigentes, podrían arrojar hoy, a nuestro juicio, serias dudas sobre su idoneidad e incluso constitucionalidad, específicamente en lo relativo a la publicación periódica de listados de deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias cuando concurren una serie de circunstancias fijadas por el legislador, quizás más con criterios políticos o de «actualidad social» que jurídicos.

1.2. Consideraciones previas sobre la publicidad de datos de trascendencia tributaria

La publicidad de información o de datos con trascendencia tributaria no es algo novedoso en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, encontramos que esta circunstancia ya quedaba recogida en el ya derogado Real Decreto 2631/1995, de 18 de diciembre, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias. En esta norma, en su artículo 20, quedaba recogido que «los Delegados de Hacienda darán publicidad mensualmente, en dos diarios de los de mayor difusión de cada provincia, o solamente en uno, si no existieran más, a la identidad de las personas o Entidades que hayan sido sancionadas en el mes natural inmediatamente anterior, en virtud de resolución firme, por infracciones tributarias graves de más de cinco millones de pesetas, que no hayan dado lugar a la iniciación del sumario por presunto delito contra la Hacienda Pública».

De la lectura de este precepto, comprobamos que la intencionalidad de la norma se centraba en dar publicidad de las sanciones, con resolución firme, por infracciones tributarias graves. Se trata de un matiz que debe ser tenido en especial consideración, dada la evolución que ha experimentado el concepto de «publicidad de datos de trascendencia tributaria» hasta la nueva normativa a la que nos referimos. Es evidente que ha sufrido una alteración notable, puesto que podemos comprobar hoy que hemos pasado de la simple comunicación jurídica de sanciones firmes por infracciones tributarias a la publicación, con la LGT actual, de meras situaciones de morosidad fiscal, sin que sea necesaria la existencia de resoluciones sancionadoras o sentencias firmes condenatorias.

A este respecto es importante también tener presente el contenido de la Ley Orgánica 10/2015⁴, por la que se regula el acceso y publicidad de determinada información sobre sentencias dictadas en materia de fraude fiscal, un texto que avala la publicación de resoluciones condenatorias firmes penales cuando el delito tenga por perjudicado a la Hacienda Pública, al considerar que tal publicidad «sirve a un interés general». La entrada en vigor de esta ley se encuentra en el ámbito de aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que legitima la comunicación de datos personales a terceros, sin el consentimiento del afectado, siempre que exista una norma con rango mínimo de ley que lo autorice. Esta ley orgánica reconoce el carácter público del acceso al fallo de las sentencias condenatorias firmes en materias especialmente relevantes para el control fiscal, como es el caso

⁴ Modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, introduciendo un nuevo artículo 235 ter, conforme al cual se permite la publicación de extractos de resoluciones judiciales cuando concurren una serie de requisitos.

de delitos contra la Hacienda Pública; delitos de insolvencia punible; en los casos que el acreedor sea el erario público o bien en los casos de delitos de contrabando, permitiendo en estos supuestos el acceso público a determinados datos personales del condenado o del responsable civil. En lo relativo al contenido de la información a publicar, esta norma recoge que se refiera la publicidad únicamente a los datos de identificación del condenado y del responsable civil, así como a la identificación del proceso, el delito correspondiente, junto con la pena y cuantía de la responsabilidad civil impuesta.

Así, no cabe duda que el derecho a la protección de los datos personales, tenido en consideración como derecho fundamental a la intimidad personal, claudicaría, en el supuesto anterior, ante la concurrencia de otros derechos e intereses generales superiores avalados por nuestro ordenamiento jurídico y ello, a nuestro juicio, con garantías legales y procesales suficientes.

El propio Consejo General del Poder Judicial subrayó, en su momento, que esta ley de 2015 perseguía alcanzar determinados objetivos de eficacia administrativa y judicial y de máxima transparencia con el fin de garantizar el cumplimiento del deber constitucional de soportar los gastos públicos⁵, como lo demuestra el hecho de que la norma en cuestión no se proyecta sobre toda condena penal sino sobre las que atañen al fraude fiscal, alzamiento de bienes y contrabando. Todo ello, sin perjuicio de que, tal como también reconoció el Consejo General del Poder Judicial⁶, la publicidad de la sentencia puede suponer un gravamen adicional para la persona condenada, pudiendo afectar a sus derechos individuales al honor, intimidad y protección de datos, pero «también cabe entender que esta publicidad cumple fundamentalmente una función de información y en gran medida de lucha contra el fraude fiscal, configurándose como un elemento preventivo y educativo», a nuestro juicio, en un marco normativo de unas más que razonable seguridad jurídica del afectado.

A mayor ahondamiento, el razonamiento del interés público de la publicación de sanciones no sólo se circunscribe a cuestiones tributarias. Así, hemos sido testigos de cómo la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha llegado a justificar la publicación en el BOE de sanciones impuestas por infringir la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁷, al considerar que «concorre un evidente interés público» en que estas sanciones sean publicadas, una vez que responden a decisiones administrativas firmes en la vía administrativa.

A la vista de estos antecedentes, y en lo relativo al posible carácter reservado de cierta información, no cabe duda que la comunicación y divulgación de sanciones, ante determinadas circunstancias y siempre que medie una sentencia firme, cuenta con una reconocida argumentación jurídica y jurisprudencia, siempre que esta consideración vaya íntimamente ligado al concepto del «interés general», algo que, como ya se ha indicado, podría entrar en contraposición con el criterio actual y «novedoso» del artículo 95 bis de la LGT sobre la mera publicidad de listados de obligados tributarios morosos, no de sanciones tributarias, que tanta polémica han llegado a generar y cuyo análisis realizamos en el presente artículo.

⁵ Artículo 31, apartado 1, de la Constitución Española: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

⁶ Conforme al Informe del Anteproyecto de la Ley Orgánica, emitido por el Consejo del Poder Judicial, aprobado en el Pleno celebrado el 11 de mayo de 2015.

⁷ Auto de fecha 2 de octubre de 2015 por el que se rechazó la petición del Banco Santander de no dar publicidad en el BOE a una multa por importe de un millón de euros, impuesta a la entidad como responsable de una infracción muy grave contemplada en la Ley 10/2010.

2. EL ARTÍCULO 95 BIS DE LA LGT

2.1. Objeto, requisitos y publicación

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que modifica la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), introduce, en su preámbulo, una serie de elementos justificativos sobre la oportunidad e idoneidad de las medidas que dicha norma contiene. En este sentido, en lo relativo a la publicación de listado de deudores tributarios, se especifica que «es necesario un reforzamiento de los mecanismos de la Hacienda Pública de fomento del deber general de contribuir del artículo 31 de la Constitución y de lucha contra el fraude fiscal, no solo mediante medidas dirigidas directa y exclusivamente a la mera represión del mismo». Añade igualmente que «no cabe olvidar que la Constitución Española dispone en su preámbulo la voluntad de la Nación de establecer una sociedad democrática avanzada. El principio de transparencia y publicidad forma parte de los principios que deben regir la actuación de todos los poderes públicos para hacer efectivo ese objetivo». Conforme a este criterio del legislador, la norma señala que la medida consistente en la publicación de listados de deudores se enmarca en la orientación de la lucha contra el fraude fiscal, «a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios, en la promoción del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria así como en la publicidad activa derivada de la transparencia en la actividad pública en relación con la información cuyo conocimiento resulte relevante».

En lo referente a la reserva de datos tributarios, el citado preámbulo de la ley señala que la medida es «totalmente respetuosa con la reserva de datos tributarios», subrayando que serán objeto de publicidad aquellas conductas tributarias «socialmente reprobables desde una óptica cuantitativa relevante», difundiendo «aquellas conductas que generan un mayor perjuicio económico para la Hacienda Pública que traen causa de la falta de pago en los plazos originarios de ingreso en periodo voluntario establecidos en la ley en atención a la distinta tipología de las deudas». La propia ley indica que, «si bien los principios de transparencia y publicidad pueden colisionar en ocasiones con otros derechos constitucionalmente protegidos, como son los de intimidad y protección de datos, deben ponderarse adecuadamente los distintos intereses que se pretenden salvaguardar».

Amparado por la anterior reflexión, el nuevo artículo 95 bis establece que la Administración Tributaria «acordará la publicación periódica de listados comprensivos de deudores a la Hacienda Pública cuando concurran una serie de circunstancias relacionadas con el volumen de las deudas y sanciones tributarias». En este sentido, establece que este artículo será de aplicación cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) Que el importe total de las deudas y sanciones tributarias pendientes de ingreso supere el importe de 1.000.000 de euros.
- b) Que dichas deudas o sanciones tributarias no hubiesen sido pagadas transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario.

A estos efectos, la norma también subraya que no se incluirán aquellas deudas y sanciones tributarias que se encuentren aplazadas o suspendidas. Por otro lado, en lo referente a la información que se hará pública, el artículo 95 bis indica que los listados incluirán la identificación de los deudores, que en el caso de personas físicas consistirá en nombre apellidos y NIF, y en el caso de personas jurídicas y entidades a las que hace

referencia el artículo 35.4 de la LGT⁸, la información a publicar consistirá en la razón o denominación social completa y NIF. Paralelamente, la norma establece que se publicitará el «importe conjunto de las deudas y sanciones pendientes de pago».

Cabe indicarse que, en lo relativo al objeto y alcance de este artículo de la LGT, en el ámbito del Estado, la publicidad regulada en este artículo se refiere exclusivamente a los tributos de titularidad del Estado, no habiendo existido delegación alguna de competencias en estos ámbitos en favor de las comunidades autónomas o entidades locales. Igualmente, la publicidad regulada en el artículo 95 bis resulta de aplicación respecto a los tributos que integran la deuda aduanera.

En lo referente a la implementación de las medidas recogidas en este artículo, la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la inclusión en el listado toma como fecha de referencia el 31 de diciembre del año anterior al del acuerdo de publicación. Por su parte, el artículo 95 bis también indica que, mediante orden ministerial se establecerán la fecha de publicación, que deberá producirse en todo caso durante el primer semestre de cada año, y los correspondientes ficheros y registros. La publicación se efectuará por medios electrónicos, debiendo adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido a través de motores de búsqueda en Internet y los listados dejarán de ser accesibles una vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación. La norma establece que el tratamiento de datos necesarios para la publicación se sujetará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general, y en su reglamento aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

En todo caso, lo dispuesto en este artículo, según queda recogido en la ley, no afectará en modo alguno al régimen de impugnación establecido en la LGT en relación con las actuaciones y procedimientos de los que se deriven las deudas y sanciones tributarias ni tampoco a las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos iniciados o que se pudieran iniciar con posterioridad en relación con las mismas.

2.2. La formulación de alegaciones al amparo del artículo 95 bis de la LGT

Conforme al contenido del novedoso artículo 95 bis de la LGT, la propuesta de inclusión en el listado de deudores será comunicada al deudor afectado, que «podrá formular alegaciones en el plazo de 10 días contados a partir del siguiente al de recepción de la comunicación».

A estos efectos, la norma establece que será suficiente para entender realizada dicha comunicación la acreditación por parte de la Administración Tributaria de haber realizado un intento de notificación de la misma que contenga el texto íntegro de su contenido en el domicilio fiscal del interesado. En todo caso, «las alegaciones habrán de referirse exclusivamente a la existencia de errores materiales, de hecho, o aritméticos» en relación con circunstancias relacionadas con el volumen de las deudas y sanciones tributarias recogidas en artículo 95 bis.

Como consecuencia del trámite de alegaciones, la Administración podrá acordar la rectificación del listado cuando se acredite fehacientemente que no concurren los requisitos legales establecidos en la LGT. Del mismo modo, la rectificación también podrá ser

⁸ Herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

acordada de oficio. Por otro lado, practicadas las rectificaciones oportunas, se dictará el acuerdo de publicación, y la notificación del acuerdo se entenderá producida con su publicación y la del listado.

Pues bien, a nuestro juicio, el referenciado trámite de alegaciones que queda definido en el artículo 95 bis merece, sin duda, un especial análisis y estudio, dado que, comparado con la normativa general que regula los procedimientos administrativos en nuestro país, el nuevo artículo establece unas pautas, criterios y plazos que limitan y restringen de manera considerable el derecho a la defensa y de formulación de alegaciones por parte del administrado, en este caso, contribuyente.

2.3. El artículo 95 bis de la LGT frente a las garantías constitucionales y legales establecidas en la normativa reguladora del procedimiento administrativo común

De la lectura del artículo 95 bis podría deducirse que, al margen de las colisiones que podría provocar esta medida con otros derechos de especial protección, como son el derecho a la intimidad personal, al honor o a la buena imagen, cabe introducir la reflexión sobre si esta regulación podría incidir directamente en derechos constitucionales y en las normas que rigen para el procedimiento administrativo común.

En este caso, es importante profundizar en las cuestiones a las que hace referencia el artículo 95 bis, en lo relativo a los derechos del contribuyente frente a la Administración tributaria, ya que podría deducirse que «el administrador tributario» aparece con menor y peor derecho en comparación con cualquier otro ciudadano en sus relaciones con otros órganos de la Administración General del Estado, diferentes de Hacienda o de la Agencia Tributaria, algo que puede ser de difícil comprensión y justificación y, en virtud de lo cual, no debemos perder de vista lo recogido en los artículos 9.1, 9.3, 24, 103.1 y 105.c) de la Constitución Española, que delimitan un marco jurídico claro de derechos fundamentales del administrado (de todos los administrados sin excepciones) en sus relaciones con las Administraciones Públicas, sin excepción o limitación por razón de la materia o del órgano administrativo.

Concretamente, como ya se ha indicado anteriormente, el artículo 95 bis hace mención expresa a que la inclusión en el listado de deudores será comunicada al deudor afectado, que podrá formular alegaciones en el plazo de diez días a contar desde la recepción de la comunicación, indicándose también las restricciones y los criterios ya referenciados en el apartado anterior en lo relativo a la fórmula, extensión y requisitos de presentación de dichas alegaciones.

Pues bien, conforme a las condiciones establecidas en la tramitación de alegaciones del artículo 95 bis de la LGT, nos encontramos ante una regulación de los diferentes trámites de que consta el procedimiento administrativo encaminado a aprobar la lista de deudores que podría ser considerada como «atípica» y, a nuestro modo de ver, injustificada, por alejarse, en gran medida, de la normativa general en este ámbito, generando una notable inseguridad jurídica. En concreto destacamos:

- a) Trámite de alegaciones limitado o restringido (limitación grave y posible vulneración del derecho constitucional a la defensa) en el que únicamente se pueden formular las referentes «exclusivamente a la existencia de errores materiales, de hecho, o aritméticos».

- b) Sistema de notificación «express», diferenciado del ordinario y no garantista en el que se considera cumplido el trámite preceptivo con la simple «acreditación por parte de la Administración Tributaria de haber realizado un intento de notificación de la misma que contenga el texto íntegro de su contenido en el domicilio fiscal del interesado».
- c) Consideración de que, tras la notificación de la propuesta de inclusión en el listado y la formulación, en su caso, de las correspondientes alegaciones, el siguiente trámite es el acuerdo de publicación del listado, sin que medie acto administrativo singular alguno en el que se resuelva y motive, una vez analizadas y contestadas las alegaciones, la procedencia o improcedencia de inclusión de una persona determina en el listado de deudores.

Esta «especial» regulación del procedimiento encaminado a identificar a las personas físicas o jurídicas que van a formar parte de la lista de deudores evidencia a nuestro juicio una objetiva merma de las garantías constitucionales y ordinarias que tienen reconocidos todos los administrados en la regulación general sobre la materia, muy especialmente si tenemos en consideración la especial la repercusión y trascendencia pública y social del acto administrativo que conlleva la posible inclusión en el listado de deudores tributarios y el daño que esta publicidad implica para el deudor tributario y para su entorno profesional y familiar, que, obviamente, no tiene por qué ser un «defraudador» y que en todo caso ningún órgano competente le ha calificado como tal en tal momento.

En este sentido, es preciso recordar que la normativa general en materia de procedimiento administrativo, constituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP)⁹, en lo relativo al trámite de alegaciones, reconoce a los interesados en un procedimiento administrativo el derecho a «en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio», los cuales se tendrán en cuenta «por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución» (artículo 76.1). Además de ello, dicha norma regula, en su artículo 82, el trámite de audiencia, en el que, en el momento inmediato anterior a la redacción de la propuesta de resolución, «se pondrán de manifiesto a los interesados» para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, puedan «alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes».

De acuerdo con ello, la posibilidad de presentar alegaciones en el procedimiento administrativo por parte de los interesados es amplia y garantiza su derecho a la defensa, tanto desde el punto de vista formal (con carácter general durante todo el procedimiento y específicamente en el trámite de audiencia) como material (no hay limitación con respecto a la clase de alegaciones que se pueden presentar). Por el contrario, el artículo 95 bis de la LGT limita, exclusivamente, la posibilidad de presentar alegaciones a los diez días posteriores a la comunicación de la propuesta de inclusión en la lista de deudores, pudiendo únicamente versar sobre «errores materiales, de hecho, o aritméticos», lo cual supone una limitación que contradice los derechos que a los interesados reconoce la LPACAP y que bien puede vulnerar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

⁹ Esta norma regula, entre otras cuestiones relevantes, las diferentes fases del procedimiento administrativo y los trámites que éste comprende, así como los derechos que se reconocen a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas y en su condición de interesados en un procedimiento.

Por su parte, en lo relativo a la notificación de actos administrativos¹⁰, en el caso de las notificaciones en papel, se contempla que se realicen en el domicilio indicado por el interesado, procediendo, en el supuesto de resultar infructuosa, a publicar un anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*, mientras que en lo que respecta a las que se realizan a través de medios electrónicos se considera que el interesado ha sido notificado cuando accede, a través de la sede electrónica, al contenido del acto notificado. Es decir, el legislador ha diseñado un sistema mediante el cual se garantiza que se han realizado todos los esfuerzos posibles para notificar un acto administrativo al interesado, aportando un elevado grado de seguridad jurídica. Por el contrario, la forma de notificación regulada en el artículo 95 bis de la LGT consiste en considerar al interesado como notificado con un único intento de notificación en su domicilio fiscal, independientemente de que haya tenido éxito o no. Comparando el sistema general con el especialmente previsto para la comunicación del acuerdo de inclusión en la lista de deudores, no parece que sea excesivamente respetuoso con los derechos de los interesados, lo que se ve agravado por la enjundia de la materia sobre la que versa y, como veremos más adelante, por la trascendencia o consecuencias que puede tener sobre un contribuyente deudor, que no necesariamente defraudador.

En cuanto a la finalización del procedimiento, la LPACAP establece diferentes modalidades de finalización del procedimiento, entre las cuales se encuentra la resolución. Según el artículo 88 de dicho texto legal, «la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo», contemplando en lo que respecta a su notificación que «sin perjuicio de la forma y lugar señalados por el interesado para la práctica de las notificaciones, la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente y garantizará la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento que se formalice mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en esta Ley». Por el contrario, el artículo 95 bis de la LGT faculta a la Agencia Tributaria para dictar directamente el acuerdo de publicación una vez verificadas las alegaciones presentadas por el supuesto deudor, sin que medie resolución singular previa alguna que sea notificada a los interesados. Ello implica que se pasa directamente a dar publicidad a un listado de deudores, supuestamente aprobado tras la correspondiente tramitación administrativa, sin que se proceda a emitir ni notificar al interesado, el acto administrativo singular en virtud del cual se le incluye en dicha lista y se resuelvan sus alegaciones. Por tanto, al igual que en los supuestos anteriores, cabría deducir que esta regulación incide directamente en el ámbito de los derechos que la legislación general en materia de procedimientos administrativos reconoce a los interesados, limitándolos de forma notoria y, posiblemente, injustificada en perjuicio del administrado-contribuyente.

En cualquier caso, lo cierto es que este análisis comparativo nos permite concluir que la regulación que establece el artículo 95 bis de la LGT del procedimiento administrativo dirigido a la confección y publicación de la lista de deudores restringe de una forma drástica los derechos y garantías que la LPACAP contempla, y cuyo ámbito de aplicación es la Administración General del Estado, dentro de la cual está incluida la Agencia Tributaria, no pareciendo que sea «muy respetuosa» con el marco general de derechos constitucionales de todo administrado.

¹⁰ Los artículos 40, 41, 42, 43 y 44 de la LPACAP establecen unos criterios para la comunicación de actos administrativos en los que prima la seguridad jurídica por encima de la celeridad, fijando diversas reglas para evitar que un interesado en el procedimiento no sea debidamente notificado.

Señalado lo anterior, es cierto que el artículo 1.2 de la LPACAP contempla la posibilidad de que, mediante ley, «cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley», considerando también que mediante reglamento puedan «establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar». Igualmente, la disposición adicional primera vuelve a incidir sobre la posibilidad de modificar la normativa de tramitación en supuestos concretos, determinando que «los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se registrarán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales». A mayor abundamiento, la norma identifica una serie de «actuaciones y procedimientos» que se registrarán por su normativa específica y de forma supletoria por la LPACAP, entre los que se hace referencia a las «actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa» y a las «actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera».

Sin embargo, según nuestro criterio, no cabe pensar que puedan acogerse a estos supuestos la conformación de la lista de deudores prevista en el artículo 95 bis de la LGT, debido a que no se trata propiamente de procedimientos de gestión tributaria, ni de un procedimiento sancionador, aunque de facto lo parezca, ni de «revisión» de nada. La propia exposición de motivos de la Ley 34/2015 enmarca la publicación de la lista de deudores en «la orientación de la lucha contra el fraude fiscal a través del fomento de todo tipo de instrumentos preventivos y educativos que coadyuven al cumplimiento voluntario de los deberes tributarios, en la promoción del desarrollo de una auténtica conciencia cívica tributaria así como en la publicidad activa derivada de la transparencia en la actividad pública en relación con la información cuyo conocimiento resulte relevante», estableciendo igualmente que «sólo serán objeto de publicidad aquellas conductas tributarias socialmente reprobables desde una óptica cuantitativa relevante, permitiendo el legislador solo la difusión de aquellas conductas que generan un mayor perjuicio económico para la Hacienda Pública que traen causa de la falta de pago en los plazos originarios de ingreso en periodo voluntario establecidos en la Ley en atención a la distinta tipología de las deudas».

En virtud de estas afirmaciones, podemos concluir que la publicación de la lista de deudores se constituye como un instrumento dirigido a dar publicidad a determinados supuestos comportamientos con la finalidad de alcanzar unos más que discutibles fines. No procede, por tanto, su calificación como «actuación y procedimiento de aplicación de los tributos», ya que la gestión de éstos sigue su propia regulación, ni de «actuaciones y procedimientos sancionadores», pese al indudable gravamen que de ello se deriva para las personas físicas o jurídicas que se vean incluidas en dichos listados, en ocasiones de consecuencias más graves e irreparables socialmente que la imposición de una sanción pecuniaria.

Con independencia de esta circunstancia, tampoco hay que ser ajenos a la disposición derogatoria única de la LPACAP, que dictamina que «quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley». Esta previsión, unida a la que establece el artículo 1.2¹¹, supone que solo

¹¹ Relativa a que, por ley y cuando se encuentre debidamente justificado, podrán, en el futuro, contemplarse regulaciones específicas que afectan a la tramitación de los procedimientos.

mediante norma legal, aprobada con posterioridad al 1 de octubre de 2016 (fecha de entrada en vigor de la LPACAP), podría establecerse un sistema diferente en lo que a la que a la estricta ordenación del procedimiento se refiere.

Esta circunstancia podría llevar a pensar que, teniendo en cuenta que el artículo 95 bis de la LGT fue incluido en la misma mediante la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, que entró en vigor el 12 de octubre de 2015, tratándose por tanto de una norma legal anterior a la LPACAP, las previsiones contempladas en dicho artículo no serían de aplicación por lo dispuesto en el artículo 1.2 de la LPACAP. Sin embargo, la disposición adicional primera sí contempla la vigencia de aquellas especialidades procedimentales meramente relativas a la exclusión o adición de determinados trámites (posibilidad de que las leyes especiales por razón de la materia «no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos»), por lo que, cabe analizar si el artículo 95 bis de la LGT únicamente podría considerarse plenamente aplicable en el caso de que establezca una modificación del procedimiento constreñida exclusivamente a lo que a su tramitación se refiere.

Así las cosas, puede concluirse que la LPACAP, bajo determinadas exigencias y condiciones formales, permite modificar el procedimiento administrativo general, limitando dicha modificación al ámbito estrictamente de la tramitación, sin poder, por tanto, afectar a otros aspectos relevantes de aquel, como son los principios generales que rigen en dicho procedimiento o los derechos y obligaciones relativos a los interesados.

Consecuentemente, entendemos que es interesante analizar, seguidamente, si el contenido del artículo 95 bis de la LGT reúne las condiciones materiales precisas para que resulte de aplicación la excepción prevista en la LPACAP. Teniendo en cuenta que, como se ha señalado anteriormente, la LPACAP permite, por razones justificadas, la existencia de procedimientos especiales en los cuales se puedan excluir o incluir trámites adicionales o distintos con respecto a lo previsto con carácter general, parece conveniente definir el concepto de «trámite» y su alcance. Pues bien, conforme al *Diccionario del Español Jurídico*, elaborado conjuntamente por la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial¹², los trámites serían la «sucesión de actuaciones que forman parte de un procedimiento administrativo y que, como tal, se encuentra reglado». Centrándonos en el supuesto que nos ocupa y de conformidad con esta definición y con las previsiones contempladas en la LPACAP anteriormente expuestas, el artículo 95 bis de la LGT únicamente podría, en el procedimiento dirigido a la publicación de la lista de deudores y en virtud de motivos suficientemente justificados, excluir o incluir actuaciones con respecto al procedimiento administrativo común.

Una vez que se ha delimitado el alcance de las posibles modificaciones procedimentales que el artículo 95 bis de la LGT podría introducir respetando el contenido de la LPACAP, se considera oportuno acudir a dicho precepto para ver si la regulación que establece consiste únicamente en una mera exclusión de trámites previstos en el procedimiento general o en la adición de otras actuaciones no previstas en éste. Pues bien, tal y como ya se ha señalado anteriormente, el procedimiento regulado por dicho precepto únicamente contempla como trámites la comunicación al interesado de la propuesta de inclusión (con un sistema de notificación sustancialmente diferente del establecido con carácter general), la presentación de alegaciones por parte del interesado con un carác-

¹² Debe considerarse como trámite en el ámbito del derecho administrativo «cada una de las actuaciones que, emanadas de la Administración Pública actuante o de los particulares intervinientes como interesados o en otro concepto, se incardinan en un procedimiento en la forma jurídicamente establecida».

ter sumamente restrictivo y el acuerdo de publicación del listado, sin que previamente medie un acto administrativo individual que le informe de su inclusión definitiva en el listado ni que, en su caso, resuelva sobre las alegaciones presentadas (es decir, el interesado se entera por la publicación de la lista de deudores en la forma prevista por la norma, al mismo tiempo que las redes sociales, medios de comunicación y el resto de ciudadanos que, obviamente, carecen de la condición de interesados).

En lo que se refiere al trámite de alegaciones, recordemos que se limita su contenido a la presentación de aquellas relativas «exclusivamente a la existencia de errores materiales, de hecho, o aritméticos en relación con los requisitos señalados en el apartado 1» (motivos para estar incluido en la lista). A este respecto, cabe subrayarse que el Consejo de Estado¹³ consideró que no es acertado «prever que tales alegaciones solo puedan versar sobre la existencia de error material, de hecho, o aritmético, pues esta limitación puede restringir en exceso el ámbito de las alegaciones», lo que implica una seria duda sobre la posible procedencia de esta redacción.

Estamos, por tanto, ante una modificación de un trámite, no la exclusión o adición de uno nuevo, hecho que ya de por sí resulta difícil de admitir teniendo en cuenta las previsiones tasadas de la LPACAP. Pero, además, esta atípica regulación del trámite de alegaciones podría vulnerar los derechos que la LPACAP le reconoce a los interesados en su artículo 53, según el cual éstos tiene derecho a «formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución», previsión que se reproduce en términos prácticamente similares en el artículo 76¹⁴.

En lo que respecta al trámite de audiencia, la regulación que de éste realiza el artículo 82 contempla la puesta de manifiesto del expediente a los interesados con carácter previo a la elaboración de la propuesta de resolución, otorgando un plazo no inferior a 10 días ni superior a 15 para «alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes». Todo ello permite calificar el régimen establecido por el artículo 95 bis de la LGT para la presentación de alegaciones como una modificación sustancial de lo que se ha descrito anteriormente, y de lo que permite la LPACAP bajo determinadas circunstancias, vulnerando incluso los propios derechos constitucionales y legales que se le reconocen a los interesados en el procedimiento, condición que recae en las personas físicas o jurídicas a las que la Agencia Tributaria les ha comunicado su intención de incluirles en la denominada lista de deudores.

A mayor abundamiento cabe destacar que la LGT, en este controvertido artículo, concreta, incluso, un procedimiento menos garantista que el que contempla el Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el reglamento general del régimen sancionador tributario, en sus artículos 21 y siguientes a la hora de definir el procedimiento sancionador tributario. Ello supone que ante una situación (inclusión en el listado de deudores), en el mejor de los casos de igual gravedad que la imposición de una sanción tributaria (entendemos que mucho más grave y trascendente como se verá), el artículo 95 bis de la LGT define un procedimiento en el que limita y cercena derechos del contribuyente, colocándole en peor condición y situación que si se tratara de un

¹³ Dictamen número 130/2015, de 9 de abril, del Consejo de Estado, emitido sobre el anteproyecto de ley que contemplaba la introducción de esta medida.

¹⁴ «Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio».

procedimiento tributario dirigido a determinar la procedencia o no de la imposición de una sanción fiscal, situación esta, a nuestro juicio difícilmente defendible y aceptable.

Pasando a la segunda importante modificación procedimental que introduce el artículo 95 bis de la LGT, relativa a la forma de notificación, nos encontramos, como hemos comentado anteriormente, con una profunda alteración de los términos en que se regula con respecto a las previsiones de la LPACAP. No se trata, por consiguiente, de que la LGT no exija «alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos», que son los términos de la excepción que reconoce la disposición adicional primera de la LPACAP, sino que estamos ante una alteración significativa de un trámite esencial y garantista como es la de la notificación. Al igual que en el caso de las alegaciones, el Consejo de Estado también se pronunció al respecto, coincidiendo plenamente con él al considerar, en el Dictamen citado anteriormente, que «no se aprecia la concurrencia de razones extraordinarias que justifique introducir en este punto una excepción al régimen general de notificación contenido en los artículos 109 y siguientes de la Ley General Tributaria (y, en particular, en su artículo 112¹⁵)», lo que supone una seria llamada de atención sobre la falta de justificación de esta regulación, que, a nuestro modo de ver, vulnera también derechos fundamentales del obligado tributario.

La importancia de este trámite reside en que, de conformidad con la regulación que realiza la LPACAP, se garantiza que la Administración actuante va a poner todos los medios posibles para que al interesado se le notifiquen los actos que les afectan, estableciendo diversos mecanismos en su articulado dirigidos a ello o, en el supuesto de que dicha notificación no se realice por una actuación consciente o inconsciente del interesado, se acredite que así ha sido, sin que sea imputable a la propia Administración. Esta regulación, por tanto, supone una garantía para ambas partes (Administración y administrado) de que la información relativa al procedimiento en curso llega en todo caso al interesado o se ponen los medios precisos para que así sea, garantizando su seguridad jurídica.

Por el contrario, el artículo 95 bis de la LGT lo que hace es alterar sustancialmente y de manera injustificada este trámite, considerándose que está cumplido con la realización por parte de la Agencia Tributaria de un único intento de notificación, haya tenido éxito o no, lo que sin duda alguna otorga una posición de ventaja a la Administración. Ello es así porque la Administración actuante se verá facultada para seguir adelante con el procedimiento mediante la acreditación de que ha ejecutado un intento de notificación, con independencia de que sea fallido, sin que, en este supuesto, se vea obligada a realizar actos posteriores encaminados a informar al interesado. Estamos, por tanto, ante una grave mutación de la figura de la notificación, que pasa de ser considerada como una garantía fundamental para que el interesado reciba las resoluciones o actos administrativos de trámite que le afecten, a operar únicamente como una habilitación a la Administración para poder continuar con el procedimiento tras un simple intento de notificación, sin que encontremos ninguna fundamentación jurídica o argumentación objetiva en la que se pueda justificar de alguna manera esta limitación e, incluso, lo que es más grave, una posible vulneración de derechos.

Por último, en lo que se refiere a la resolución mediante la cual, una vez sustanciado el correspondiente procedimiento administrativo, se decide la inclusión de un contribuyente en la denominada lista de deudores, el artículo 95 bis de la LGT simplemente la suprime, contemplando que, tras realizar, en su caso, las rectificaciones oportunas (que,

¹⁵ Se exige, como regla general, dos intentos de notificación.

como se ha venido señalando a lo largo del presente escrito, solamente pueden obedecer a errores materiales, aritméticos o de hecho), «se dictará el acuerdo de publicación». Ello implica que el legislador ha permitido que el procedimiento administrativo pase directamente de un trámite de alegaciones, que limita los derechos del interesado, a acordar la publicación de la lista, sin que medie el dictado de un acto administrativo (ni su correspondiente notificación al interesado) a través del cual se tome la decisión motivada de incluirlo en la lista deudores, enterándose éste de su inclusión definitiva por la lectura de dicha lista, normalmente y lamentablemente en los medios de comunicación o en las redes sociales.

En definitiva, esta regulación, que a priori no parece adecuada teniendo en cuenta la finalidad del procedimiento al que se aplica, podría estar amparada por la excepción prevista en la disposición adicional primera de la LPACAP siempre y cuando la emisión de un acto administrativo singular que resuelva la inclusión de un contribuyente en la lista deudores tuviese la consideración de trámite. Sin embargo, puede ponerse en duda esta posibilidad, por cuanto ese acto administrativo singular no puede calificarse como un trámite más, si no que, por el contrario, se configura como un elemento sustancial del propio procedimiento que pondría fin al mismo.

No se trata, por tanto, de un mero trámite, sino de un elemento sustancial del procedimiento y que, como tal, no puede ser obviado bajo ningún concepto. La LPACAP es clara al respecto, estableciendo en su artículo 84 que los procedimientos administrativos que culminan su tramitación de forma total finalizan con una resolución, requisito que incumple flagrantemente el regulado por el artículo 95 bis de la LGT. Por tanto, no debería ser admisible que mediante dicha normativa se pueda excepcionar la obligatoriedad de que un procedimiento finalice con su correspondiente resolución motivada, de acuerdo con todas las garantías constitucionales y legales otorgadas por nuestro ordenamiento jurídico al administrado.

2.4. El acceso y procesamiento informático de los datos incluidos en el listado de deudores

La LGT establece, como presunta garantía, una serie de requisitos que persiguen el objetivo de limitar en el tiempo la publicación del listado de deudores, evitando que se prolonguen de manera indefinida. En este sentido, debe recordarse que el artículo 95 bis de la LGT contempla que la «la publicación se efectuará en todo caso por medios electrónicos, debiendo adoptarse las medidas necesarias para impedir la indexación de su contenido a través de motores de búsqueda en Internet y los listados dejarán de ser accesibles una vez transcurridos tres meses desde la fecha de publicación». De conformidad con esta regulación, la Agencia Tributaria, en lo que se refiere a la publicación de los listados de deudores, debe cumplir, por imperativo legal, con los siguientes requisitos:

- a) Implementar medidas efectivas que impidan la indexación del contenido de los listados a través de motores de búsqueda de internet.
- b) Garantizar eficazmente que el acceso a los listados no será factible cuando transcurran tres meses desde su publicación.

A la vista de estos requisitos, podemos deducir que las medidas que la Agencia Tributaria implementa irían encaminadas a imposibilitar que se puedan registrar de forma ordenada los datos y la información contenida en la lista de deudores mediante el uso de una herramienta o aplicación destinada a buscar contenidos en internet. Es decir, el le-

gislador persigue el objetivo de impedir que cualquier usuario de internet pueda acceder y procesar la información contenida en el listado de deudores a través de aplicaciones de búsqueda en la red, limitando, además el acceso a dicho listado a un período temporal de tres meses desde su publicación.

Con la aplicación real y efectiva de ambas medidas se garantizaría teóricamente que las personas físicas y jurídicas incluidas en los listados de deudores verían limitada en el tiempo la indudable publicidad negativa que para ellos implica la inserción en los mencionados listados, circunscribiéndose a los tres meses de exposición contemplados en la ley.

Sin embargo, es importante hacer una reflexión sobre la aplicación práctica y efectiva de estos requisitos, que dista mucho de la realidad. Si a estos efectos se hace un ejercicio de comprobación del grado de cumplimiento de las obligaciones legales establecidas en esta materia por parte de la Agencia Tributaria, comprobaríamos que, en el momento actual, es perfectamente posible consultar, a través de una búsqueda en internet bajo diferentes criterios el contenido de los listados de deudores publicados por la Agencia Tributaria en los últimos años, a la vez que es perfectamente posible, en determinados sitios web, imprimir en soporte papel dichos listados de deudores, incluso en formato idéntico al publicado con carácter oficial por la Agencia Tributaria.

Esta circunstancia evidencia la imposibilidad acreditada de cumplimiento, por parte de la Agencia Tributaria, de lo establecido en el artículo 95 bis de la LGT. Nos encontramos, por tanto, ante un precepto legal que obliga a la publicación del listado de deudores con una serie de limitaciones que, todo parece indicar, que no están siendo cumplidas en su integridad, quizás por ser de cumplimiento técnico imposible, al día de hoy. Ello se traduce de forma directa en una clara y grave vulneración de la normativa de esta materia, de la cual irradian otras no menos graves quebras de derechos a los contribuyentes que están incluidos en dichos listados, y que se les reconoce, en el ordenamiento jurídico vigente, en materia del derecho al honor, a la propia imagen y a la protección de sus datos personales.

2.5. El derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales en el marco del artículo 95 bis de la LGT

Avanzando en nuestro estudio, diremos que la exposición de motivos de la LGT manifiesta que la elaboración y publicación de los listados de deudores respeta la debida reserva de los datos tributarios, «no debiendo olvidar la influencia que en esta materia tiene el de protección del derecho a la intimidad y la necesidad de potenciar el de eficacia del sistema tributario, todos ellos conjugados en la medida en que sólo serán objeto de publicidad aquellas conductas tributarias socialmente reprobables desde una óptica cuantitativa relevante, permitiendo el legislador solo la difusión de aquellas conductas que generan un mayor perjuicio económico para la Hacienda Pública que traen causa de la falta de pago en los plazos originarios de ingreso en periodo voluntario establecidos en la Ley en atención a la distinta tipología de las deudas». Ahora bien, esta consideración implica, como después se especifica en el artículo 95 bis de la LGT, y a lo que posteriormente se hará referencia, que la lista de deudores integre a todos aquellos que acumulen deudas con la Hacienda Pública derivadas de su ausencia de pago en período voluntario, independientemente de que haya habido o no voluntad por parte del contribuyente de cometer fraude.

Pues bien, siguiendo con la exposición de motivos, en ella se reconoce expresamente la posibilidad de que la publicidad de las situaciones de incumplimiento tributario que dicha norma regula, colisione «con otros derechos constitucionalmente protegidos, como son los de intimidad y protección de datos», señalando que «deben ponderarse adecuadamente los distintos intereses que se pretenden salvaguardar, y ello teniendo en cuenta especialmente los principios de proporcionalidad, exactitud y conservación de los datos contenidos en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal».

A la vista de lo expuesto, y teniendo en consideración la constatada imposibilidad real de cumplir las salvaguardas que contempla la regulación de la elaboración y publicación de los listados de deudores, debe valorarse si las finalidades que se contemplan con la introducción de esta medida y su regulación respetan realmente los derechos constitucionales que amparan a todo ciudadano, independientemente de su condición de deudor o no de la Hacienda Pública, ya que, como es lógico, ni la Constitución que los reconoce ni las normas que los desarrollan hacen distinción alguna al respecto. No debemos olvidar, a este respecto, que la publicación de la deuda tributaria de un contribuyente moroso podría adquirir un viso de «escarnio público» que puede llegar a ser indefinido o ilimitado en su duración temporal, como ya se ha referenciado en el apartado anterior, y todo ello sin que se acredite si existe o no un auténtico «*animus defraudandi*» del contribuyente afectado que haya sido declarado «culpable de ello» (defraudador) por un órgano competente, con las debidas garantías procesales y jurisdiccionales, propias de un Estado de derecho.

El concepto de conducta «socialmente reprobable» que usa el legislador entra en el terreno subjetivo, de los modos o criterios sociales del momento, de la interpretación política y, sin duda, también, de la ética, pero nada tiene que ver con la seguridad jurídica que un Estado de derecho debe de otorgar a sus ciudadanos ni con el respeto a las garantías mínimas que las leyes deben de reconocer y aplicar dentro de nuestro marco constitucionalmente vigente. La omisión voluntaria y consciente por el legislador de los principios de responsabilidad y culpabilidad, y la reconducción de la publicidad a la mera situación de morosidad, unido a una cifra más o menos alta, conduce, a nuestro modo de ver, a una clara situación de indefensión del contribuyente moroso, que, obviamente, no siempre es un defraudador en el sentido técnico-jurídico del término.

Es por ello importante sopesar objetivamente si la medida contemplada en el artículo 95 bis de la LGT relativa a la publicación de los listados de deudores podría vulnerar los derechos a la intimidad personal y a la protección de los datos de carácter personal y no contraviene así el artículo 18 de la Constitución Española, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁶. Este derecho está catalogado como fundamental y, como tal, goza de una especial protección, tal y como se reconoce en la propia Carta Magna y ha venido reafirmando el Tribunal Constitucional.

La legislación vigente, cuyo referente es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), reconoce un importante ámbito de protección al uso y tratamiento de los datos de carácter personal, incluyendo como tales cualesquiera tipas de información relativa a personas físicas identificadas o susceptibles de identificación. Además, el Tribunal Constitucional, a través de sus pronunciamientos, ha ido definiendo el alcance y contenido del derecho

¹⁶ Artículo 18, apartado 4: la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

a la intimidad personal y familiar y la limitación al uso de la informática para su preservación.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 de la CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 del mismo texto legal, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»¹⁷. Igualmente, dicho Tribunal se ha pronunciado resaltando que «el derecho fundamental a la intimidad, al igual que los demás derechos fundamentales, no es absoluto, sino que se encuentra delimitado por los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»¹⁸, por lo que, en aquellos supuestos en los que, a pesar de producirse una intromisión en la intimidad, ésta no puede considerarse ilegítima, no se materializará una vulneración del derecho reconocido en el artículo 18.1 de la CE¹⁹. Igualmente, bajo este ámbito de protección, se encontraría la información tributaria, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que los datos económicos (y por ende los tributarios) están incluidos en el ámbito de la intimidad, por lo que debe ser objeto de la correspondiente protección con las limitaciones señaladas²⁰.

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho que obviamente no tiene un carácter absoluto, pudiendo existir intrusiones legítimas y legales en el mismo que, por la razón de su fundamento y de los fines que persiga, sean admisibles. En todo caso, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional ya referenciada, para que la injerencia en el ámbito de protección del derecho a la intimidad resulte legítima deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un fin constitucionalmente legítimo, o, lo que es lo mismo, que tenga justificación en otro derecho o bien igualmente reconocido en nuestro texto constitucional.
- b) Previsión legal de la intromisión en el derecho.
- c) Existencia de resolución judicial motivada en la que se fundamente la intromisión.
- d) Observancia del principio de proporcionalidad, lo que se traduce, en que «la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible al efecto (que no existan otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de tal propósito con igual eficacia) y, finalmente, que sea proporcionada en sentido estricto (ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto)».

Si conciliamos estos requisitos con el artículo 95 bis de la LGT, centrándonos en el primer requisito exigible puede considerarse, que la finalidad que se persigue con la publicación de los listados de deudores, es, fundamentalmente, luchar contra el fraude fiscal, conforme a la exposición de motivos de la ley, aunque curiosamente, como ya hemos dicho, la norma no contempla la publicidad de los «defraudadores», sino de los

¹⁷ SSTC 70/2002, de 3 de abril; 231/1988, de 2 de diciembre; y 233/2005, de 26 de septiembre.

¹⁸ STC 156/2001, de 2 de julio.

¹⁹ SSTC 115/2000, de 5 de mayo; 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril; y 233/2005, de 26 de septiembre.

²⁰ SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 233/1999, de 16 de diciembre; y 47/2001, de 15 de febrero.

«morosos», sean o no culpables o responsables de su morosidad y sea cual sea la causa o motivo de la misma. Por lo que respecta a la segunda circunstancia que debe concurrir, relativa a la existencia de soporte legal que habilite la intromisión, ésta estaría a priori cumplida por la regulación que de la elaboración y publicación de los listados de deudores se efectúa en el artículo 95 bis de la LGT. En consecuencia, nos encontramos con que la medida cumpliría de alguna manera, desde el punto de vista formal, con el amparo de un texto legal, pero, ateniendo a su contenido material, como ya se ha hecho referencia, dicho requisito podría no concurrir por tratarse de una regulación que contraviene las reglas generales que para el procedimiento administrativo se establecen por la LPACAP, incumpliendo las posibles causas de excepcionalidad que la misma contempla. Igualmente, en lo que se refiere al cumplimiento de la norma legal habilitante en sus justos términos, ésta no se cumple por no aplicar la Agencia Tributaria las medidas necesarias que impidan eficazmente el acceso y tratamiento de la información contenida en los listados de deudores por un tiempo superior a los tres meses que establece dicha norma, simplemente por ser hoy una premisa técnicamente imposible de conseguir por la Agencia Tributaria.

Por último, en cuanto al denominado principio de proporcionalidad, comprendería los siguientes elementos, todos ellos necesariamente concurrentes para que pueda considerarse cumplido dicho principio:

- a) Idoneidad de la medida con el fin que constitucionalmente persiga (juicio de idoneidad).
- b) Inexistencia de otras medidas más moderadas o menos agresivas para la consecución de la finalidad perseguida con igual eficacia (juicio de necesidad).
- c) Aportación con la medida de más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de equilibrio o de proporcionalidad en sentido estricto).

Pues bien, por lo que respecta al juicio de idoneidad, es preciso recordar nuevamente que la finalidad que la exposición de motivos de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, identifica que la finalidad de la regulación de la publicación de la lista de deudores no es otra que «luchar contra el fraude fiscal». A este respecto, como antes hemos señalado, el artículo 95 bis de la LGT contempla la publicación de los datos de aquellas personas físicas o jurídicas cuyas deudas, una vez exigibles, superen la cantidad indicada de un millón de euros, en los que se incluyen tanto sus identificativos como la cuantía adeudada, sin que los que los mismos tengan que reunir, necesariamente, la condición de defraudadores en el sentido técnico jurídico.

De acuerdo con ello, cabría pensar que la publicación de los listados de deudores iría más en consonancia, con la finalidad de fomentar el cumplimiento de las obligaciones tributarias que, con la lucha contra el fraude fiscal, ya que las personas que figuran en los mismos no tienen por qué haber cometido dicha conducta ilícita ni siquiera culposa. Esto supone la inclusión en el listado de los deudores en términos genéricos que reúnan las condiciones referidas en el artículo 95 bis, sin discriminación alguna con respecto a las causas que han motivado el impago y a la voluntariedad o no de los obligados tributarios en haber llegado a esta situación. De ello se deriva una asimilación, a efectos de la publicidad de su situación, de los deudores puntuales o de simples retrasos por causas sobrevenidas en la realización de los pagos tributarios, con aquellos otros supuestos en los que ha existido una voluntad clara de defraudación al fisco y que, como tales, hayan podido ser sancionados administrativa o penalmente por ello, aspecto difícilmente con-

ciliable con el objetivo de lucha contra el fraude fiscal, como explica la exposición de motivos de la LGT, poniendo en serias dudas el criterio de idoneidad de la medida y que apunta a lo injusta que puede ser la misma en no pocas ocasiones.

El segundo de los criterios que debe valorarse para determinar si la publicación de los listados de deudores responde al principio de proporcionalidad es verificar que no existen otras medidas menos agresivas con los derechos del afectado para conseguir, con la misma eficacia, el objetivo que con ello se persigue. A este respecto el artículo 95 bis de la LGT contempla que «la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la inclusión en el listado tomará como fecha de referencia el 31 de diciembre del año anterior al del acuerdo de publicación, cualquiera que sea la cantidad pendiente de ingreso a la fecha de dicho acuerdo». Como se recordará, dichos requisitos consisten en la existencia de deudas o sanciones tributarias que no hubiesen sido pagadas transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario cuyo importe supere el millón de euros.

Pues bien, la Orden HAP/2216/2015, de 23 de octubre, estableció la fecha de publicación del primer listado de deudores, mientras que para los siguientes rige la Orden HAP/364/2016, de 11 de marzo. En su artículo 1 se establece que «la publicación del listado comprensivo de los deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias, que a 31 de diciembre de cada año cumplan las condiciones dispuestas por el apartado 1 del artículo 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se realizará anualmente a partir del 1 de mayo del año siguiente». Es decir, la normativa aplicable implica que la publicidad de la situación de morosidad de un obligado tributario se realizará como mínimo 5 meses después, sin tener en cuenta vicisitudes posteriores, pero previas a la publicación de los mencionados listados, susceptibles de modificar su condición de deudor. Por tanto, cualquier actuación posterior en el sentido de saldar total o parcialmente las deudas o sanciones tributarias que efectúe un deudor podría no tener efecto alguno en lo que a la publicidad de sus datos personales se refiere, siendo indiferente respecto a ello dicha posible actuación voluntaria de pago. Este hecho también plantea serias dudas sobre la condición de este precepto como motivador o incentivador del cumplimiento de las obligaciones tributarias de los morosos.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta el enorme gravamen social, personal y profesional que puede implicar para un deudor tributario su inclusión en un listado de deudores, reúna o no los requisitos para ello en el momento de su publicación, hace pensar si el legislador no podría haber tenido en consideración otro tipo de medidas menos agresivas para alcanzar, de manera más eficaz y garantista, los fines que pretende con esta medida, fines que si bien compartimos en su integridad, no pueden justificar «cualquier cosa» y menos la vulneración de derechos fundamentales.

Por último, y abundando en lo que se refiere al denominado juicio de equilibrio o de proporcionalidad en sentido estricto, mediante el que debe valorarse los perjuicios que esta medida causa sobre otros bienes o valores en conflicto, se entiende cumplido siempre y cuando guarde una debida y razonable relación de causalidad con la finalidad que se persigue (lucha contra el fraude fiscal), de forma que el sacrificio que conlleve sea sustancialmente menor al beneficio que se obtenga. En este sentido, es preciso recordar que el hecho de que se incluya en los listados a obligados tributarios que tienen reconocida su deuda con la Hacienda Pública no aporta valor alguno en lo que pueda suponer de afloramiento de situaciones de fraude tributario. Por otra parte, en lo que se refiere al sacrificio que supone, es claramente superior al supuesto beneficio que se obtenga, ya que se está dando publicidad a unos datos personales sin que ello repercuta en un incremento de la efectividad en la lucha contra el fraude fiscal. Por el contrario, la divulgación pública de los datos personales y de su situación de deudor reconocido con la Ha-

cienda Pública, máxime cuando existen posibilidades de que haya dejado de serlo, unido a la permanencia prolongada en el tiempo de dicha exposición pública, son susceptibles de generar notables consecuencias en la situación personal y familiar y en la reputación social del obligado tributario, que se ve condenado «de facto» a una pena de escarnio público de carácter indefinido en el tiempo.

Teniendo en cuenta esta argumentación, ponemos en duda de manera fundada, una vez más, que la medida regulada en el artículo 95 bis de la LGT cumpla con el principio de equilibrio o de proporcionalidad en sentido estricto exigible a una norma de este tipo, siendo mayores los perjuicios que causa que los efectos positivos que genera en pro de la consecución de la finalidad que dice la norma que persigue. A mayor abundamiento, un elemento clave para valorar la adecuación de esta norma a los fines que manifiesta perseguir es el clarificador informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) sobre el anteproyecto de la ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante Anteproyecto), de carácter preceptivo, pero no vinculante. A este respecto, este informe²¹, en lo que respecta al criterio de idoneidad, argumenta que la finalidad que se referencia en la exposición de motivos del Anteproyecto «no guarda correspondencia con la regulación que se propone, por cuanto llama poderosamente la atención que se establece la publicación de *deudores a la Hacienda Pública por deudas o sanciones tributarias*, lo que no necesariamente se corresponde con conductas defraudatorias».

Asimismo, el CGPJ considera la regulación como «excesivamente abierta», planteando serias dudas sobre su adecuación a «la legislación sobre protección de datos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Igualmente, debe mencionarse la llamada de atención del CGPJ sobre lo que califica de «agravio comparativo» por el diferente tratamiento que reciben las Administraciones Públicas morosas, que se ven excluidas de la aplicación de esta medida, a la vez que estima que la aplicación de la norma «debería quedar limitada, en su caso, a los grandes defraudadores —lo que habrá de ser concretado en la ley— y a los supuestos en que existe una sanción administrativa o una condena penal, firmes. Además, en relación con la publicidad de la condena penal, entendemos que sólo podría ser acordada por el Juez o Tribunal penal en la sentencia condenatoria y no por la Administración». Finalmente, es destacable que el aludido informe del CGPJ concluye afirmando que «los perjuicios previsibles parecen superiores al beneficio a obtener, por lo que no cabe sino proponer la supresión de este artículo». Esta afirmación que compartimos plenamente, supone refrendar la conclusión que hemos venido sosteniendo en lo relativo a la posible inconstitucionalidad del actual artículo 95 bis de la LGT y la que entendemos conveniencia de que la misma sea estudiada por nuestro mas alto tribunal en el marco de una posible cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, no cabe duda que el legislador debe dotar a nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos precisos que aseguren la prevención y lucha contra el fraude fiscal, pero siempre y sin excepción bajo un criterio de estricto respeto a los derechos constitucionalmente establecidos en lo referente a los derechos básicos de los ciudadanos, garantizando la necesaria concordancia con la normativa básica del procedimiento administrativo vigente en nuestro país y sin obviar la legalidad vigente en materia del derecho a la intimidad y la protección de datos que protege a todos los ciudadanos y, por ende, a contribuyentes.

²¹ Aprobado por el Pleno del CGPJ del 14 de septiembre de 2014.

A modo de síntesis, a la vista de la argumentación expuesta, vemos que el carácter reservado de los datos de trascendencia tributaria, a la hora de conciliarlo con políticas, en muchos casos de marcado carácter mediático, que, en un principio, persiguen la prevención y lucha contra el fraude en materia fiscal, motiva la toma de decisiones que, bien por precipitación en su confección o bien por motivos de oportunidad política o social, pueden conllevar la adopción de medidas como las contenidas en el artículo 95 bis de la LGT que, además de nacer con una notable polémica y repercusión pública, hacen dudar sobre su idoneidad y, lo que es más grave, sobre su legalidad y constitucionalidad.

3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- CAYON GALIARDO, A.M. (2015). «La publicación del “listado de morosos” y de la identidad de los “defraudadores” a la Hacienda Pública». *Revista Técnica Tributaria*, n.º 111.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Diccionario del español jurídico (2016)*. Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial.
- MATA SIERRA, M.T. (2016). *La publicación de listas de deudores y la publicación de fallos de sentencias condenatorias por ciertos delitos. Estudios sobre la reforma de la Ley General Tributaria*. Huygens.
- ROYUELA, A. (2015). «Reforma de la Ley General Tributaria: las claves de la reforma». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 812.
- Normas, sentencias y jurisprudencia referenciadas en el artículo. Fuente: Lefebvre, *Boletín Oficial del Estado*, Consejo General del Poder Judicial.

LA REGULACIÓN DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA EN MATERIA DE DELITO CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA

Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa de los Monteros

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LEY GENERAL TRIBUTARIA ANTES DE LA REFORMA DE 2015.—3. ¿ERA POSIBLE UN MODELO DIFERENTE?—4. LAS DIFICULTADES TÉCNICAS DEL NUEVO MODELO.—5. LIQUIDACIÓN ¿EN TODO CASO?—6. LA LIQUIDACIÓN SEPARADA.—7. LA TRAMITACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES NO VINCULADAS A DELITO.—8. LA TRAMITACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES VINCULADAS A DELITO. 8.1. Efectos sobre el procedimiento sancionador. 8.2. El procedimiento de comprobación. 8.2.1. La propuesta de liquidación. 8.2.2. El trámite de audiencia. 8.2.3. La liquidación: autorización previa. 8.3. La denuncia: finalización del procedimiento inspector. No inicio del periodo voluntario. 8.4. La impugnación de la liquidación. 8.5. La inadmisión de la denuncia o querrela: retroacción de actuaciones al momento del acta y tramitación normal. Plazo para terminación de las actuaciones.. 8.6. La admisión de la denuncia. 8.7. El ajuste de la liquidación a la sentencia firme.—9. LOS RESPONSABLES. 9.1. Los supuestos de responsabilidad. 9.2. La declaración de responsabilidad. 9.3. La impugnación de la declaración de responsabilidad

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 7/2012 de 27 de diciembre modificó el artículo 305 del Código Penal que tipifica el delito contra la Hacienda Pública.

La reforma penal introdujo una importante modificación en la medida en que permitía a la Administración Tributaria no paralizar el procedimiento de liquidación y cobro de la deuda tributaria pese a la tramitación de un proceso penal por delito contra la Hacienda Pública.

En el propio apartado 5 de ese artículo 305 del Código Penal se establece que las liquidaciones que se dicten por la Administración Tributaria en casos de delito contra la Hacienda Pública tendrán que tener una regulación específica en la normativa tributaria. Del propio artículo 305.5 del Código Penal resulta que estas liquidaciones tendrán un régimen de impugnación diferente a las ordinarias en la medida en que la decisión sobre la suspensión de su ejecutividad se encomienda al juez penal y se dispone que esas liquidaciones se ajustarán finalmente a lo que disponga el juez penal en su sentencia.

El actual título VI de la Ley General Tributaria regula este régimen singular de las liquidaciones tributarias vinculadas a un delito contra la Hacienda Pública incorporado por la reforma llevada a cabo por la Ley 34/2015 de 21 de septiembre. Esa misma norma realizó también modificaciones de las normas procesales (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y Ley de Enjuiciamiento Criminal) para regular el régimen de las impugnaciones de esas actuaciones de la Administración Tributaria.

2. LA LEY GENERAL TRIBUTARIA ANTES DE LA REFORMA DE 2015

La regulación originaria de la Ley General Tributaria del año 2003, en materia de delito contra la Hacienda Pública, se reducía prácticamente a lo dispuesto en el artícu-

lo 180 y al pequeño desarrollo procedimental establecido en el artículo 32 del reglamento sancionador aprobado por Real Decreto 2063/2004 de 15 de octubre.

El artículo 180 de la Ley General Tributaria, bajo la rúbrica «Principio de no concurrencia de sanciones tributarias», se limitaba a disponer que, cuando se apreciaran indicios de delito contra la Hacienda Pública, se pasaría el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remitiría el expediente al Ministerio Fiscal, y la Administración tributaria se abstendría de seguir el procedimiento administrativo que quedaba suspendido mientras la autoridad judicial no dictara sentencia firme, tuviera lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produjera la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. Se añadía que, de no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciaría o continuaría sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudaría el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrían por inexistentes.

En el año 2012, por Real Decreto Ley 12/2012 de 30 de marzo, se modificó el artículo 180.2 LGT para precisar que la Administración Tributaria no tenía la obligación de denunciar cuando el obligado tributario hubiera regularizado su situación tributaria.

Por su parte, el artículo 32 del Reglamento Sancionador se limitaba a regular la tramitación procedimental interna que la Administración Tributaria debía seguir para adoptar la decisión de denunciar por delito contra la Hacienda Pública

Este era, en resumen, el modelo establecido: cuando se apreciaban indicios de delito contra la Hacienda Pública, la Administración Tributaria debía denunciar este hecho ante los tribunales —salvo que el obligado tributario hubiese regularizado su situación tributaria— y debía paralizar las actuaciones administrativas de liquidación y sanción hasta que se pronunciaran los tribunales. Si los tribunales llegaban a condenar por delito contra la Hacienda Pública, la Administración ya no podía imponer sanción administrativa y tampoco podía liquidar la deuda tributaria. En ese caso, el único castigo era la pena impuesta por el tribunal y la cuantía defraudada la recuperaba la Administración Tributaria en concepto de *responsabilidad civil derivada del delito* y no como deuda tributaria. En caso de que los tribunales no apreciaran delito, la Administración podía continuar el procedimiento administrativo de comprobación así como el procedimiento sancionador administrativo.

A este modelo se le podían hacer *dos grandes reproches*.

Por un lado, se podía decir que este modelo de obligada paralización de las actuaciones de liquidación y cobro suponía un tratamiento privilegiado para el delincuente fiscal frente a cualquier otro deudor tributario.

Por otro lado, se podía decir que este modelo *alteraba la naturaleza de la deuda* de modo que lo que nacía como deuda tributaria pasaba a convertirse en algo distinto como es la responsabilidad civil derivada de delito.

El primer reproche que se hacía al modelo era que suponía una situación de *privilegio para el delincuente fiscal* respecto de cualquier otro deudor que tuviera una deuda con la Administración Tributaria. En efecto, cualquier persona en España que tenga una divergencia con la Administración Pública (y no solamente con la Administración Tributaria) y de la que pueda resultar deudora de una cantidad, aunque todavía no haya intervenido un tribunal de Justicia para determinar si existe o no esa deuda que le reclama la Administración, ese deudor se verá obligado a pagar la deuda salvo que el juez acuerde la suspensión, normalmente a cambio de la prestación de una garantía o, excepcionalmente, sin que se preste garantía de ningún tipo.

Eso es lo que ocurre también en el ámbito tributario: cualquier ciudadano que tiene una deuda con la Administración Tributaria, aunque esté en marcha un proceso judicial para determinar si esa deuda existe o no, tiene que pagar la deuda o garantizar su pago.

Pues bien, eso no ocurría así en el ámbito de las defraudaciones por delito contra la Hacienda Pública: la sola apreciación de indicios de delito paralizaba cualquier acción de liquidación y cobro de la Administración Tributaria. Esa obligada paralización de las actuaciones de liquidación y cobro suponía un trato distinto, más favorable, para el delincuente fiscal tal y como queda de manifiesto con un claro ejemplo: una persona que cometiera una defraudación tributaria de la que resultara una deuda de 119.000 € tendría que pagar esa cantidad —o garantizar su pago— aun cuando todavía no hubiera intervenido ningún tribunal para determinar si esa deuda que reclama la Administración Tributaria realmente existe. En cambio, si la cuantía defraudada no era de 119.000 €, sino un poco más, 120.000 €, nos encontraríamos con que se habría cometido un delito contra la Hacienda Pública, pero, en tal caso, se produciría la automática paralización de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro sin necesidad de prestar ningún tipo de garantía.

El segundo reproche que se hacía al modelo era el de *alterar la naturaleza de la deuda*. Para comprender esta afirmación hay que partir del hecho de que la deuda tributaria nace con el devengo y una deuda tributaria no pierde su naturaleza por el hecho de ser defraudada, esto es, por el hecho de que el obligado tributario no la declare o la declare de forma incorrecta. Sin embargo, ocurría que, cuando la deuda tributaria defraudada superaba los 120.000 euros, la obligada paralización del procedimiento administrativo de liquidación determinaba la conversión de la deuda tributaria en una cosa distinta como es la responsabilidad civil derivada del delito.

En efecto, la imposibilidad de liquidar y cobrar la deuda como consecuencia de la iniciación del proceso penal por delito generaba a la Administración Tributaria un daño que, en el proceso penal, sólo puede resarcirse como responsabilidad civil derivada de delito. Así lo establece el artículo 109 del Código Penal, conforme al cual «*la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*».

Así resulta de lo dispuesto «*a contrario sensu*», en el artículo 305.6 del Código Penal:

6.— En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada Ley.

Esta mutación de la deuda tributaria en otra cosa distinta quizás no tendría importancia si fuera solamente un mero cambio del «*nomen iuris*», es decir, un mero cambio de denominación. Pero no es así. Deuda tributaria y responsabilidad civil derivada de delito son cosas diferentes y sujetos a normas y tratamientos distintos, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de un concurso de acreedores donde el tratamiento no es igual para una deuda tributaria que para la responsabilidad civil derivada de delito¹.

¹ El artículo 91.4 de la Ley Concursal considera crédito privilegiado el 50% de los créditos tributarios. Sin embargo, el artículo 91.5 de la misma Ley Concursal considera como crédito privilegiado todo el importe de una responsabilidad civil derivada de delito, aunque en el orden de pago está por detrás de los créditos tributarios.

Como esa mutación se producía con la paralización del procedimiento de liquidación, cuando el tribunal determinaba que no existía delito contra la Hacienda Pública y se reanudaba el expediente administrativo de comprobación, aquello que dejó de ser deuda tributaria para ser responsabilidad civil derivada de delito volvía a ser deuda tributaria.

En fin, no parecía lógico que una deuda tributaria que ha nacido como tal cambie su naturaleza en función de la cuantía a la que alcance la defraudación y como consecuencia de la obligada paralización del procedimiento administrativo de liquidación, convirtiéndose en algo distinto, a veces de forma definitiva pero, en otros casos, tan sólo de manera transitoria.

Así ha venido a reconocerlo, años después de la reforma, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su sentencia de 8 de junio de 2018, recurso de casación 1206/2017, viene a decir que *«hoy es relativamente pacífico aceptar que no estamos estrictamente ante responsabilidad civil nacida de un delito, sino ante responsabilidad tributaria que en algunos casos excepcionalmente puede ejercitarse en el proceso penal, pero sin verse transformada en su régimen. Esa concepción, más nítida hoy en la ley, era también la correcta bajo el imperio de normas anteriores que, aunque podían generar confusión, la doctrina más solvente interpretaba en los términos hoy confirmados»*.

3. ¿ERA POSIBLE UN MODELO DIFERENTE?

A la vista de las disfunciones que presentaba el modelo, la pregunta que podía plantearse era si era posible otro modelo que superara esos dos inconvenientes que se advertían en el modelo anterior.

Si las dos disfunciones derivaban de la paralización del procedimiento de comprobación, la solución pasaba, entonces, por un modelo en el que el procedimiento administrativo de comprobación y liquidación no quedara paralizado por el hecho de advertirse la existencia de un delito contra la Hacienda Pública.

La solución parecía clara, pero había que examinar si ese modelo superaba el *test* de constitucionalidad. Para ello había que preguntarse la razón por la que los procedimientos administrativos se paralizaban y, seguidamente, ver si esa razón era inmutable dentro de nuestro marco constitucional o cabían soluciones distintas.

De ese análisis resultaba claro que el fundamento de la paralización del procedimiento administrativo sancionador derivaba de forma directa del principio *non bis in idem* garantizado en el artículo 25 de la Constitución y que, en consecuencia, no podía cambiar.

Ahora bien, la paralización del procedimiento de liquidación se debía, según ha venido diciendo el Tribunal Constitucional, a la doctrina de la *preferencia del orden penal* en cuanto a la determinación de los hechos cuando concurre con otra autoridad judicial o administrativa que aplican normativas distintas en el enjuiciamiento de los hechos. El Tribunal Constitucional ha admitido que dos autoridades distintas (judicial y administrativa) puedan pronunciarse sobre unos mismos hechos y enjuiciarlos aplicando normativas diferentes. Lo ha admitido pero con una limitación: *«unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado»*. Para respetar debidamente esa doctrina llamada de *las dos verdades*, el Tribunal Constitucional dejó también claro que, cuando una de las dos autoridades era un juez penal, los hechos determinados en el orden penal tenían preferencia. Para respetar esa preferencia del

orden penal en la determinación de los hechos, la Administración paralizaba su procedimiento.

Desde luego resulta claro que, si la Administración paraliza su procedimiento hasta que resuelva el juez penal y, en su eventual reanudación tiene en cuenta los hechos determinados en el orden penal, la Administración está respetando los hechos fijados por el orden penal, respetando así la preferencia del orden penal.

Pero también podría decirse que otro modelo podría ser igualmente válido siempre que cumpla con ese respeto a la preferencia del orden penal en la determinación de los hechos. Por ello, podía decirse que superaría el test de constitucionalidad un modelo en el que la Administración no paralizara su procedimiento de comprobación pero respetara la preferencia del orden penal y lo hiciera en dos sentidos: de una parte, permitiendo que el juez penal pudiera ordenar a la Administración paralizar sus actuaciones y, de otra parte, asegurando que sus decisiones se habrán de ajustar, en todo caso, a lo que determine *ex post* el juez penal.

Pues bien, este ha sido el modelo elegido por el legislador en la reforma de la LGT, como resulta con claridad de su articulado —que luego se analizará— y que anticipa la exposición de motivos.

La exposición de motivos se refiere a los inconvenientes que trata de superar el nuevo modelo:

Esta modificación permitirá superar, en la mayoría de los supuestos, la situación hasta ahora existente, según la cual la obligada paralización de las actuaciones administrativas de liquidación de la deuda tributaria provocaba, entre otros efectos, la conversión de la deuda tributaria en una figura de naturaleza distinta, la responsabilidad civil derivada del delito, como fórmula de resarcimiento a la Hacienda Pública del daño generado.

Además de esa consecuencia, la nueva estructura de la norma permitirá superar también el diferente e injustificado trato de favor que la regulación preexistente dispensaba a quién se constituía en presunto autor de un delito contra la Hacienda Pública frente a quién se configuraba como mero infractor administrativo, en relación con la obligación que atañía a éste último frente al primero de pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo.

La nueva normativa tributaria integra, por tanto, reglas que resuelven las situaciones singulares derivadas de la coexistencia de las actuaciones administrativas de liquidación y cobro con el enjuiciamiento penal de la defraudación.

Sobre el respeto a la preferencia del orden penal, la exposición de motivos dice:

Es conveniente reiterar que son dos las autoridades del Estado que intervienen ante una defraudación tributaria de naturaleza delictiva, la administrativa y la judicial, actuando cada una de ellas en el ámbito que le es propio.

Señalado lo anterior, es importante significar la preferencia del orden penal en dos aspectos: por una parte, corresponde al juez penal la posibilidad de suspender las actuaciones administrativas de cobro, permitiendo de ese modo el acceso a una justicia cautelar frente a la ejecutividad de la liquidación tributaria; por otra, la preferencia del orden penal queda respetada con el obligado ajuste final de la liquidación tributaria a los hechos que el juez penal declare probados cuando juzgue y se pronuncie, a los efectos de la imposición de una pena, sobre la existencia y cuantía de la defraudación. Cuando el pronunciamiento judicial hubiese excluido la existencia de delito contra la Hacienda Pública siendo factible, sin embargo, la liquidación administrativa, la tutela judicial se desarrollará en la forma prevista para cualquier otra liquidación tributaria no vinculada a un delito contra la Hacienda Pública, en la misma forma en que viene ocurriendo en la actualidad.

4. LAS DIFICULTADES TÉCNICAS DEL NUEVO MODELO

Superado el test de constitucionalidad, la siguiente cuestión era la relativa a la concreta articulación técnica del nuevo modelo.

Desde luego, no bastaba con cambiar el artículo 180 de la LGT para decir que el procedimiento de comprobación no se debía paralizar. Con ese simple cambio se hubiera ido hacia un sistema de *doble vía* jurisdiccional en el que la cuestión penal se analizaría en el seno del proceso penal y la cuantificación de la deuda tributaria en el recurso contencioso-administrativo contra la liquidación.

El sistema de *doble vía* tenía un riesgo evidente y es el de que el juez penal paralice sus actuaciones hasta que la cuota le venga determinada por el juez contencioso-administrativo a través de la articulación de una cuestión prejudicial. Si la duración del proceso contencioso-administrativo fuera breve —o al menos razonable— esta doble vía no plantearía especial problema. Pero no es así. Los recursos contencioso-administrativos duran muchos años. La Justicia tiene que tomarse su tiempo, es cierto, pero no en exceso, pues una justicia tardía ya no es justicia. Por tanto, pensar en que un proceso penal se paralice años para que un juez contencioso-administrativo determine la cuota defraudada y, después, tramitar un proceso penal, no parece aceptable. A ello podría añadirse que, sea mayor o menor la duración de ese recurso contencioso-administrativo, *tampoco sería una solución* válida pues, siendo la cuantía de la defraudación un elemento del tipo delictivo, el juez penal no puede renunciar a su examen y dejar que este elemento le venga ya determinado por otro juez.

Descartado el sistema de doble vía, parecía lógico atribuir al juez penal la tutela judicial *cautelar* (posibilidad de acordar la suspensión de la ejecución de la liquidación) y *final* (ajustar la liquidación a lo decidido en el proceso judicial penal) que, en otras circunstancias, tendría el juez de lo contencioso-administrativo.

En este punto, es lógico que un administrativista o un tributarista se pregunte cómo es posible que un acto administrativo no pueda ser impugnado ante un tribunal contencioso-administrativo. A esta pregunta habría que responder destacando que la Constitución garantiza la tutela judicial pero no determina cual es el orden jurisdiccional llamado a prestarla en cada caso y no puede decirse que sea mejor la tutela prestada por un orden jurisdiccional que por otro.

A lo anterior podría añadirse que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa actual excluye (artículo 3) del conocimiento de los tribunales del orden contencioso-administrativo determinadas actuaciones de la Administración cuyo control está atribuido —por ley— a los órdenes civil, penal y social. Como explica la propia exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, estas exclusiones se deben sencillamente a razones prácticas, no a ninguna razón dogmática.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (STC Pleno 121/2011 de 7 de julio) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley de Procedimiento Laboral que atribuye al orden social el conocimiento sobre determinados actos administrativos dictados por la Administración en materia laboral. Para el Tribunal Constitucional, en esos casos, se está ante actos administrativos, pero el legislador puede optar por atribuir el enjuiciamiento de esos actos al orden contencioso-administrativo atendiendo al sujeto del que emanan o atribuirlo al orden social en función de la materia laboral sobre la que recaen.

Aplicando ese mismo criterio a este caso, podría decirse que el legislador puede optar por atribuir el enjuiciamiento de esos actos al orden contencioso-administrativo

atendiendo al sujeto del que emanan (Administración tributaria) o atribuirlo al orden penal en función de la materia penal con la que se encuentran vinculadas esas liquidaciones derivadas de delito contra la Hacienda Pública.

Un segundo problema técnico podía aparecer con esa atribución del conocimiento a la jurisdicción penal. Como es bien conocido, en la LGT los procedimientos de comprobación están sujetos a reglas específicas sobre su interrupción y su duración máxima. El incumplimiento de estas reglas determina fundamentalmente dos efectos. De una parte, que no se entienda interrumpida la prescripción. De otra parte, que los ingresos que hayan podido efectuarse tras el inicio de las actuaciones de comprobación sean considerados ingresos espontáneos.

Si esas reglas se aplicaran también a las liquidaciones derivadas de delito, se producirían consecuencias contrarias a la naturaleza y a las reglas propias del ámbito penal.

En efecto, *en primer lugar*, admitir el juego de esas reglas llevaría al proceso penal todos los problemas de la mera tramitación administrativa que se hayan podido producir, cuando esas circunstancias son ajenas al enjuiciamiento de un hecho de naturaleza delictiva. *En segundo lugar*, admitir que la paralización injustificada de un procedimiento inspector da lugar a que los ingresos realizados con posterioridad a su iniciación deban ser considerados espontáneos conduciría a contradecir abiertamente la norma especial recogida en el propio artículo 305.4 del Código Penal con arreglo a la cual sólo se entiende realizada correctamente la regularización de la situación tributaria cuando el ingreso se haya realizado antes del inicio de las actuaciones de comprobación, sin admitir excepciones y sin que esa norma penal pueda quedar modificada por las dilaciones habidas en el procedimiento inspector.

La solución, como luego se verá, ha consistido en establecer una norma con arreglo a la cual la deuda tributaria vinculada a delito no se extingue por defectos procedimentales, precisando que las dilaciones injustificadas del procedimiento inspector no producirán efectos en orden a la prescripción o en orden a la conceptualización de los ingresos como espontáneos.

Con esta norma no se impide que tales defectos y dilaciones puedan ser alegadas en el proceso penal, pero sí se desincentiva su alegación por cuanto, aún cuando se aleguen y acrediten, no van a afectar a la existencia de la deuda tributaria vinculada al delito.

5. LIQUIDACIÓN ¿EN TODO CASO?

Como se ha visto, tras la reforma del artículo 305.5 del Código Penal y la modificación de la Ley General Tributaria, la Administración tributaria *podrá* liquidar la deuda tributaria pese a que se inicie un proceso penal por delito contra la Hacienda Pública.

La lectura del Código Penal podría generar la duda al decir que la Administración tributaria *podrá* liquidar. Esa duda acerca de si ese «podrá» es una habilitación legal o implica una facultad de elección entre liquidar o no liquidar, la Ley General Tributaria la despeja en su exposición de motivos y en el primer artículo (el artículo 250 LGT), que dedica a las liquidaciones en caso de delito contra la Hacienda Pública.

Sobre esta cuestión se pronuncia la Exposición de Motivos en estos términos:

La línea directriz del legislador orgánico ha quedado patente: la regla general será la práctica de liquidación y el desarrollo de las actuaciones recaudatorias de la deuda tributaria cuantificada a través de la misma, sin perjuicio de que, en determinados casos explicitados en la norma tributaria, el legislador haya optado, en estricta sujeción al carácter potestativo fijado

en la norma penal en este punto, por la paralización de las actuaciones, sin practicar liquidación, en tanto en cuanto no exista un pronunciamiento en sede jurisdiccional.

Por su parte, el artículo 250, en su párrafo segundo, afirma con rotundidad que «salvo en los casos a que se refiere el artículo siguiente, procederá dictar liquidación».

Es decir, que la Administración tributaria está habilitada para dictar liquidaciones en caso de delito y no tiene la facultad de optar por hacerlo o no hacerlo.

Esta obligación de liquidar se confirma si se analizan los supuestos en los que no se practicará liquidación recogidos en el artículo 251 LGT. Como se verá, no son supuestos en los que la Administración pueda elegir entre una u otra opción, sino que son supuestos en los que concurre una situación de imposibilidad de liquidar, ya sea imposibilidad material o jurídica.

Como puede apreciarse, el supuesto de la *letra a* contempla un caso de *imposibilidad material* de liquidar. De acuerdo con la norma, en aquellos casos en los que no haya tiempo material para tramitar el procedimiento administrativo de liquidación porque, de hacerlo, la denuncia por delito contra la Hacienda Pública se haría ya una vez transcurrido el plazo de prescripción del delito, la Administración Pública debe abstenerse de liquidar y lo que debe hacer es formalizar la correspondiente denuncia por delito contra la Hacienda Pública. Es decir, ante la alternativa de liquidar en vía administrativa o denunciar por delito contra la Hacienda Pública, la Administración debe inclinarse por la segunda opción.

El supuesto de la *letra b* recoge un caso de *imposibilidad jurídica*. Cuando la Administración no tenga información suficiente para determinar con exactitud la cuantía de la deuda o para atribuirla a uno u otro obligado tributario, no podrá liquidar. Ante la imposibilidad de liquidar, debe formalizar la oportuna denuncia para que se sigan las actuaciones judiciales pertinentes en las que quede determinado —si fuera posible— el importe de la deuda o el obligado tributario al que imputarla.

El supuesto de la *letra c* recoge otro caso de *imposibilidad jurídica* de liquidar. En efecto, en la mayor parte de los casos, los delitos contra la Hacienda Pública que se detectan en el curso de actuaciones de comprobación, son delitos ya consumados en todos sus elementos de modo que, el hecho de que el obligado tributario conozca que la Administración Tributaria va a formalizar la correspondiente denuncia por delito, no va a perjudicar la investigación judicial posterior. Ahora bien, también hay casos en los que el delito fiscal que se detecta no está consumado en todos sus elementos —por ejemplo, en los casos en los que se detecta una *trama activa* que se encuentra todavía llevando a cabo sus conductas delictivas—. En esos casos, tramitar un procedimiento de liquidación con el obligado tributario, vendría a perjudicar la investigación. En tales casos, la Administración debe abstenerse de liquidar y debe proceder a denunciar ante los tribunales para que el posible delito contra la Hacienda Pública se investigue en sede judicial.

La decisión que la Administración adopte en estos casos deberá ser motivada y deberá quedar documentada en un acuerdo que se habrá de acompañar a la denuncia o querrela. Para la adopción de esta decisión no será necesario el trámite de audiencia al obligado tributario, trámite que —vista la naturaleza de los casos— no sería posible gestionar aunque se quisiera.

Pues bien, estos supuestos en los que la Administración Tributaria no liquida la deuda antes de la denuncia penal conducirán a una situación similar a la que se produce con el modelo anterior a la reforma, tal y como el artículo 251.2 de la LGT se encarga de precisar. Es decir, el *procedimiento administrativo de liquidación* quedará paralizado —e interrumpida la prescripción para liquidar— y sólo se iniciará o continuará el procedi-

miento administrativo si el tribunal penal hubiera sobreseído las actuaciones o dictara sentencia absolutoria. Como novedad frente al modelo anterior, la LGT dispone que el plazo para iniciar o continuar las actuaciones, establecido en el artículo 150.1 LGT o el de seis meses (si éste fuera superior), se computará desde que se comunique al obligado tributario el reinicio de las actuaciones. Como puede apreciarse, la fecha inicial del cómputo queda a la decisión de la Administración, lo que en principio podría ser cuestionado por entenderse que el inicio del plazo no puede quedar al arbitrio de la Administración. Sin embargo, aunque es cierto que ese plazo queda a la decisión administrativa, no es menos cierto que ello no causa perjuicio al obligado tributario ya que la misma norma prevé que (i) no se exigirán intereses de demora durante el periodo que transcurra desde que se reciba la resolución judicial hasta que se reanuden las actuaciones y (ii) el plazo de prescripción de la acción administrativa para liquidar comienza desde el momento mismo en el que la resolución judicial tenga entrada en el registro de la Administración competente.

Por lo que se refiere a los efectos de la denuncia sobre *el procedimiento sancionador*, la LGT dispone que el procedimiento sancionador, si se hubiera iniciado, quedará concluido (ya no solo interrumpido como antes) en el momento en que se realice la denuncia ante la autoridad judicial. La prescripción quedará interrumpida y sólo podrá iniciarse un nuevo procedimiento sancionador si no hubiere sentencia condenatoria.

Para finalizar este apartado conviene tener en cuenta que el régimen general aquí expuesto tiene, sin embargo, *excepciones en el ámbito aduanero*, tal y como establece el artículo 259 de la LGT.

La Unión Europea impone a los Estados miembros determinadas obligaciones de liquidación y cobro de los derechos aduaneros que no resultan satisfechas debidamente con la normativa general.

Como antes se ha expuesto, *la letra a* impone a la Administración que no liquide si no hay tiempo material para denunciar antes de que prescriba el delito. Como antes se expuso, en tales casos la Administración no debe liquidar sino formalizar la denuncia antes de que el delito prescriba. Bien es verdad que podría haberse contemplado en la ley la posibilidad de liquidar *a posteriori*, después de la denuncia. Pero, esa posibilidad, la LGT no la ha contemplado —de forma consciente—, no por no ser posible, sino como opción legislativa, quizás para no hacer más complejo el sistema. Ahora bien, esa posible liquidación *a posteriori* sí se contempla en materia aduanera tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 259.2 y 259.5 a) de la LGT. Esta diferente regulación en el ámbito aduanero deriva de exigencias del derecho de la Unión Europea, cuyas autoridades no encuentran razonable el sistema español en el que la liquidación de un tributo se paraliza por la existencia de un proceso penal.

Por esas mismas razones y exigencias que vienen de Europa, en el supuesto de la *letra c*, el procedimiento administrativo para liquidar se reanudará en el momento en que la autoridad judicial «*incoe la causa sin secreto para las partes personadas*», posibilidad de liquidación *a posteriori* que tampoco cabe fuera del ámbito aduanero.

6. LA LIQUIDACIÓN SEPARADA

La razón de ser de la liquidación separada se encuentra en la necesidad de separar el grano de la paja, de distinguir lo que es delito o no delito dentro de la liquidación de un mismo tributo y ejercicio y de no llevar al proceso penal cuestiones tributarias que son ajenas a la conducta delictiva.

Por expresarlo con un ejemplo: podría ocurrir que, tras unas actuaciones de comprobación, la Administración advirtiera que el contribuyente se ha deducido unos gastos realmente inexistentes, soportados en facturas falsas, dando lugar a una diferencia de cuota por importe superior a 120.000 € (delito contra la Hacienda Pública) y que, al mismo tiempo, advirtiera unas diferencias en la valoración de unos bienes que determinara un diferente resultado en el cálculo de una pérdida patrimonial y, con ello, un incremento de la cuota debida a la Administración. Esta última diferencia, cualquiera que fuera su importe, en principio, no cabría considerarla como una conducta de defraudación dolosa susceptible de integrar la cuota defraudada en un delito contra la Hacienda Pública.

Pues bien, en el caso citado, tiene sentido llevar al juez penal el conocimiento de la cuota defraudada dolosamente por tratarse de un delito, pero parece que no tendría sentido llevar también ante el juez penal el debate en torno a las diferencias de valoración de un bien a efectos de determinar el importe de una pérdida patrimonial cuando esa discusión tributaria ninguna incidencia tiene —ni puede tener— en el delito de defraudación tributaria.

Esto es, precisamente, lo que hace el artículo 305.5 del Código Penal: evitar que se lleven al proceso penal otros debates tributarios que afectan a la determinación de la cuota del tributo defraudado pero que ninguna incidencia tienen —ni pueden tener— en la existencia del delito contra la Hacienda Pública al tratarse de diferencias de liquidación no dolosas y, por ello, no susceptibles de integrar la cuota defraudada de un delito contra la Hacienda Pública (doloso por definición).

Esta obligación de separar la cuota delictiva y no delictiva (dolosa o no dolosa en la jerga administrativa) se recoge en la exposición de motivos y se incorpora a la LGT en el artículo 250.1 párrafo 2.º.

Es cierto que, en estos casos, al dividir en dos liquidaciones lo que normalmente debería ser una liquidación única en la que se aplicarían compensaciones o deducciones en la base o en la cuota, podría surgir el debate acerca de a cuál de las dos liquidaciones hay que aplicar las compensaciones o deducciones que se habrían aplicado en la liquidación única. Si se aplicaran todas a la liquidación no delictiva o se aplicaran por mitades o proporcionalmente, podría llegar a plantearse, en el proceso penal, el debate referido a que, si se hubieran aplicado esas deducciones o compensaciones a la liquidación de la cuota delictiva, no habría existido delito contra la Hacienda Pública al no alcanzarse la cuota delictiva de 120.000 €. Para evitar esos debates, se introduce la regla de que todas las compensaciones o deducciones se aplicarán en su totalidad a la liquidación de la cuota delictiva salvo que el obligado tributario opte por un sistema de aplicación proporcional.

Así lo afirma la exposición de motivos y así lo dispone el artículo 253.3 de la LGT.

7. LA TRAMITACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES NO VINCULADAS A DELITO

Las liquidaciones separadas de conceptos tributarios que no se encuentren vinculados con el delito no tienen ninguna particularidad respecto de cualquier otra liquidación tributaria derivada de un procedimiento de comprobación (salvo la de ser una liquidación separada de otra), por lo que su tramitación seguirá el cauce ordinario de toda liquidación tributaria y se sujetará a los medios de revisión ordinarios de toda liquidación tributaria.

Así lo dispone el artículo 305.5 del Código Penal y así lo recoge con la misma claridad el artículo 250.3 de la LGT. También insiste en ello el artículo 254.2 LGT.

8. LA TRAMITACIÓN DE LAS LIQUIDACIONES VINCULADAS A DELITO

Como resulta con claridad de la lectura del artículo 305 del Código Penal, las liquidaciones derivadas de delito tendrán que ajustarse a una normativa tributaria singular, diferente del resto de las liquidaciones.

El legislador tributario ha dedicado a estas liquidaciones una regulación extensa y detallada que ocupa un nuevo título (el VI), que viene añadirse a los otros cinco que ya tenía la LGT desde 2003.

8.1. Efectos sobre el procedimiento sancionador

En estos casos, a diferencia del modelo actual en el que el procedimiento sancionador queda suspendido (artículo 180.1 LGT), en la nueva regulación el procedimiento se entenderá concluido (artículo 250.2), sin perjuicio de que la prescripción se entienda interrumpida (artículo 253.1 último párrafo) y de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento en caso de que el juez no aprecie delito.

8.2. El procedimiento de comprobación

8.2.1. La propuesta de liquidación

En el artículo 253 LGT encontramos ya una primera diferencia con las liquidaciones tributarias ordinarias: en las liquidaciones ordinarias, se realizaría un acta conteniendo la propuesta de liquidación. En las liquidaciones vinculadas a delito, no se habla de acta, sino de *propuesta de liquidación vinculada a delito* como algo distinto al acta. No es solo un cambio de nombre, sino de régimen pues para realizar el acta hay que dar una audiencia previa (artículo 157.1 LGT) y un trámite de alegaciones posterior (artículo 157.3 LGT) mientras que en el caso de las liquidaciones vinculadas a delito solo hay un trámite de audiencia previo y en el que, como se verá seguidamente, también concurre alguna singularidad relevante.

8.2.2. El trámite de audiencia

Al trámite de audiencia se refiere el artículo 253 de la LGT.

Como anteriormente se dijo, al tratar de los problemas de articulación técnica del nuevo modelo, admitir que los defectos procedimentales y las dilaciones de la vía administrativa pudieran llegar a afectar a la existencia de la defraudación delictiva, no parecía muy conforme con la naturaleza delictiva de dicha defraudación, pues, como muy bien dice la exposición de motivos, *«una correcta represión de los comportamientos delictivos no se compadece con el hecho de que éstos pudiesen quedar impunes por meras cuestiones relacionadas con irregularidades en la tramitación estrictamente administrativa del expediente de comprobación que no afectan ni cuestionan la existencia o cuantía de la defraudación de naturaleza delictiva»*.

Como también se ha dicho, en la LGT los procedimientos de comprobación están sujetos a reglas específicas sobre su interrupción y su duración máxima. El incumplimiento de estas reglas determina fundamentalmente dos efectos. De una parte, que no se entienda interrumpida la prescripción. De otra parte, que los ingresos que hayan podido efectuarse tras el inicio de las actuaciones de comprobación sean considerados ingresos espontáneos.

Si esas reglas se aplicaran también a las liquidaciones derivadas de delito, se producirían consecuencias contrarias a la naturaleza y a las reglas propias del ámbito penal.

En efecto, *en primer lugar*, admitir el juego de esas reglas llevaría al proceso penal todos los problemas de la mera tramitación administrativa que se hayan podido producir, cuando esas circunstancias son ajenas al enjuiciamiento de un hecho de naturaleza delictiva. *En segundo lugar*, admitir que la paralización injustificada de un procedimiento inspector da lugar a que los ingresos realizados con posterioridad a su iniciación deben ser considerados espontáneos, conduciría a contradecir abiertamente la norma especial recogida en el propio artículo 305.4 del Código Penal con arreglo a la cual sólo se entiende realizada correctamente la regularización de la situación tributaria cuando el ingreso se haya realizado antes del inicio de las actuaciones de comprobación, sin admitir excepciones y sin que esa norma penal pueda quedar modificada por las dilaciones habidas en el procedimiento inspector.

La solución, como luego se verá, ha consistido en establecer una norma con arreglo a la cual la deuda tributaria vinculada a delito no se extingue por defectos procedimentales, precisando que, las dilaciones injustificadas del procedimiento inspector no producirán efectos en orden a la prescripción o en orden a la conceptualización de los ingresos como espontáneos.

Con esta norma no se impide que tales defectos y dilaciones puedan ser alegadas en el trámite de audiencia o en el ulterior proceso penal, pero sí se desincentiva su alegación por cuanto, aún cuando se aleguen y acrediten, no van a afectar a la existencia de la deuda tributaria vinculada al delito.

De este modo, no puede decirse —como algunos han dicho— que se estén limitando las posibilidades de alegación por parte del obligado tributario. No es cierto. Lo que el legislador está haciendo es regular una causa de extinción de determinadas obligaciones tributarias. Como dice la propia exposición de motivos, «*las normas pueden acotar un régimen jurídico diferente para las distintas deudas de derecho público en función de su particular naturaleza*» y en este caso la LGT proyecta un régimen singular —sustantivo y procedimental— para estas deudas vinculadas a delito.

8.2.3. La liquidación: autorización previa

Dispone el artículo 253.1 de la LGT que «*el órgano competente dictará una liquidación administrativa, con la autorización previa o simultánea del órgano de la Administración tributaria competente para interponer la denuncia o querrela*».

Conforme al artículo 32 del Reglamento Sancionador, expuesto al principio, la denuncia por delito contra la Hacienda Pública tiene que realizarse por el delegado o el director del departamento. Por ello, antes de dictar una liquidación vinculada a delito —que va a dar lugar a la correspondiente denuncia— debe contarse con la autorización del órgano competente para realizar la denuncia o querrela.

8.3. La denuncia: finalización del procedimiento inspector. No inicio del periodo voluntario

Dispone el artículo 253.1 de la LGT:

Una vez dictada la liquidación administrativa, la Administración tributaria pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y el procedimiento de comprobación finalizará, respecto de los elementos de la obligación tributaria regularizados mediante dicha liquidación, con la notificación al obligado tributario de la misma, en la que se advertirá de que el periodo voluntario de ingreso sólo comenzará a computarse una vez que sea notificada la admisión a trámite de la denuncia o querrela correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 255 de esta ley.

El pase del tanto de culpa o la remisión del expediente interrumpirá los plazos de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria y a imponer la sanción, de acuerdo con lo previsto en los artículos 68.1 y 189.3 de esta ley.

8.4. La impugnación de la liquidación

Dispone el artículo 254 de la LGT:

1. Frente a la liquidación administrativa, dictada como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 250.2 de esta ley no procederá recurso o reclamación en vía administrativa, sin perjuicio del ajuste que proceda con arreglo a lo que se determine en el proceso penal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 305 del Código Penal y en el 257 de esta ley.

Como antes se expuso al tratar sobre las dificultades técnicas de la articulación del nuevo modelo, la doble vía *recurso contencioso-administrativo/proceso penal* quedó descartada por los problemas que podría traer consigo.

Ya en el artículo 305.5 del Código Penal se descarta esa doble vía cuando se dice que el ajuste final de las liquidaciones vinculadas a delito lo realizará el juez penal:

Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la Hacienda Pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

En la propia exposición de motivos de la LGT se explica que, respecto de estas liquidaciones vinculadas a delito, la tutela judicial debe buscarse ante el juez penal, ya sea la tutela cautelar (para decidir sobre la suspensión de la ejecución de la liquidación) o la tutela definitiva (mediante el ajuste final de la liquidación a lo decidido en el proceso penal).

Esta exclusión de la intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa y la tutela judicial ante el juez penal requerían modificaciones en las leyes procesales. Estas modificaciones se incorporaron a la ley 34/2015 de 21 de septiembre de reforma de la LGT como disposiciones adicionales.

8.5. La inadmisión de la denuncia o querrela: retroacción de actuaciones al momento del acta y tramitación normal. Plazo para terminación de las actuaciones

Con arreglo al artículo 253.2 de la LGT, la inadmisión de la denuncia o querrela conduce a que exista un pronunciamiento judicial con arreglo al cual no existe delito contra

la Hacienda Pública. Así las cosas, la Administración tributaria se verá obligada a retrotraer al expediente administrativo al momento en el cual le dio un tratamiento procedimental y sustantivo específico por su vinculación con un delito. Por ello, deberá retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior a la propuesta de liquidación vinculada a delito y proceder a la formalización del acta del procedimiento ordinario de liquidación.

En materia aduanera, el artículo 259.5 letra d) introduce una excepción.

8.6. La admisión de la denuncia

Conforme a los artículos 255 y 256 LGT y artículos 614 bis y 614 ter de Ley de la Enjuiciamiento Criminal, resulta claro que:

- Una vez admitida la denuncia, se notificará al obligado tributario para que realice el pago de la deuda.
- El obligado tributario podrá solicitar, del juez penal, la suspensión de la ejecución en los terminos expresados y a través del procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- De no ser acordada la suspensión, la Administración iniciará el procedimiento de apremio con arreglo a las normas ordinarias, aplicándose los motivos ordinarios de oposición al apremio y los medios de revisión administrativos (recurso de reposición y económico-administrativos) y jurisdiccionales ordinarios (recurso contencioso-administrativo).

En materia aduanera, el artículo 259.5 letra c) introduce una excepción.

8.7. El ajuste de la liquidación a la sentencia firme

Una vez que el juez penal dicte sentencia, hay que realizar el ajuste de la liquidación a lo dispuesto en la sentencia.

A este ajuste se refiere el artículo 257 de la LGT:

El ajuste se realizará de la siguiente forma:

a) Si en el proceso penal se dictara sentencia condenatoria por delito contra la Hacienda Pública y en dicho proceso se determinara una cuota defraudada idéntica a la liquidada en vía administrativa, no será necesario modificar la liquidación realizada, sin perjuicio de la liquidación de los intereses de demora que correspondan. Si la cuantía defraudada que se determinara en el proceso penal difiriera, en más o en menos, de la fijada en vía administrativa, la liquidación dictada al amparo del artículo 250.2 de esta ley deberá modificarse. En este caso, subsistirá el acto inicial, que será rectificado de acuerdo con el contenido de la sentencia para ajustarse a la cuantía fijada en el proceso penal como cuota defraudada.

Dicha modificación, practicada por la Administración tributaria al amparo de lo dispuesto en el párrafo anterior, no afectará a la validez de las actuaciones recaudatorias realizadas, respecto de la cuantía confirmada en el proceso penal.

b) Si en el proceso penal no se apreciara finalmente la existencia de delito por inexistencia de la obligación tributaria, la liquidación administrativa será anulada siendo de aplicación las normas generales establecidas al efecto en la normativa tributaria en relación con las devoluciones y reembolso del coste de las garantías.

c) Si en el proceso penal se dictara resolución firme, no apreciándose delito por motivo diferente a la inexistencia de la obligación tributaria, procederá la retroacción de las actuaciones inspectoras al momento anterior en el que se dictó la propuesta de liquidación vinculada a delito prevista en el artículo 253.1 de esta ley, teniendo en cuenta los hechos que el órgano judicial hubiese considerado probados, procediendo a la formalización del acta, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en esta ley y su normativa de desarrollo.

La disposición final primera de la Ley 34/2015 de 21 de septiembre de reforma de la LGT introdujo un nuevo artículo 999 en la Ley de Enjuiciamiento Procesal, en el que se regula el cauce procesal que deberá seguir el interesado ante el juez penal cuando esté en disconformidad con el ajuste de la liquidación realizado por la Administración Tributaria.

En materia aduanera, una excepción resulta del artículo 259.6 letra d).

9. LOS RESPONSABLES

9.1. Los supuestos de responsabilidad

Con el modelo anterior de paralización del procedimiento de comprobación sin liquidación de la deuda tributaria, eran perseguidas en el proceso penal como partícipes en el delito de otro aquellas personas que habían colaborado con el obligado tributario-autor del delito, y, llegado el caso, eran condenados en el seno del proceso penal a indemnizar a la Hacienda Pública, también como responsables civiles, por el importe de esa deuda tributaria originaria que se había convertido en el proceso penal en algo distinto como es la responsabilidad civil derivada del delito.

Ese modelo es el que funcionó con la legislación anterior y es el que se aplicará en todos aquellos casos en los que el proceso penal se tramite sin que se liquide la deuda tributaria (como son los supuestos del artículo 251 de la LGT).

Ahora bien, en todos los casos en los que se liquide la deuda tributaria, en el proceso penal ya no habrá lugar a exigir responsabilidad civil derivada de delito, como resulta *a contrario sensu* de lo dispuesto en el artículo 305.6 del Código Penal. La Administración habrá liquidado su deuda tributaria y, con eso, tiene ya un título jurídico para realizar su cobro durante el proceso penal o con posterioridad si el juez penal hubiere paralizado el cobro durante la tramitación del proceso penal.

En este escenario —proceso penal seguido frente a obligado tributario principal al que se le ha liquidado la deuda tributaria— es en el que hay que plantearse la situación jurídica de los partícipes en el delito.

A estos partícipes no se les exigirá responsabilidad civil en el proceso penal, de la misma manera que tampoco se le exigirá al obligado tributario principal.

Al obligado tributario se le exigirá la deuda tributaria, para cuya liquidación se aplicarán las normas propias del derecho tributario. Pues bien, a los partícipes en esa defraudación habrá que aplicarles también la normativa tributaria en virtud de la cual pudiera exigírseles responsabilidad en la deuda tributaria de otro. Esto es, habrá que acudir a los supuestos de derivación de responsabilidad establecidos en la normativa tributaria.

En la LGT actualmente vigente, el artículo 42.1 recoge un supuesto claro de responsabilidad tributaria: el de quien causa o colabora activamente en una infracción tributaria.

Ciertamente, quien comete un delito contra la Hacienda Pública ha cometido una *infracción tributaria* (tipificada en el artículo LGT como dejar de ingresar) que es, además, la más grave de las posibles (esa infracción ha alcanzado relevancia penal). Por ello, podía sostenerse que ese precepto legal es apto para derivar responsabilidad tributaria a todas aquellas personas que hubieran causado o colaborado activamente con el obligado tributario principal en la comisión de un delito contra la Hacienda Pública que, por definición, presupone una *infracción tributaria*.

Ello no obstante, la LGT contiene dos disposiciones importantes dirigidas a despejar cualquier duda en esta materia.

De una parte, el legislador opta por incorporar a la norma un nuevo supuesto de responsabilidad para recoger expresa y literalmente estos casos y evitar cualquier duda:

Artículo 258. Responsables

1. Serán responsables solidarios de la deuda tributaria liquidada conforme a lo preceptuado en el artículo 250.2 de esta ley quienes hubieran sido causantes o hubiesen colaborado activamente en la realización de los actos que den lugar a dicha liquidación y se encuentren imputados en el proceso penal iniciado por el delito denunciado o hubieran sido condenados como consecuencia del citado proceso.

De este modo, se podrá derivar responsabilidad tributaria a todas aquellas personas que, por sentencia del juez penal, resulten condenadas como causantes o colaboradores del delito cometido por el obligado tributario principal. En respuesta a la crítica formulada por el CGPJ en su informe, hay que señalar que ningún obstáculo jurídico existe para que, a un condenado como colaborador de un delito, pueda derivársele la responsabilidad tributaria tras la finalización del proceso penal. En el proceso penal se ejercita necesariamente la acción penal pero, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no obliga a ejercitar también la acción civil en el proceso penal sino que permite al perjudicado ejercitar la acción civil (resarcitoria) junto a la penal o reservar su ejercicio para un momento ulterior. Aplicando, *mutatis mutandi*, esa norma al ámbito tributario, se puede decir que la norma de la LGT habilita a la Administración tributaria a ejercitar su acción resarcitoria no penal (que en este caso es una acción *administrativa*) a través del cauce procedimental propio del ámbito tributario y con posterioridad al proceso penal (cuando la acción no se hubiese ejercitado en aquel). Está claro que, si hubiera habido condena por responsabilidad civil al colaborador en el proceso penal, la derivación de responsabilidad tributaria posterior no procedería.

Ahora bien, la norma de la LGT no sólo habilita a la Administración para derivar responsabilidad tributaria al colaborador del delito condenado en sentencia sino a todo aquel que se encuentre imputado en el proceso penal por tal concepto. Frente a la derivación de responsabilidad al simplemente imputado podrá decirse que ese estatus es algo provisional y que puede cambiar. Ello es cierto, y buena prueba es que el mismo artículo 258 dispone que la derivación de responsabilidad será anulada cuando desaparezca la imputación.

A ese reproche de la provisionalidad del título de imputación puede contestarse que también el título de imputado como autor principal del delito es igualmente provisional y ello no es obstáculo para que la deuda tributaria le pueda ser liquidada y, eventualmente, ejecutada si el Juez penal no ordena la paralización de la acción administrativa de cobro.

De otra parte, la segunda de las disposiciones importantes dirigidas a despejar cualquier duda en esta materia es el apartado 9 de la disposición transitoria de la Ley 34/2015 de 21 de septiembre que permite aplicar el artículo 42.1 LGT a supuestos anteriores. Es

claro que, con la lectura de esta norma transitoria, surgirán los debates acerca de si estamos en presencia de una norma retroactiva y sancionadora

Frente a esos eventuales reproches cabría decir, en primer lugar, que no hay tal *retroactividad*, en la medida en que no se está configurando un supuesto de responsabilidad distinto del que existía al tiempo en el que el posible responsable realizó su comportamiento. El supuesto de hecho que hace posible la derivación de la responsabilidad tributaria es el mismo antes que ahora: haber participado en una infracción tributaria. Lo único que hace la norma nueva es aclarar que la derivación de responsabilidad se podrá exigir tanto si la infracción ha sido sancionada administrativamente como cuando no haya podido serlo por estar subsumida en una infracción penal que no hace desaparecer la infracción administrativa pero sí absorbe su desvalor e impide su castigo independiente.

En segundo lugar, cabría añadir que no estamos en presencia de una norma *sancionadora*, pues la derivación de responsabilidad tributaria no tiene naturaleza sancionadora.

9.2. La declaración de responsabilidad

El artículo 258.1 párrafo segundo, dispone:

Los datos, pruebas o circunstancias que obren o hayan sido obtenidos en el procedimiento de liquidación y que vayan a ser tenidos en cuenta en el procedimiento para exigir la responsabilidad establecida en este artículo, deberán incorporarse formalmente al mismo antes de la propuesta de resolución.

Por su parte, el informe del CGPJ crítica que la derivación de responsabilidad se haga sin que al responsable se le haya dado audiencia antes de dictarse la liquidación derivada de delito. Frente a este reproche hay que señalar que al responsable nunca se le concede audiencia a la hora de dictar la liquidación que luego se le deriva. El procedimiento de liquidación se tramita sólo y exclusivamente con el obligado tributario. Si luego hay que derivar la deuda resultante de esa liquidación, al posible responsable se le concede audiencia y se le permite impugnar tanto el supuesto de hecho del que se deriva la responsabilidad como la propia liquidación que se le deriva. Así resulta con toda claridad de los artículos 173 a 176 de la LGT.

9.3. La impugnación de la declaración de responsabilidad

Conforme al artículo 258 en sus apartados 3 y 4 de la LGT y disposición adicional 10.^a de la LJCA, los responsables por haber causado o colaborado en un delito contra la Hacienda Pública podrán —como cualquier otro responsable— discutir el presupuesto de hecho de la derivación de responsabilidad y podrán discutir también la liquidación de la que trae causa.

El presupuesto de hecho de la derivación —la condición de colaborador en un delito contra la Hacienda Pública como imputado o condenado— sólo podrá discutirse, lógicamente, en el seno del proceso penal, como resulta del apartado 4 del artículo 258 LGT. En cambio, el alcance global de la responsabilidad será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como resulta de la nueva disposición adicional décima de la LJCA.

LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL EN LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS FISCALES POR LA FISCALÍA Y LA INSPECCIÓN DE HACIENDA

Valeriano Hernández-Tavera

Para Mari Carmen,
que siempre nos trató como a hijos

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL COMIENZO: UNA DENUNCIA ANTE LA FISCALÍA.—3. ACTUACIONES DE LA FISCALÍA TRAS EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA.—4. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL. 4.1. El derecho a ser informado de la acusación. 4.2. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. 4.3. El derecho a la asistencia letrada.—5. ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN Y DILIGENCIAS DE LA FISCALÍA.—6. INCOMPETENCIA MANIFIESTA DE LA INSPECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS.—7. INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS.—8. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. 8.1. Nulidad de la prueba. 8.2. Nulidad del procedimiento judicial. 8.3. Momento en que debe declararse la nulidad.—9. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El proceso penal responde a unos principios y garantías no siempre compatibles con los del procedimiento tributario, inspirado por la finalidad de aplicar de manera eficaz las potestades recaudatorias. De ahí que, cuando se investiga un posible delito fiscal, lo que frecuentemente está a caballo entre el procedimiento tributario y el proceso penal, surjan puntos de conflicto.

La Administración Tributaria promueve periódicamente reformas legales en esa materia e introduce prácticas que van creando costumbre, y como aquella Administración es más competente y tiene más medios que los órganos judiciales, va ganando terreno en detrimento de los principios esenciales del proceso penal.

En el caso que motiva este trabajo se dio además la circunstancia de que la autoridad investigadora fue inicialmente el fiscal, lo que permite hacer una reflexión sobre las garantías constitucionales del investigado en unas diligencias de la Fiscalía que, aunque de contenido penal, no pasan de ser un tipo de procedimiento administrativo, pues el fiscal no es el juez. De hecho, hay gran diferencia entre ambos.

He elegido este tema para rendir mi pequeño homenaje a mi querido Manolo Goded, porque creo que la materia le gustaría. Él siempre razonaba con los principios del derecho y tuvo un concepto innato de la justicia y la equidad, que aplicó con libertad y tremenda autoridad en sus dictámenes y en sus sentencias.

2. EL COMIENZO: UNA DENUNCIA ANTE LA FISCALÍA

Un particular denunció ante la Fiscalía de cierta provincia un presunto delito fiscal que habría cometido determinada empresa cuyos administradores eran enemigos suyos. La denuncia se refería a diversos contratos y facturas que calificaba de simulados o falsos y que habrían servido para defraudar en el pago del impuesto sobre sociedades.

Tras recibir la denuncia, la Fiscalía acordó incoar diligencias de investigación penal y nombrar fiscal instructor, el cual, dada la materia, decidió oficiar a la inspectora coordinadora de la Unidad de Delito Fiscal de la correspondiente Delegación de la AEAT, requiriéndola para que realizara actuaciones de comprobación de la sociedad afectada y remitiéndole la denuncia. La Fiscalía afirmaba que los hechos podían ser constitutivos de delito fiscal.

La AEAT contestó al requerimiento del fiscal informando de que realizaría las actuaciones de comprobación oportunas, pero de hecho pasaron varios meses y el fiscal no recibió nuevas noticias.

Como la Fiscalía, según su estatuto orgánico, dispone de un plazo de seis meses para poner fin a la investigación antes de judicializar el asunto, cuando ese plazo estaba a punto de vencer el fiscal instructor propuso al Jefe de su unidad solicitar al fiscal general del Estado una prórroga de otros seis meses, prórroga que se pidió y se obtuvo.

Finalmente, la AEAT dio comienzo al procedimiento inspector. Ahora bien, según la LGT, la Inspección dispone de doce meses, ampliables a otros doce, para tramitar sus procedimientos, por lo cual sucedió lo previsible: la prórroga de seis meses obtenida por el fiscal fue insuficiente. Cuando estaba a punto de expirar, lo que hizo la Fiscalía fue decretar el archivo provisional de sus diligencias hasta que concluyera el trabajo la AEAT.

Estando así las cosas, un trabajador de la empresa denunciada que estaba en conexión con el denunciante compareció espontáneamente en la Fiscalía para prestar declaración como testigo, pero puesto que la Fiscalía había archivado sus diligencias envió al testigo a prestar declaración ante la Policía, cosa que el testigo hizo. A continuación, el fiscal remitió a la AEAT la declaración prestada e incorporó esa misma declaración a sus diligencias archivadas. Era un archivo, más que provisional, aparente.

El trabajador-testigo también entregó a la Fiscalía un dispositivo USB con documentación que había sustraído de la empresa, dispositivo que el fiscal remitió a la AEAT. Así, ni la Fiscalía ni la Inspección tuvieron que pedir ninguna autorización judicial de entrada y registro, ni hacer ningún requerimiento a la empresa para obtener la indicada documentación.

La Fiscalía no informó a la empresa denunciada de que existía una denuncia contra ella, de que había abierto diligencias, de que había obtenido documentación, de que había instado un procedimiento de inspección fiscal, o de cualquier otra cosa relativa a todo lo anterior.

El procedimiento de inspección tributaria

Tras recibir el oficio de la Fiscalía requiriendo la comprobación tributaria de los denunciados, la AEAT llevó a cabo el procedimiento inspector siguiendo el guion que marcaba la denuncia y la declaración del testigo.

Ese procedimiento comenzó con la notificación a la empresa del inicio de las actuaciones inspectoras, notificación acompañada de un anexo informativo de derechos y obligaciones del obligado tributario, donde se decía que la empresa estaba obligada a colaborar con la Inspección, poniendo a su disposición todos los documentos que le fueran requeridos bajo apercibimiento de las oportunas sanciones administrativas.

La Inspección no informó a la empresa de que existía una investigación de la Fiscalía o de que el procedimiento se había abierto a petición del fiscal.

Entre las diligencias que practicó la Inspección, hubo una que consistió en llamar al testigo que había comparecido en la Fiscalía y posteriormente ante la Policía. El testigo compareció, el inspector le preguntó por los hechos objeto de la declaración policial y, como el testigo se contradijo, el inspector se lo hizo notar. Sin embargo, en el acta que el inspector extendió no figuraron las contradicciones. El inspector, por lo demás, no informó de la declaración a la empresa objeto del expediente.

En un momento dado del procedimiento inspector, la empresa, pensando o más bien intuyendo que la actitud del inspector no era la normal, pidió acceso al expediente para comprobar si había algo que no conocía, pero recibió un acuerdo que le denegó ese acceso con el argumento de que la Ley General Tributaria sólo contempla el trámite de audiencia en el momento previo a la formalización de las actas.

La Inspección no incorporó al expediente electrónico la denuncia presentada ante la Fiscalía. Tampoco incorporó ninguna de las comunicaciones de la AEAT con la Fiscalía ni el dispositivo USB aportado por el testigo con la información sustraída a la empresa inspeccionada. Así, no sólo no informó a los investigados del origen del procedimiento ni de su finalidad, sino que ocultó activamente que el procedimiento tributario respondía a una investigación penal.

Cuando el inspector concluyó su trabajo, él y otros órganos de la AEAT emitieron los habituales informes previos a la iniciación de la vía judicial penal, y concluyeron que existían diversos delitos. Todos esos informes se remitieron al fiscal.

3. ACTUACIONES DE LA FISCALÍA TRAS EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN TRIBUTARIA

Cuando el fiscal recibió los informes de la AEAT, en lugar de reabrir sus diligencias provisionalmente archivadas (las había archivado a la espera de que la AEAT terminara su trabajo) las archivó definitivamente y abrió otras nuevas. Dado que la empresa no había sido informada de la actuación de la Fiscalía, con ese cerrar y abrir diligencias el efecto que la Fiscalía consiguió fue que pareciera que el origen del procedimiento había sido la Inspección y no la Fiscalía.

Pero, como tantas veces sucede, lo sucedido entre bastidores se supo de la siguiente e imprevista manera.

Cuanto el trabajador de la empresa fue a declarar ante el inspector de Hacienda, se hizo acompañar de un abogado que la empresa investigada quiso que fuera con él, y el abogado se enteró de esa manera de que el trabajador había prestado ya una declaración ante la Policía. Al terminar la comparecencia ante el inspector, ese abogado le comentó a cierto miembro de la empresa que el trabajador había declarado ante la Policía, y así la empresa tuvo conocimiento de eso, tras lo cual, sospechando la infidelidad del trabajador, lo despidió.

Como reacción a su despido, el trabajador presentó, no sólo una demanda laboral, sino también una denuncia penal casi idéntica a la denuncia ante la Fiscalía con la que había comenzado todo, lo cual evidenciaba que el trabajador era el hombre del denunciante inicial dentro de la empresa.

La denuncia penal del trabajador dio lugar a que un juzgado de instrucción abriera diligencias, y como mencionaba la existencia de una investigación de la Fiscalía sobre los mismos hechos denunciados, el juzgado requirió al fiscal para que le remitiera copia de sus diligencias.

La Fiscalía, en lugar de remitir lo que el juez había pedido, le respondió diciendo que las diligencias requeridas habían sido archivadas porque no existían indicios de delito, lo que obviamente no era verdad. Y además de remitir al juzgado la inexacta información, el fiscal que actuaba ante el juzgado que tramitaba la denuncia del trabajador pidió a dicho Juzgado el sobreseimiento libre de sus diligencias, un tipo de sobreseimiento absolutamente excepcional.

En paralelo, la Fiscalía presentó ante otro Juzgado de Instrucción una denuncia por delito fiscal basándose en el informe del inspector, por los hechos que constaban en la denuncia que la propia Fiscalía había recibido, que eran los mismos que figuraban en la denuncia penal del trabajador.

La empresa se personó en las diligencias abiertas por la denuncia del trabajador, y a partir de lo que el trabajador había manifestado en tal denuncia, más las comunicaciones entre juzgado y Fiscalía, tiró del hilo y finalmente averiguó, con el auxilio del Juzgado de Instrucción que se ocupaba del presunto delito fiscal, lo que Fiscalía e Inspección habían hecho.

Cuando el inspector fue llamado a declarar por ese juzgado, no pudo negar nada.

4. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL

El Derecho Penal es una rama del ordenamiento reservada a los casos de mayor gravedad. Ese Derecho se rige por el principio de intervención mínima y en cambio el proceso penal se rige por el principio de garantía máxima. El investigado goza de los derechos de tutela judicial reforzada que están reconocidos en el art. 24.2 de la Constitución: el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la asistencia de letrado, entre otros.

4.1. El derecho a ser informado de la acusación

El derecho a ser informado de la acusación garantiza que el sujeto sometido a un procedimiento penal tenga posibilidades reales de defensa. Es doctrina del Tribunal Constitucional que el art. 24.2 de la Constitución exige que no se retrase el otorgamiento de la condición de investigado a alguien de quien fundamentalmente se sospeche su participación en un hecho delictivo (sentencias del Tribunal Constitucional 68/2001, de 17 de marzo, RTC 2001/68; 87/2001, de 2 de abril, RTC 2001/87; 118/2001, de 21 de mayo, RTC 2001/118; 174/2001, de 26 de julio, RTC 2001/1704; y 70/2002, de 3 de abril, RTC 2002/70, entre otras).

La sentencia del Tribunal Constitucional 277/1994, de 17 de octubre, RTC 1994\277, expresa esa idea de la manera siguiente: «*El derecho a ser informado de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa en el proceso penal ... la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim)...*».

4.2. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

El derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable implica que nadie pueda ser obligado o inducido a colaborar con la acusación, y protege frente a la

coacción o frente al engaño del acusador. El acusado puede optar por actuar de la forma que estime conveniente, sin ser compelido a declarar o a confesarse culpable (sentencias del Tribunal Constitucional 197/1995, de 21 de diciembre, RTC 1995/197; 161/1997, de 2 de octubre, RTC 1997/161; 127/2000, de 16 de mayo, RTC 2000/127; 67/2001, de 17 de marzo, RTC 2001/67; y 18/2005, de 1 de febrero, RTC 2005/18, entre otras).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha perfilado el alcance del derecho a la no autoincriminación, entendiéndolo implícito en el derecho a un proceso justo del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Según la doctrina de ese tribunal, las declaraciones o pruebas autoincriminatorias únicamente son válidas cuando hay constancia de que se ha informado al acusado de sus derechos y de que, al menos implícitamente, renuncia a ellos (sentencias de 18 de febrero de 2009, *Savas c. Turquía*, PROV 2009, 69380; de 24 de enero de 2012, *Nechto c. Rusia*, PROV 2012, 21714; y de 23 de abril de 2013, *Süzer c. Turquía*, PROV 2013, 124891).

4.3. El derecho a la asistencia letrada

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, recoge el derecho a la asistencia letrada en su artículo 14.3.d. En España la asistencia letrada está constitucionalmente garantizada para los detenidos en el artículo 17.3 CE, con su consiguiente desarrollo en la LECrim. Pero, además de ello, todas las personas investigadas tienen derecho a la asistencia letrada, ya que esa asistencia se considera una de las garantías elementales de un juicio justo. La presencia del abogado durante la investigación es esencial, pues protege al investigado poniéndolo en condiciones de igualdad con el investigador. Este último es siempre un experto en las leyes punitivas que trata de aplicar, por lo cual el investigado tiene que contar con una asistencia profesional con igual nivel de conocimientos.

El abogado vigila la regularidad del procedimiento. En este caso, su intervención hubiera evitado, por ejemplo, que el inspector hubiera extendido un acta que no era fiel a la declaración del testigo, puesto que omitió lo que no favorecía a la inspección (las contradicciones con la declaración ante la Policía). El Abogado es un vigilante del procedimiento que desincentiva los abusos e ilegalidades de los investigadores.

5. ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN Y DILIGENCIAS DE LA FISCALÍA

Las garantías del proceso penal recogidas en el art. 24 de la Constitución se aplican en el ámbito judicial, pero no sólo. Cuando el Estado realiza la investigación por medios o funcionarios distintos de los que integran el Poder Judicial, dichas garantías son también aplicables, porque lo importante es el derecho de defensa del sujeto que está sometido al procedimiento de investigación. Eso se aplica específicamente al Ministerio Fiscal.

Por otra parte, en la actualidad abundan las zonas grises entre el derecho sancionador administrativo y el derecho sancionador penal. En esos casos, los funcionarios encargados de aplicar el derecho administrativo sancionador tienen la obligación de examinar su propia competencia para no traspasar los límites ni invadir el terreno de los funcionarios o autoridades que tienen encomendada la investigación penal. Si no fuera así, sería muy sencillo para el Estado violar las garantías constitucionales de la investigación penal a través de procedimientos y funcionarios puramente administrativos.

Para evitar ese tipo de abuso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ampliado las garantías del proceso penal a todos los procedimientos que desembocan en una acusación penal, con independencia de que en ellos intervenga un Juez o no. Y así ha declarado que el derecho a la no autoincriminación es aplicable ante cualquier «acusación penal» en sentido material, no limitándose a lo que el derecho interno de cada Estado califique como tal. Tras diversas sentencias conformando esta doctrina (entre otras, de 8 de junio de 1976, *Engel et al. c. Holanda*, TEDH 1976, 3; de 21 de febrero de 1984, *Özturck c. Alemania*, TEDH 1984, 2; de 28 de junio de 1984, *Campbell y Fell c. Reino Unido*, TEDH 1984, 9; de 22 de mayo de 1990, *Weber c. Suiza*, TEDH 1990, 12), el tribunal define la acusación penal como «*notificación oficial, emanada de la autoridad competente, del reproche de haber cometido una infracción penal*» (sentencia de 20 de octubre de 1997, *Serves c. Francia*, TEDH 1997, 84); y extiende las garantías del proceso penal a las «*investigaciones prejudiciales*» (sentencia de 21 de abril de 2009, *Marttinen c. Finlandia*, JUR 2009/178092).

En el mismo sentido, la Directiva (UE) 2016/343, relativa al reforzamiento de determinados aspectos de la presunción de inocencia, cuya eficacia exige como presupuesto el adecuado ejercicio del derecho de defensa, extiende su aplicación en su art. 2 a las personas «*que sean sospechosas o acusadas en procesos penales*» siendo aplicable a «*todas las fases del proceso penal, desde el momento en que una persona es sospechosa o acusada de haber cometido una infracción penal o una presunta infracción penal, hasta que adquiera firmeza la resolución final...*».

Una investigación realizada en España por el Ministerio Fiscal está sujeta a las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa. Dice el art. 2.1 del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) que, aunque sus funcionarios no son jueces, el fiscal está integrado con autonomía funcional *en el Poder Judicial* y ejerce sus funciones con sujeción a principios análogos a los del Poder Judicial conforme al art. 24.2 de la Constitución. Crear zonas grises que difuminan los contornos del Poder Judicial con respecto a la Fiscalía me parece altamente desaconsejable, y para llegar a la conclusión de que el fiscal debe actuar conforme al art. 24.2 CE basta observar que entre sus cometidos está velar por la defensa de los derechos fundamentales (arts. 124.1 CE y 3.3 del Estatuto Orgánico).

En fin, lo importante es que, de una forma u otra, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es plenamente aplicable a la Fiscalía. Como confirmación, el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, relativo a la recepción de denuncias y práctica de diligencias, hace extensivos los derechos y principios esenciales del proceso penal a las diligencias de investigación de Fiscalía, estableciendo lo siguiente: «*Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. A tal fin, el Fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas...*».

Eso es lógico, pues, como señala la Circular 4/2013, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, relativa a las diligencias de investigación, estas diligencias se integran y participan de la naturaleza y garantías que debe presidir la tramitación de cualquier proceso penal.

A nivel procesal, la actuación de la Fiscalía se regula entre otros preceptos en el art. 773 de la LECrim. El art. 773.1 impone al fiscal el deber de velar por el respeto de las garantías procesales de investigado o encausado; y el art. 773.2 se refiere a la actuación de la Fiscalía en la averiguación de los delitos fuera del proceso penal, a los derechos de la presunta víctima, a la petición de colaboración del fiscal a la Policía Judicial y a otros

extremos, diciendo lo siguiente: «*El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal*».

Es decir, de nuevo se observa que las diligencias de investigación penal de la Fiscalía son un ámbito donde rigen las garantías constitucionales del proceso penal. Y así lo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10.^a, de 21 noviembre 2005 (JUR 2007\119218), cuando afirma que el sospechoso, aunque no sea parte de un proceso que todavía no existe, «*goza del haz de garantías propio frente a la inculpación, así entre ellas derecho a guardar silencio o a ser asistido de defensor (la citada Ley 14/2003 al modificar el art. 5 del Estatuto expresa que “los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias”)*».

Con rotundidad todavía mayor, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 25 junio 1993 (RJ 1993\5244) afirma lo siguiente: «*El derecho a un juicio justo y con todas las garantías que constituye el paradigma de un sistema democrático comienza desde el momento mismo en que el aparato de la investigación estatal se dirige hacia una persona considerada como sospechosa sometiéndola a pesquisa y averiguación por los medios legítimos que se estimen conducentes al mejor éxito de la investigación*».

El apartado III.1 de la Circular 4/2013 se refiere en concreto a la toma de declaración del investigado ante el fiscal y reitera lo establecido en el párrafo segundo del art. 773.2 de la LECrim: ya en esa fase prejudicial son aplicables las garantías del proceso penal recogidas en el art. 24 de la Constitución, y reiteradas en el art. 520.2 de la LECrim. La Circular 4/2013 establece también que las diligencias de investigación no pueden realizarse al margen del investigado, que éste tiene derecho a ser informado de las mismas, a tomar conocimiento de su contenido, a proponer prueba, etc.

Todo lo anterior ha quedado establecido de forma nítida por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017: «*La investigación a un ciudadano sospechoso de haber cometido un delito sólo puede explicarse como expresión del poder del Estado y, como tal, ha de ajustarse a los límites definidos por nuestro sistema constitucional... Ni la LECrim, ni la Ley 50/81 de 30 de diciembre, por la que se aprueba el EOMF, ni en fin, las circulares e instrucciones dictadas para lograr la uniformidad en la actuación de los Fiscales, avalan esa convencional e interesada división entre las garantías del ‘preinvestigado’ cuando comparece ante el Fiscal y las garantías del investigado cuando es llamado ante la autoridad judicial*».

Cuando la Fiscalía no tiene medios propios para la investigación de los delitos, cabe que pida la colaboración de la Policía Judicial, tal como recoge el art. 773.2 de la LECrim. Pero eso no exime a la Fiscalía ni a la Policía Judicial de cumplir el art. 24 CE. De ahí que el art. 771.2 de la LECrim disponga que la Policía Judicial «*informará en la forma más comprensible al investigado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y d) del artículo 520.2*». El art. 520.2 de la LECrim, en los apartados que hemos mencionado, se refiere a los derechos de los que venimos tratando, que son el derecho a ser informado de los hechos, a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable y a designar abogado, al margen de otros.

La Fiscalía puede «*recabar los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones*» (apartado III.2.9 de la Circular 4/2013 sobre «*acceso a la información de los Registros oficiales*» y apartado XXI. 8.º «*Conclusiones*»), pero eso tampoco exime a la Fiscalía o a la Inspección fiscal de respetar

las garantías del sospechoso. Además, una cosa es recabar datos, informes o antecedentes «obtenidos por la Administración Tributaria en el desempeño de sus funciones», y otra es que la Fiscalía requiera a la Administración Tributaria para que realice una investigación penal, pues estas no son las funciones de la Administración tributaria. Si el fiscal usa de esa manera a la Inspección fiscal, está realizando una suerte de extraña delegación y usando a la Inspección como *longa manus*, lo que, como veremos enseguida, es ilegal e inconstitucional.

6. INCOMPETENCIA MANIFIESTA DE LA INSPECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS

Ningún funcionario que no pertenezca al Poder Judicial, al Ministerio Fiscal o a la Policía Judicial puede dedicarse a investigar la comisión de delitos. La Inspección de Hacienda, por consiguiente, no puede hacerlo. En cuanto aprecie la posible existencia de delito, la Inspección tiene que abstenerse de actuar. No hace falta, ni se permite, que la Inspección realice la investigación penal.

La incompetencia de la Inspección para investigar delitos es manifiesta, y si incurre en ella, eso tiene como consecuencia, entre otras cosas, la nulidad radical de sus actos, de acuerdo con el art. 47.1.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, aunque en este momento nos interesa el punto de vista del sujeto penalmente investigado.

En relación con la incompetencia de la Inspección, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 21 de abril de 2015 (RJ 2015\2376), declara que la investigación penal puede desarrollarse bien por el Juez de Instrucción o bien, con carácter pre-procesal, por la Fiscalía o por la Policía Judicial dependiente del juez (y en consecuencia no por la Inspección de Hacienda u otro tipo de funcionario).

Casado Ollero, G., *Administración Tributaria, Jurisdicción Penal y Delito Fiscal*, en la obra colectiva *Estudios en memoria de D. César Albiñana*, IEF, Madrid, 2008, pág. 1597, insiste en esa misma idea afirmando: «Si bien todos los poderes públicos tienen en la lucha contra el fraude fiscal... un fin y un mandato constitucional, cada uno de ellos habrá de acometerlo de la forma que constitucionalmente y legalmente le sea encomendada, sin que resulte admisible que la Administración Tributaria se dedique a la investigación y persecución de la delincuencia fiscal».

Un análisis en profundidad de la cuestión se realiza por Iglesias Capellas, J., *Los efectos del proceso penal por delito contra la Hacienda Pública en los procedimientos tributarios de liquidación y recaudación*, tesis doctoral dirigida por Cachón Cadenas, M. J., UAB, 2012. Iglesias certeramente opina que la Inspección de Hacienda sólo puede actuar cuando no tenga a priori la sospecha de que puede existir un delito, de forma que se encuentra con el posible delito *por sorpresa*. Pero si, por el contrario, existe una *notitia criminis*, aunque la Inspección sólo disponga de indicios pendientes de comprobación tiene que abstenerse de usar su procedimiento, no puede siquiera iniciarlo, y la averiguación del delito debe realizarse por el juzgado o la Fiscalía con las garantías propias del proceso penal.

Esa misma idea mantiene Ruiz García, J. R.: «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, número 151, 2011.

7. INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS

Hemos expuesto cómo la Fiscalía tiene que respetar en sus procedimientos de investigación los derechos de defensa del investigado en términos idénticos a los que se imponen en una instrucción judicial. También hemos visto cómo los derechos del acusado son aplicables a las investigaciones de la Policía Judicial. En fin, ha quedado claro que la Inspección tributaria no puede dedicarse a la investigación de delitos.

Pues bien, además de que la Inspección es incompetente para investigar delitos, el procedimiento de inspección es inapropiado para ese fin, porque se rige por principios y garantías diferentes. Al contrario de lo que sucede en la investigación de delitos, donde el investigado tiene derecho a guardar silencio y a no cooperar en la investigación, en la inspección tributaria rige el deber de colaboración, contenido en los art. 29.2 y 93 de la Ley General Tributaria, que se refiere tanto a los datos propios del contribuyente como a los de terceros.

Eso incluye, con arreglo al art. 29.2.g) de la Ley General Tributaria, «*la obligación de facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones administrativas*». La falta de colaboración, o aportación por el obligado de los datos requeridos, es sancionable (art. 203 de la Ley General Tributaria), y la ley obliga al contribuyente a cooperar en la investigación de conductas propias. Esa obligación entraría, en caso de que la Inspección llevara a cabo la investigación de un delito, en contradicción con el art. 24.2 de la Constitución.

Como hemos visto antes, la Fiscalía puede recabar de la Agencia Tributaria datos, informes o antecedentes, pero lo que no cabe es que los inspectores asuman el papel de investigadores penales bajo la apariencia de un procedimiento de comprobación fiscal ordinaria y violando las garantías procesales penales, es decir violando la Constitución y las leyes ya citadas.

Así como el vicio de incompetencia manifiesta produce la nulidad radical, la violación de derechos fundamentales en un procedimiento también es causa de nulidad. Eso es lo que dispone, con respecto a los actos tributarios, el art. 217.1 de la Ley General Tributaria, en sus apartados a y b.

8. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En el caso analizado existió una grave violación constitucional y la consecuencia más inmediata es la que prevén los arts. 6.3 del Código Civil y 11 y 238 de la LOPJ: la nulidad de la prueba obtenida y de todo lo actuado.

8.1. Nulidad de la prueba

La obtención de pruebas mediando violación de derechos fundamentales, como es el derecho de defensa, produce su nulidad. Al respecto, el art. 11.1 de la LOPJ dispone lo siguiente: «*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*».

Así lo expresa Ruiz García, J. R.: «La relación entre el procedimiento de inspección y el proceso penal por delito contra la Hacienda Pública», *Revista Española de Derecho Financiero*, número 151, 2011, y comparte la misma opinión López García, C.: «Alcance efectivo

del deber de colaboración con la Inspección de los tributos y del derecho a no declarar contra sí mismo», *Diario La Ley* n.º 7493, 21 de octubre de 2010, La Ley BIB 2011/1148.

En nuestro caso, la Fiscalía, con el auxilio de la Inspección, se aplicó a obtener prueba incriminatoria de manera inconstitucional e ilícita, algo que debió de resultarle, por lo fácil, tentador. Sin embargo, una prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales no puede ser utilizada en ningún tipo de procedimiento y mucho menos en un procedimiento penal. En ese sentido, sentencia del Tribunal Constitucional núm. 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011\126).

La prueba ilícita contamina, como norma general, al resto de la actividad probatoria. La sentencia del Tribunal Supremo 1451/2003, de 26 de noviembre, RJ 2003\9491, expresa esta idea de la manera siguiente: «*En definitiva, pues, la declaración de nulidad carece de autarquía. Si contamina las restantes pruebas conduce a la absolución por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 de la CE, al no existir prueba de cargo que pueda fundar el pronunciamiento condenatorio*».

En nuestro caso, toda la prueba que la acusación aportó al procedimiento fue recopilada por la Inspección, y sin ella no habría ni siquiera haber iniciado las actuaciones judiciales. Toda la prueba estaba, por tanto, contaminada por el procedimiento ilícito de su obtención, por la vulneración de los derechos de defensa y por la incompetencia manifiesta de la Inspección tributaria.

El siguiente caso es ilustrativo y guarda notable paralelismo con el que nos ocupa. Se trata de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2003, RJ 2003\7571, la cual confirmó la declaración de nulidad de las pruebas obtenidas en el seno de unas diligencias de investigación penal de la Fiscalía con vulneración de derechos fundamentales: «... *el Ministerio Fiscal, al mantener vivas unas diligencias de investigación y posponer su presentación en el Juzgado mediante un escrito de denuncia, hasta el día 21 de octubre de 1996, es decir cerca de dos años después de haber recibido la denuncia de la Consellería del Medi Ambient de la Generalitat de Catalunya... ha incidido en los derechos fundamentales del acusado, concretamente en su derecho a que no se le produzca indefensión, vulneración que arrastra, por mandato del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la ineficacia de los análisis sobre los vertidos*».

Palao Taboada, C.: «El derecho a no auto-inculparse en el ámbito tributario: una revisión», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 159/2013, Civitas, BIB 2013/2221, relaciona los dos temas esenciales que hemos comentado: la violación de las garantías del procedimiento penal y la incompetencia de la Inspección para averiguar delitos: «*El derecho a no auto-incriminarse asumiría supletoriamente la forma de derecho a la no utilización en el proceso penal de las informaciones auto-inculpatorias obtenidas por la Administración en el supuesto de que ésta no comunique al contribuyente sus sospechas de la existencia de delito en el momento en que éstas se conciben [...] Al actuar de esta manera la Administración se arroga la función de investigación del delito propia de un Juez de Instrucción, especialmente si sus pesquisas rebasan lo estrictamente necesario para justificar el pase del tanto de culpa a los Tribunales y se extienden a una auténtica acusación*».

En nuestro caso, la prueba y el procedimiento mismo de inspección eran radicalmente nulos. La violación del derecho a la defensa (no informar de que se está investigando un delito, no tomar declaración con asistencia de abogado, obtener de los investigados documentos e informaciones que se utilizan para inculparlos, y usar para ello la coerción que implica el deber de colaboración tributaria...) se produce de manera continua desde el instante en que se abre la investigación. Todas las diligencias se practica-

ron sin respetar el derecho de defensa, sin dar la oportunidad al investigado de alegar, de aportar contraprueba o de conocer nada.

La ilicitud y nulidad de la prueba impide sostener la acusación y comporta el sobreseimiento de las actuaciones, al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito, ni existir motivos suficientes para acusar a personas determinadas (art. 641. 1.º y 2º de la LECrim).

8.2. Nulidad del procedimiento judicial

Nuestro ordenamiento establece de manera sistemática la nulidad de los actos de cualquier tipo que hayan vulnerado los derechos fundamentales, con independencia de cuál sea el poder del Estado del que emane el acto. Esto incluye los actos judiciales.

El art. 7 de la LOPJ prohíbe que las resoluciones judiciales menoscaben derechos fundamentales: *«1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos...»*. Y el art. 238 de la LOPJ dispone la nulidad de los actos judiciales que vulneran el derecho constitucional de defensa: *«los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: [...] 3º Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión»*.

Según el art. 243 de la LOPJ, la nulidad de un acto procesal implica la nulidad de los actos sucesivos, salvo que *«fueren independientes de aquel»* o *«aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad»*.

El auto de incoación subsiguiente a la denuncia del fiscal se fundó en actos y pruebas nulos. El informe de la AEAT había sido realizado en un procedimiento en el que se había prescindido de todas las formas y garantías. La documentación en la que se fundaba el informe, que también se aportaba, había sido obtenida con vulneración flagrante de los derechos de defensa. Y el Ministerio Fiscal había instado las actuaciones de la AEAT como consecuencia de unas diligencias de investigación penal en las que también se habían vulnerado los derechos fundamentales de los investigados. Como consecuencia de ello, el auto de incoación era nulo, igual que todos los actos posteriores de instrucción.

Los tribunales vienen declarando la nulidad de la instrucción cuando se han vulnerado los derechos fundamentales. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2007, RJ 2007\253, es un ejemplo, y la sentencia del mismo tribunal (Sala de lo Militar) de 17 de febrero de 2000, RJ 2001\4825, otro.

En el mismo sentido, la sentencia 54/2015 del Tribunal Constitucional del 16 de marzo, RTC 2015\54, resolvió un recurso de amparo planteado contra una sentencia contencioso-administrativa que convalidó una sanción administrativa fundada en pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales de una persona jurídica. Tras declarar la existencia de la vulneración denunciada, el tribunal concluyó que la sentencia impugnada, y también la de apelación que la convalidó, eran nulas y debían retrotraerse las actuaciones al momento anterior al de dictar la sentencia de instancia:

De todo ello se desprende que, para restablecer a la parte recurrente en sus derechos a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías, cuya vulneración hemos afirmado, han de anularse las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pamplona

y de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo en primera instancia, para que este órgano judicial pueda fundamentar suficientemente el juicio de conexión o desconexión y valorar las pruebas constitucionalmente lícitas en el sentido que estime oportuno.

Los razonamientos expuestos conducen a estimar el recurso de amparo por vulneración del art. 18.2 CE y de la garantía procesal de no autoincriminación del art. 24.2 CE, y a anular las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones en el sentido expuesto.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 9 de marzo de 2016, JUR 2016\207460, declaró la vulneración de los derechos fundamentales por la AEAT en la obtención de la prueba, y la consiguiente nulidad de las actuaciones, por la continuación de la inspección cuando ya se conocía que los hechos podían revestir carácter penal:

La AEAT tiene conocimiento, según la actuario, desde abril de 2007, de la existencia de un posible delito de falsedad en documento mercantil, y sin embargo continúa investigando en procedimiento inquisitivo hasta reunir elementos para poder presentar como hizo ante Fiscalía en diciembre de 2007 (8 meses después) denuncia que incluya delito contra la Hacienda Pública.

Extremos estos que son de difícil comprensión: esto es, no persiguen el delito del que tienen conocimiento, mediante la comunicación a Fiscalía o al Juzgado, y esperan casi un año para instruir —no siendo su función, ni su finalidad, ni estando habilitados para ello— una infracción penal, en cuanto la tributaria podía ser objeto de cumplida corroboración por los Tribunales.

También es aleccionadora la posición del Tribunal Supremo (Sala III) en cuanto a señalar sin ambages el afán recaudatorio de la AEAT, que a pesar de su obligación legal de paralizar su actuación liquidadora e inspectora desde la presentación del tanto de culpa penal, continúa llevándola a cabo, como es de ver en el caso. Enlace directo con esta actuación de la AEAT respecto del art. 120 LGT, tiene también la vulneración del principio de prohibición de la auto-incriminación, como hemos señalado [...] La nulidad de actuaciones en este extremo es total, y la vulneración del art. 24.1 de la Constitución, además de un proceso con todas las garantías, vulneración de la presunción de inocencia, entre otros, han sido conculcados.

8.3. Momento en que debe declararse la nulidad

Respecto del momento en que debe declararse la nulidad del procedimiento judicial y de la prueba, el art. 240.2 de la LOPJ establece que, sin perjuicio de la posibilidad de denunciar la nulidad mediante los recursos legalmente establecidos, «el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiese recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas la actuaciones o de alguna en particular». Es decir, el juez puede decretar la nulidad de actuaciones tan pronto como la conozca.

En cuanto a la declaración de nulidad de la prueba, también puede hacerse en cualquier momento y no es necesario esperar al juicio oral, aunque el art. 786.2 de la LECrim permite alegar la vulneración de derechos fundamentales como cuestión previa al comienzo del juicio. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2012, RJ 2012/217 (caso Ballena Blanca):

El art. 11.1 JOPJ debe también considerarse aplicable en el ámbito de la instrucción [...] respecto a la vigencia del art. 11.1 LOPJ durante la instrucción hay que declarar errónea por excesiva y doctrinalmente estricta, la teoría que reduce el concepto al ámbito de la prueba en el juicio oral [...] porque con los datos recabados durante la instrucción, a través de diligencias de investigación, pero que también acreditan hechos y circunstancias (acumulación de pruebas testificales, periciales, documentales, etc.) el instructor ‘prejuzga’ ineludiblemente a los imputados con el método de

poder acordar el archivo o sobreseimiento sin necesidad de acudir al juicio oral, o a la apertura de éste y todo ello en función de estas «diligencias de prueba» hasta entonces practicadas.

Y en cuanto a la previsión del art. 786.2 LECRIM, es también patente, por tanto, que la existencia de una oportunidad legal para alegar la conculcación de derechos fundamentales durante un procedimiento penal, justamente antes de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no puede impedir que se solicite y se resuelva por el órgano instructor o juzgador la nulidad de actuaciones con anterioridad a ese momento, si de conculcación de derechos fundamentales se trata.

9. CONCLUSIONES

El caso analizado permite hacer esta reflexión: existe un peligro permanente de que las potestades públicas se ejerzan con desdén hacia los derechos de los ciudadanos. Así ha sido siempre, y es el sino de una sociedad cada vez más compleja y donde el poder público actúa con medios muy sofisticados y potentes. Hay que hallar un equilibrio entre lo privado y lo público, pero sin perjuicio jamás de las garantías fundamentales del ciudadano.

En nuestro presunto delito tributario, la Fiscalía olvidó completamente los límites de sus potestades y el ámbito de su función, y otro tanto sucedió con la Inspección. Afortunadamente todo quedó desvelado a tiempo.

El lector tal vez se pregunte cómo terminó el caso. Su final no es obvio y no aparece en las bases de datos, aunque fuese digno de los anales. Dejaré que cada cual imagine lo que quiera.

CUESTIONES CONFLICTIVAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN TRIBUTARIA

Ricardo Huesca Boadilla

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DECLARACIONES Y AUTOLIQUIDACIONES TRIBUTARIAS.—3. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS Y PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA.—4. EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE DATOS.—5. EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN DE VALORES.—6. EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN LIMITADA

1. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos de gestión tributaria han sido, tradicionalmente, una materia que ha planteado numerosas cuestiones interpretativas, y sobre ellas, a lo largo de los años, se han dictado muchas resoluciones y sentencias que han tratado de dar una solución a las mismas. Excedería con mucho del objetivo de este trabajo referirse, siquiera de forma resumida, a todas esas cuestiones.

Sin embargo, en los dos últimos años se ha producido un hecho relevante que ha servido para que aflorasen al máximo nivel determinadas cuestiones que hasta ese momento no habían podido merecer por parte del Tribunal Supremo una respuesta que crease doctrina, bien porque, por razones fundamentalmente de cuantía, no llegaban a dicho tribunal bien porque, por las mismas razones, unidas a una interpretación restrictiva de los requisitos necesarios para la admisión, era inviable en muchos casos que, en los de contradicción de sentencias, prosperase el antiguo recurso de casación para la unificación de doctrina.

Como hemos tenido oportunidad de decir recientemente¹, *«la aparición del nuevo recurso de casación en materia contencioso administrativo consecuencia de la modificación introducida en la Sección Tercera del Capítulo III, Título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que entró en vigor el 22 de julio de 2016 y la nueva configuración del mismo basada en la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ha supuesto una verdadera revolución de carácter procesal respecto a la regulación precedente que, en muchos casos, había impedido el ejercicio efectivo por el Tribunal Supremo de su función nomofiláctica del ordenamiento jurídico y que, sobre temas de importancia, no existiera una doctrina jurisprudencial lo que determinaba la pervivencia de fallos, en muchos casos contradictorios, de los órganos jurisdiccionales de instancia»*.

El nuevo recurso gira esencialmente sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia imponiéndose al recurrente (particular o Administración Pública, en general) la carga de demostrar la existencia de ese interés casacional para lo que la ley, en el nuevo artículo 88, detalla, entre otras, las circunstancias que permiten al tribunal de casación (en concreto a la Sección Primera de Admisión de la Sala de lo

¹ HUESCA BOADILLA, RICARDO, «El nuevo rumbo emprendido por el Tribunal Supremo en la interpretación de la normativa reguladora de los Impuestos de Sucesiones y Donaciones y Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados». *BIT Plus*, n.º 220/2018. Registradores de España.

Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) apreciar la existencia de dicho interés casacional objetivo con expresa motivación en el auto de admisión.

Pues bien, como en otras materias tributarias, los procedimientos tributarios de gestión se han beneficiado de la aparición de este recurso. A las cuestiones de más interés relacionadas con los mismos nos vamos a referir, haciendo los comentarios oportunos, en este trabajo.

2. LAS DECLARACIONES Y AUTOLIQUIDACIONES TRIBUTARIAS

A la declaración tributaria se refiere, como es sabido, el artículo 119.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT/2003), considerando como tal a *«todo documento presentado ante la Administración tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos»*, en línea con el antiguo artículo 102.1 de la LGT/1963, que contenía una definición similar, por lo que sigue teniendo validez la opinión de SANCHEZ SERRANO² en el sentido de que se ha tomado *«la parte por el todo; la forma del acto en lugar del acto en sí. Pues, si bien suele tener la declaración tributaria forma escrita, plasmándose en un documento, aquella es ante todo y sobre todo un acto. Además —añade—, la forma documental o escrita ni siquiera se da en todos los tipos de declaraciones puesto que en el mismo precepto se alude a posibles declaraciones verbales»*.

Pues bien, una de las cuestiones problemáticas relacionada con las declaraciones tributarias que ha surgido en estos años es el efecto interruptivo de la prescripción tributaria de la declaración inicial en un procedimiento de gestión tributaria cuando dicho procedimiento caduca por el transcurso del tiempo. El régimen de declaración tributaria seguida de una posterior liquidación administrativa, aunque residual, todavía está presente en algunos tributos integrantes del sistema tributario como el impuesto sobre sucesiones y donaciones, de forma optativa y no en todas las CC AA gestoras del tributo, en el impuesto sobre actividades económicas, en el ejercicio del alta, y en los Impuestos aduaneros.

La cuestión analizada por los tribunales de lo contencioso de instancia pero no resuelta definitivamente por el Tribunal Supremo es muy sencilla pero de alcance, y no es otra que determinar si una declaración tributaria inicial extemporánea, que pone en marcha un procedimiento de gestión tributaria, concretamente el previsto en los artículos 128 y siguientes de la LGT/2003, en el caso de que el procedimiento termine por caducidad —ex artículo 130 b) de la misma Ley—, con la consiguiente pérdida del efecto interruptivo de la prescripción (artículo 104.5 LGT/2003), es o no un acto autónomo del obligado tributario respecto de las vicisitudes del procedimiento en que se inserta y al que da inicio para entender, en todo caso, interrumpida la prescripción (artículo 68.1.c LGT/2003) en el nuevo procedimiento que puede reiniciarse y que puede concluir con un nuevo acto de liquidación dictado dentro del plazo de prescripción o, por el contrario, se inserta dentro del procedimiento de declaración caducado, de modo que quedaría afectado como el resto de las actuaciones practicadas en el seno de ese procedimiento por la caducidad y consiguiente pérdida del efecto interruptivo de la prescripción conseguida con esa declaración inicial.

² SÁNCHEZ SERRANO, LUIS, en su trabajo «La declaración tributaria. Comentarios al artículo 102 de la LGT», en *Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras*. EDESA. Página 54.

Sobre este particular existen fallos contradictorios por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sentencia de su Sección 2.ª de 1 de diciembre de 2011, r. 41/2009) y de algún Tribunal Superior de Justicia, como el de Canarias, Sección Primera, sede de Tenerife, en sentencia de 19 de septiembre de 2017, r. 192/2016.

Para la primera, más apegada a la literalidad de la ley, esa declaración extemporánea inicial extemporánea del obligado, aunque caduque el procedimiento, es autónoma como acto interruptivo de la prescripción para las subsiguientes actuaciones que van a iniciarse tras la caducidad del primer procedimiento, teniendo presente que el artículo 104.5 de la LGT/2003, como actos afectados por la declaración de caducidad, habla únicamente de las «actuaciones» realizadas en dichos procedimientos, que identifica con los actos administrativos de trámite y no con los actos de los particulares, aunque sean debidos. Dicha restricción gramatical del término actuaciones al que se refiere el indicado art. 104.5 LGT/2003 —añade esa sentencia—, viene avalada por la expresión legal con que continúa dicho apartado, según la cual «... las actuaciones realizadas en los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción ni se considerarán requerimientos administrativos a los efectos previstos en el apartado 1 del art. 27 de esta ley», de lo que deduce el fallo que dichas actuaciones han de ser necesariamente las administrativas, esto es, las subjetivamente realizadas por la Administración.

Siendo ello así, cabe concluir que las actuaciones que pierden su eficacia interruptiva de la prescripción a los efectos del art. 104.5 LGT son las realizadas por la Administración dentro del procedimiento de gestión cuya duración preestablece la ley y cuyo valor interruptivo podría entenderse justificado legalmente, no en el art. 68.1.c) de la LGT/2003, que se refiere a los actos de los particulares que interrumpen la prescripción, sino en el art. 68.1.a) de la misma ley, conforme al cual el derecho de la Administración a determinar mediante liquidación de la deuda tributaria se interrumpe «... por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria».

La interpretación seguida permite, además, que no quede privilegiado el interesado que presenta extemporáneamente su declaración inicial, como es el caso, respecto a aquel otro que la hubiera formulada en el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 31 de la Ley Reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones —ISD— (ese es el tributo concernido en este caso) además de impedir que la Administración padezca una prescripción por el efecto sobrevenido que sobre dicha institución sustantiva provoca la caducidad del procedimiento cuando ha actuado, aunque lo hubiera efectuado con superación del plazo legalmente conferido, respecto del caso en que aquella no hubiera seguido procedimiento alguno, siempre que liquidase dentro del plazo de prescripción.

Por el contrario, lo cual también merece ser tenido en consideración, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Canarias (sede de Tenerife), en una interpretación más finalista, entiende que, cuando se reinicia el procedimiento inicialmente iniciado, valga la redundancia, por declaración después de la caducidad, el acto que lo inicia ya no es la declaración sino un acuerdo expreso dictado por la Administración Tributaria, aunque la declaración sea un acto realizado a instancia de parte. No se trata, por tanto —añade la Sala— de un acto voluntario, sino que responde al cumplimiento de un deber, que pone en relación con la vigencia del principio de seguridad jurídica de forma que no puede extenderse de forma ilimitada en el tiempo el derecho a liquidar máxime cuando ha existido una clara inactividad por parte de la Administración Tributaria a la hora de proceder a la liquidación de la deuda tributaria. Por todo ello considera más ra-

zponible incluir la declaración realizada como parte del expediente cuya caducidad se declare lo que implica considerar que la misma no ha producido efectos interruptivos de la prescripción.

La decisión final corresponderá al Tribunal Supremo, que, por Auto de 5 de marzo de 2018, r. de casación 6164/2017, ha admitido un recurso de casación preparado por la Comunidad Autónoma de Canarias contra el fallo indicado del TSJ de esa comunidad, que se inclinó por la tesis expuesta en el párrafo precedente.

Acto seguido pasamos a analizar otra interesante cuestión sobre el alcance de la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por los obligados tributarios a las que se refiere el artículo 120.3 de la LGT/2003, cuyo párrafo primero dispone que «*cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente*»³, haciendo, por tanto, una remisión en bloque a la normativa que regule el procedimiento para instar esa rectificación, constituida por los artículos 126 y siguientes del Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria y de Desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGI).

Como ha señalado acertadamente CLAVIJO HERNÁNDEZ⁴, la rectificación de las autoliquidaciones es un procedimiento de comprobación tributaria como secuencia coordinada de actos orientada a que la Administración tributaria fije o determine los extremos de la autoliquidación que el obligado tributario considere contrarios a sus intereses legítimos.

Pues bien, la cuestión planteada recientemente no es otra que determinar si, el obligado tributario en el curso de un procedimiento de inspección (en este caso por ISD gestionado por una comunidad autónoma), puede rectificar el valor inicialmente asignado a varios inmuebles en el documento de autoliquidación previamente presentado o si, por el contrario, ello no resulta factible al impedírsele lo establecido especialmente en el artículo 126.2 RGI, dictado en desarrollo del artículo 120.3 LGT/2003.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 2 de junio de 2016, c. 2175/2005, sin referirse directamente a esta cuestión, sí se refiere al cauce de impugnación de las autoliquidaciones del artículo 120.3 de la LGT/2003, diciendo que está pensado para la rectificación de errores de hecho o de derecho, pero no para los supuestos de un cambio de voluntad del declarante ajena a esos errores para los cuales debe seguirse otra vía sin precisar a qué se está refiriendo con la expresión «cambio de voluntad» ni indicar cuál podría ser esa vía para dejar sin efecto o rectificar la autoliquidación presentada.

La existencia de un pronunciamiento de una sala de instancia favorable a admitir la rectificación, en todo caso, de la autoliquidación a pesar de haberse iniciado un procedimiento de comprobación ha dado lugar a un recurso de casación, admitido por el Tribunal Supremo por Auto de 18 de enero de 2018, c. 5613/2017, en el que, interpretando, precisamente, el artículo 120.3 LGT en relación con el artículo 126.2 RGI, se va a diluci-

³ CALVO VERGEZ, JUAN, se ha ocupado del tema en su trabajo «Las devoluciones tributarias y la rectificación de las autoliquidaciones en el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos tributarios». Revista *Impuestos*, n.º 14/2009. Pág. 29.

⁴ CLAVIJO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, en su trabajo, «La rectificación de las autoliquidaciones tributarias». Revista *Hacienda Canaria*, n.º 22/2008. Pág. 42.

dar si un obligado tributario puede, una vez iniciado un procedimiento de comprobación o investigación, rectificar los valores que se tuvieron en cuenta a la hora de practicar la correspondiente autoliquidación tributaria presentada, incluso en aquellos supuestos en que la referida rectificación responda a un mero cambio de voluntad del declarante por causas ajenas a un error, sea este de hecho o de derecho.

Nuestra opinión es contraria a ello dada la naturaleza del procedimiento de comprobación e investigación del procedimiento iniciado cuyo objeto incluya la propia obligación tributaria a que se refiere la autoliquidación presentada (ya se refiera a errores de hecho, de derecho o a los supuestos cambios de voluntad del declarante), que permite discutir todas y cada una de las cuestiones derivadas de esa autoliquidación, formulando las alegaciones pertinentes y presentar los documentos oportunos (en este caso, los que tengan que ver con el valor asignado a los bienes) y que concluirá con una liquidación provisional con efectos preclusivos.

Cuestión distinta, sobre la que también se va a pronunciar el Tribunal Supremo, es si la prohibición contenida en ese artículo 126.2, segundo párrafo, del RGI, disposición de rango infralegal, dictada en desarrollo del artículo 120.3 LGT/2003, supone una vulneración del principio de reserva legal en materia tributaria y, consecuentemente, de los derechos del contribuyente.

En su momento, aunque sin propugnar la nulidad de la disposición reglamentaria, dada la llamada que se hacía al reglamento en lo relativo a los aspectos procedimentales, que consideramos suficiente, en el artículo 120.3 LGT/2003, ya dijimos que *«lo lógico hubiera sido, aunque se trate de un aspecto procedimental pero de gran valor sustantivo para el obligado, que en la propia Ley se hubiese regulado el procedimiento en cuestión, como se ha hecho con otros procedimientos como los de gestión tributaria de este Capítulo III»*⁵.

3. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS Y PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA

Relacionado más directamente con la siempre problemática prescripción tributaria se ha planteado una interesante cuestión sobre la que no existe doctrina jurisprudencial al respecto y que se puede concretar doblemente. En primer lugar, se trataría de analizar la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos del artículo 66 c) de la LGT/2003 cuando estos tienen su origen en la regularización practicada a un obligado tributario distinto del titular del derecho a obtener la devolución y, en segundo lugar, si ese derecho, en tal caso, se interrumpe únicamente por las reclamaciones o recursos de cualquier clase que interponga el titular de ese derecho o también por las formuladas por el obligado tributario cuya situación, al ser regularizada, originó el ingreso indebido instado.

Para comprender, de forma sencilla, las cuestiones suscitadas, nos vamos a referir brevemente al supuesto de hecho que dio origen a las mismas. La Inspección de los Tributos procedió a regularizar la situación tributaria de la entidad A en relación con el Impuesto sobre Sociedades IS2004, regularización de la que resultó que las comisiones satisfechas por la misma a la entidad B en concepto de comisiones de venta en realidad constituían un dividendo por la participación de esta última en el capital social de la primera de tal manera que no podían calificarse como gasto fiscalmente deducible en su

⁵ HUESCA BOADILLA, RICARDO, en el libro *Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria*. Editorial SEPIN. 2012. Página 252.

IS, siendo, por el contrario, una retribución a los capitales propios no deducible a efectos de este impuesto. Contra el acuerdo de liquidación, la entidad A formuló reclamación económico administrativa, que fue desestimada, adquiriendo firmeza.

Firme la regularización, la entidad B, por escrito presentado el 4 de abril de 2011, solicitó a la Inspección la rectificación de su autoliquidación del IS, ejercicio 2004, con la consiguiente devolución de ingresos indebidos en las mismas cantidades regularizadas a la entidad A, a lo que respondió dicha Inspección desestimando la misma por entender prescrito el derecho de la entidad B a solicitar la correspondiente devolución sin que exista causa interruptiva de la prescripción por cuanto la reclamación económico administrativa interpuesta por la entidad A no afecta al plazo de prescripción de la propia entidad B.

La tesis favorable, a entender que el plazo de prescripción del derecho a solicitar la devolución por parte de la entidad B comienza a computarse, sin excepción, desde el día siguiente en que se realizó el ingreso indebido, como señala el artículo 67, párrafo cuarto, de la LGT/2003, y no desde que adquirió firmeza la regularización practicada a otro obligado tributario (en este caso la entidad A), y con el que la entidad B mantuvo una relación jurídica, se basa en la no inclusión de la regla o teoría de la «*actio nata*» en la regulación legal de la prescripción tributaria. Su admisión implicaría una elevada litigiosidad y una gran inseguridad jurídica.

En este sentido, si se hiciera depender el inicio del cómputo de prescripción tributaria de posibles actuaciones de terceros, la obtención o no de la prescripción resultaría muy incierta creando una inseguridad que podría resultar intolerable. En la mayoría de los casos, la entidad B (en este caso) no necesita esperar al criterio de la Inspección o a la firmeza de los recursos o reclamaciones formulados por la entidad A, para pedir la rectificación en plazo de su autoliquidación y subsiguiente devolución de ingresos indebidos desde el día siguiente a la presentación de su autoliquidación.

Si bien es cierto que pueden existir determinadas circunstancias que retrasen o impidan el ejercicio del derecho del obligado tributario a obtener el reconocimiento del derecho a la devolución, como puede ser las actuaciones de regularización seguidas cerca de otro obligado con el que terceros han mantenido una relación comercial (el número puede ser ilimitado), la actual normativa tributaria (artículos 221 y 120.3 LGT/2003 y 126 a 128 del RGI) no prevé en absoluto una posible suspensión de la prescripción del derecho a la devolución a la espera del resultado definitivo del procedimiento. Tampoco prevé que la Administración Tributaria, cuando regularice la situación tributaria de un obligado, deba regularizar al mismo tiempo la de todos aquellos otros obligados tributarios a los que pudiese producir algún efecto la regularización. En el caso de que se considerase la regularización íntegra, de esa forma no sería posible finalizar ninguna actuación de comprobación inspectora y tampoco cumplirse el plazo máximo de duración del procedimiento inspector.

Nada tiene que ver la cuestión suscitada, por otro lado, con la prescripción en relación con las obligaciones conexas, reguladas recientemente en el apartado 9 del artículo 68 de la LGT/2003, añadido por la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, pues el apartado en cuestión limita el efecto interruptivo a las obligaciones tributarias conexas «del propio obligado tributario».

Es una evidencia que tanto en las operaciones económicas como en las consecuencias tributarias derivadas de las mismas es muy frecuente que alguno de los elementos económicos analizados incidan en una determinada obligación tributaria de un tercero relacionado con el obligado al que se está regularizando su situación tributaria (clientes)

y, a su vez, las autoliquidaciones presentadas por estos podrían incidir en otras personas u operaciones y así sucesivamente. Si se admitiera con carácter general en el ámbito tributario la interrupción de la prescripción por las actuaciones realizadas con el primeramente inspeccionado en un procedimiento distinto del de devolución de ingresos indebidos y sin intervención del interesado, resultaría que no habría forma de determinar de forma precisa y segura la prescripción.

Tampoco, de *lege data*, la solución a esta interesante problemática puede venir, en lo relativo a la interrupción de la prescripción por la formulación de reclamaciones o recursos de cualquier clase del artículo 68.3.b) de la LGT/2003, por la admisión de que la interrupción citada se puede producir no solo con las reclamaciones o recursos que interponga el titular de ese derecho (en este caso la entidad B), sino por los formulados por un tercero cuya situación tributaria, al ser regularizada, originó el ingreso indebido (la entidad A), pues, de una interpretación literal y finalista del precepto en cuestión se desprende que la interrupción indicada solo se produce por las actuaciones del obligado tributario (reclamaciones o recursos) que solicita la devolución del ingreso indebido.

Pues bien, sobre estas importantes cuestiones se pronunciará próximamente el Tribunal Supremo al haberse admitido por el mismo en virtud de Auto de 4 de abril de 2018 c.3887/2017 un recurso de casación.

4. EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE DATOS

La utilización indebida del procedimiento de verificación de datos en vez del procedimiento de comprobación limitada y las consecuencias derivadas de ello en lo relativo a la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de la correspondiente resolución que pone fin al mismo con efecto inmediato sobre la prescripción de la acción administrativa para determinar la deuda tributaria ha sido una de las cuestiones de más interés que se han suscitado en estos últimos años en el campo de los procedimientos de gestión tributaria.

Antes de analizar con cierto detalle esta problemática, no está de más recordar brevemente que la subsección 3.^a de la sección 2.^a, capítulo III del título III de la LGT/2003 se refiere, de forma totalmente novedosa, al «procedimiento de verificación de datos», previsto, con carácter general, y así lo resalta la exposición de motivos de la ley «(...) para supuestos de errores o discrepancias entre los datos declarados por el obligado y los que obren en poder de la Administración así como para comprobaciones de escasa entidad que, en ningún caso, pueden referirse a actividades económicas». Como señaló en su día la Comisión para el Estudio del Anteproyecto de la LGT, en su Informe de 23 de enero de 2003, de esta forma se da cobertura legal expresa a determinadas actuaciones que se han realizado de forma masiva y que han provocado polémicas, es decir, las conocidas «paralelas» y otros casos de comprobaciones «informatizadas».

El artículo 131 de la LGT/2003 detalla los supuestos tasados en los que la Administración puede iniciar este procedimiento, siendo, como señaló en su día RUIZ TOLEDANO⁶, una enumeración cerrada, de forma que no es posible acudir en otros casos distintos al procedimiento de verificación de datos. Dicho procedimiento exige siempre que

⁶ RUIZ TOLEDANO, J. IGNACIO, en su trabajo «Los procedimientos de comprobación de los órganos de gestión tributaria», en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de César Albiñana García Quintana*, vol. I. Instituto de Estudios Fiscales, 2008. Pág. 1110.

se haya presentado una declaración o autoliquidación, por lo que en defecto de la misma habrá que acudir a los demás procedimientos de comprobación.

En íntima relación con la problemática que vamos a analizar, en acertada opinión de JIMÉNEZ JIMÉNEZ⁷, alguno de los supuestos enumerados en ese artículo 131 probablemente son más típicos de la comprobación limitada, lo que, a su entender, hace necesario una interpretación restrictiva de los supuestos que posibilitan acudir a este procedimiento debido a las consecuencias indeseables de la utilización indebida del mismo. Realmente —como, ha indicado, de nuevo, RUIZ TOLEDANO— «*lo que ha pasado es que la LGT no ha seguido la recomendación del informe sobre la reforma de la LGT de configurar la verificación de datos como una comprobación puramente de cotejo, lo que provoca dificultades de delimitación respecto a la comprobación limitada y críticas desde el punto de vista jurídico, siendo el aspecto más criticado por la doctrina el que verificación de datos tenga no tenga efectos preclusivos y, por tanto, no impida una posterior comprobación limitada o inspección sobre lo verificado, aunque quizá sea más significativo la verificación de datos produzca la interrupción de la prescripción del derecho de la Administración a practicar liquidación, mediante una posterior comprobación limitada o inspección*». JIMÉNEZ JIMÉNEZ, por su parte, destaca la «*incongruencia de que una actuación que tiene eficacia interruptiva carezca no obstante de cualquier fuerza vinculante para la Administración*».

Pues bien, llegados a este punto, debemos destacar la postura del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), que, en Resolución de fecha 5 de julio de 2016, resolvió un recurso de alzada para la unificación de criterio interpuesto por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) contra una resolución dictada por un tribunal económico administrativo regional y donde se plantea el alcance del procedimiento de verificación de datos y las consecuencias derivadas de un uso inadecuado del mismo por parte de la Administración tributaria. Del tema tuvimos oportunidad de ocuparnos en un trabajo reciente⁸.

La cuestión básica analizada en dicha resolución no es que otra que la determinación de los supuestos en que procede declarar la nulidad radical o de pleno derecho del procedimiento de verificación de datos y, por extensión, de la liquidación tributaria derivada del mismo, con la fundamental consecuencia, una vez concretados esos supuestos, de que el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria de acuerdo con la conocida doctrina jurisprudencial sobre la nulidad y la prescripción (los actos nulos, a diferencia de los actos anulables, no interrumpen el plazo de prescripción —por todas podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2011, r. de casación para unificación de doctrina 120/2005—), no queda interrumpida por ese procedimiento de verificación de datos declarado nulo, nulidad que alcanzaría igualmente a la liquidación girada al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Pues bien, simplificando al máximo, dadas las características de este trabajo, el TEAC en esa resolución ha señalado que no toda utilización indebida del procedimiento de verificación de datos comporta la nulidad de pleno derecho de aquél. Esto ocurrirá únicamente cuando exista un incumplimiento frontal, manifiesto, evidente y ostensible

⁷ JIMÉNEZ JIMÉNEZ, CLARA, en su trabajo «La comprobación administrativa. Atribución de competencias y estructura de procedimientos entre los órganos de gestión e inspección. Los nuevos procedimientos de verificación de datos y comprobación limitada», en la obra colectiva «El sistema fiscal español y las entidades y operaciones financieras. Estudios en homenaje a Enrique Piñel», *La Ley*. 2006. Pág. 134.

⁸ HUESCA BOADILLA, RICARDO en su trabajo «Nulidad de pleno derecho del procedimiento de verificación de datos». *SEPIN Revista Fiscal*, n.º 11 noviembre 2016.

de las normas que regulan dicho procedimiento, esto es, cuando a priori, desde el inicio del procedimiento, se abordan materias reservadas de modo claro y terminante por la ley para otros procedimientos. En el resto de los casos, es decir, cuando se trata de una inadecuación sobrevenida del procedimiento de verificación de datos, la consecuencia de tal utilización indebida será la anulabilidad. Acto seguido, y sin perjuicio de la amplia casuística, concreta esos posibles casos de nulidad radical en los siguientes: cuando la Administración inicie un procedimiento de verificación de datos sin que exista previa declaración o autoliquidación presentada por el obligado tributario, cuando la Administración incluya dentro del objeto del procedimiento de verificación de datos la realización de actuaciones de comprobación de valor y cuando la Administración incluya dentro del objeto del procedimiento de verificación de datos aclaraciones o justificantes de datos que se refieran al desarrollo de actividades económicas. Fuera de estos casos, la utilización indebida, sobrevenida, del procedimiento de verificación de datos solo será merecedora de la sanción de anulabilidad.

El tema ha llegado ya al Tribunal Supremo, que ha admitido diversos recursos de casación por concurrencia de interés objetivo para la formación de jurisprudencia (se pueden citar, en este sentido, los Autos de 10 de mayo de 2017, c. 696/2017; 24 de octubre de 2017, c. 2532/2017; 6 de noviembre de 2017, c. 2532/2017; y 18 de junio de 2018, c. 1676/2018), siendo, en todos ellos, la cuestión a analizar si «*la anulación de una liquidación tributaria practicada como desenlace de un procedimiento de verificación de datos, cuando debió serlo en uno de comprobación limitada, integra un supuesto de mera anulabilidad o uno de nulidad de pleno derecho, con la consecuencia en este segundo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la incapacidad de las actuaciones desarrolladas en el procedimiento de verificación de datos para interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación*».

Las salas de instancia han partido siempre de un caso concreto analizando si el supuesto invocado para acudir a este procedimiento tiene o no encaje en alguno de los tasados supuestos del artículo 131 LGT/2003, llegándose en todos ellos a la conclusión de que sí tenían encaje. Cuando el alto tribunal ha resuelto alguno de esos recursos, ha analizado, como era lógico, si también el supuesto concreto invocado permitía acudir o no a ese procedimiento. En uno de ellos, advirtió que la aclaración o justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación se refería al desarrollo de actividades económicas, considerando, por tanto, en línea con el TEAC, que constituía un supuesto de nulidad de pleno derecho. En otro, que está pendiente de sentencia (r. 1676/2018), va a analizar si dentro del objeto del procedimiento de verificación de datos es posible la realización de actuaciones de comprobación de valor, cuestión sobre la que se ha pronunciado negativamente también el TEAC, entendiéndose que nos encontramos ante un supuesto de nulidad.

Hasta ahora, por tanto, los recursos admitidos también por el Tribunal Supremo tienen por objeto determinar, en casos singulares, si se produce una utilización inadecuada del procedimiento de verificación de datos y, una vez constatada esa utilización inadecuada, si nos encontramos ante un supuesto de nulidad o anulabilidad. Nada más.

Aunque la primera sentencia que resuelve esta cuestión, la Sentencia de 2 de julio de 2018 casación 696/2017, al constatar que la justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación se refería al desarrollo de actividades económicas, llegó a la conclusión de que era un caso de nulidad de pleno derecho, no es posible, desde nuestro punto de vista, generalizar y entender que en todos los casos de utilización indebida del mismo la consecuencia debe ser la nulidad de pleno derecho.

Mientras no exista un pronunciamiento del Alto Tribunal que, como el del TEAC, fije doctrina, estableciendo, con carácter general, los diversos casos en los que la liquidación tributaria que pone fin a este procedimiento entraña un supuesto de nulidad y por exclusión de anulabilidad, no puede decirse que el tema, con los matices derivados del caso concreto, que siempre existirán, pueda considerarse zanjado. Esperemos que pronto se pueda admitir un recurso con ese alcance.

5. EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN DE VALORES

El procedimiento de comprobación de valores, como procedimiento de gestión, viene regulado en los artículos 135 y siguientes de la LGT/2003, que integran la subsección 4.ª de la sección 2.ª, capítulo III, título III de la misma y concordantes del RGI (artículos 157 a 160).

De las numerosas cuestiones suscitadas en los últimos años sobre la comprobación de valores únicamente nos vamos a referir a los aspectos más relevantes que han merecido recientemente la atención del Tribunal Supremo relacionados, en lo posible, con los aspectos procedimentales, dejando de lado los que tienen que ver con la utilización de los distintos medios de comprobación recogidos en el artículo 57 LGT/2003 o con otras cuestiones de interés como el reiterado tema de la motivación de la comprobación o más concretas como, por ejemplo, el de la comprobación de valores en las operaciones vinculadas, del que nos ocupamos en su momento⁹.

Dicho esto, el primer tema al que vamos a referirnos tiene que ver con la procedencia de la comprobación de valores. En este sentido, el artículo 134.1 de la LGT/2003, primero de los preceptos dedicados en la misma al procedimiento de comprobación de valores, y bajo la rúbrica «Práctica de la comprobación de valores», dispone, en su párrafo primero, que *«la Administración tributaria podrá proceder a la comprobación de valores de acuerdo con los medios previstos en el artículo 57 de esta Ley, salvo que el obligado tributario hubiera declarado utilizando los valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de alguno de los citados medios»*.

De acuerdo con esa previsión legal, si el obligado tributario hubiera declarado utilizando valores publicados por la propia Administración actuante en aplicación de algunos de los citados medios, fundamentalmente, el de los *«precios medios en el mercado»* o el de la *«estimación por referencia a valores que figuren en los registros fiscales»*, no podrá procederse por la Administración a la comprobación de valores. La declaración del obligado tributario utilizando esos valores publicados por la propia Administración excluiría, por tanto, la comprobación de valores.

Pues bien, ante el intento de una Administración autonómica de apartarse de los valores publicados por la misma en aplicación, en este caso, del medio de comprobación del artículo 57.1.b) LGT/2003 (estimación por referencia a valores que figuren en registros fiscales), que el obligado tributario en el impuesto sobre sucesiones y donaciones tuvo en cuenta cuando presentó su correspondiente declaración por entender que la norma que aprobaba esos valores era una disposición de ámbito interno, que solo permite considerar prioritarias a las valoraciones realizadas con arreglo a sus criterios pero no excluye el empleo de los medios del artículo 57.1, argumento que fue acogido por el

⁹ HUESCA BOADILLA, RICARDO, «La comprobación del valor normal de mercado de las operaciones vinculadas». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 295, agosto 2009, págs. 107 y ss.

Tribunal Superior de Justicia correspondiente, previa estimación de un recurso contencioso administrativo interpuesto por el ente autonómico, el Tribunal Supremo admite un recurso de casación formulado por el obligado tributario contra ese fallo para, entre otras cuestiones, desentrañar, a partir del artículo 134.1 LGT/2003, cuáles son los efectos jurídicos de las normas publicadas por las Administraciones autonómicas en los que se recogen los valores y los criterios aplicables a efectos de determinar la base imponible de algunos impuestos, como el ITPAJD y el ISD. Se trata del recurso de casación 997/2017.

La respuesta del alto tribunal, plasmada en su Sentencia de 21 de mayo de 2018, no por sencilla es menos contundente. Estima el recurso del obligado, sin necesidad de realizar un pronunciamiento interpretativo más allá de la aplicación al caso debatido del artículo 134.1 LGT/2003, cuya claridad no requiere, por tanto, exégesis alguna por parte de la Sala, señalando que el Ente autonómico había publicado mediante una Instrucción, unos coeficientes por municipio y por tributo que, aplicados al valor catastral (aprobado, por tanto, en virtud de la legislación del Estado sobre el catastro inmobiliario), permitían alcanzar el valor real a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones, así como del que grava las transmisiones patrimoniales y los actos jurídicos documentados y siendo así, no podía comprobar un valor fijado conforme a sus propios criterios pues se lo impedía el inciso final del artículo 134.1 LGT, que es expresión positiva en este concreto ámbito del principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 CE, y de sus corolarios consistentes en que no cabe defraudar la confianza legítima originada en los administrados por la propia Administración y en que esta última no puede ir contra sus propios actos.

Las dos siguientes cuestiones tienen que ver con la tasación pericial contradictoria (t.p.c.), sobre la que también se han escrito numerosos libros y artículos doctrinales¹⁰, y que autores como CALVO ORTEGA¹¹ han considerado como una forma de arbitraje privado sobre bienes públicos, como son las obligaciones tributarias. Viene regulada en el artículo 135 LGT/2003, desarrollado en los artículos 161 y 162 del RGI.

La cuestión a analizar tiene que ver con el plazo para promover esta tasación pericial contradictoria, cuando, como prevé el artículo 135.1, segundo párrafo, de la LGT/2003, el interesado se haya reservado, de acuerdo con la normativa propia del tributo, su derecho a promoverla por estimar que la notificación no contiene expresión suficiente de los datos y motivos tenidos en cuenta para elevar los valores declarados y denuncie dicha omisión en un recurso de reposición o en una reclamación económico administrativa. En este caso —siendo ese el inciso clave— el plazo a que se refiere el párrafo primero (el plazo del recurso o reclamación para solicitar ya la t.p.c.) se contará «desde la fecha de la firmeza en vía administrativa» del acuerdo que resuelva el recurso o la reclamación interpuesta.

Pues bien, la cuestión de interés casacional objetivo admitida por Auto de 20 de junio de 2018, casación 2287/2018, y que pende de la decisión del Tribunal Supremo no es otra que determinar el alcance de la expresión «firmeza en vía administrativa» a efectos de la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para pedir la t.p.c. si ese plazo se inicia en el momento de dictarse el acto administrativo (resolución del recurso de reposición o de la reclamación) que pone fin a la vía administrativa o, por el contrario, en el momento en que expira el plazo para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa dicho acto que pone fin a la vía administrativa.

¹⁰ Una lista muy completa puede encontrarse en el trabajo de FERNÁNDEZ LÓPEZ Y CACHARRO LÓPEZ «Naturaleza y efectos de la tasación pericial contradictoria en el ámbito tributario». Revista *Impuestos*, I/2003. Pág. 175.

¹¹ CALVO ORTEGA, R., en su *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario. Parte General*. Página 281.

Por último, otra cuestión de interés relacionada con la tasación pericial contradictoria (artículo 135 LGT/2003) tiene que ver con los efectos que cabe anudar al incumplimiento del plazo máximo de duración del procedimiento de tasación pericial contradictoria (seis meses) y más en concreto si tales efectos deben ser estimatorios de la pretensión del obligado tributario o lo que es lo mismo pasar por el valor fijado por su perito cuando iniciado el procedimiento a su instancia y presentada la tasación realizada por su perito y haciéndose necesaria la intervención de un perito tercero, este no entrega su valoración en plazo (un mes) y no se notifica resolución alguna dentro del plazo máximo de duración.

Para resolver esta cuestión es fundamental, desde nuestro punto de vista, determinar la naturaleza de la t.p.c. tras la entrada en vigor de la LGT/2003 que, a la vista del actual artículo 57.2 de dicha ley no puede considerarse más que un medio de impugnación, sui generis, pero medio de impugnación a fin y al cabo, naturaleza que viene también a ratificar el artículo 134.3, tercer párrafo, de la misma ley, que se refiere a dos vías de impugnación, los recursos propiamente dichos para los aspectos formales de la comprobación, y la t.p.c. para discutir ya la excesividad del valor comprobado. Siendo ello así y partiendo de la base de lo dispuesto en el artículo 104 de la LGT/2003 en lo relativo a los plazos de resolución, en defecto de regulación expresa en la LGT y en el RGI (artículos 161 y 162), se puede llegar a dos conclusiones: la primera, que el plazo de resolución del procedimiento de t.p.c., en defecto de regulación expresa, es de seis meses y que, por tratarse de un procedimiento de impugnación de actos iniciado a instancia de parte, el incumplimiento de ese plazo por parte de la Administración no determina, por un lado, la caducidad (artículo 104.4 LGT), prevista solo para los procedimientos iniciados de oficio, y, segunda, el transcurso del plazo máximo determina que se considere desestimada por silencio negativo la solicitud formulada (artículo 104.3, segundo párrafo, in fine, de la LGT).

A mayor abundamiento, y desde otra perspectiva, más allá de su regulación en las normas tributarias, la t.p.c. no es un verdadero procedimiento administrativo, presentando algunos aspectos comunes con la regulación contenida en la LEC para la prueba pericial (artículos 342 y 346). La regulación de la t.p.c. no encaja entre los procedimientos a que se refiere el artículo 104 LGT/2003 ni, por tanto, podría considerarse sujeto a un plazo máximo al que se anuden concretas consecuencias, en concreto la prevista en el artículo 104.3, primer párrafo. Por ello, atendiendo a la singularidad del procedimiento, el artículo 162 RGI dispone unas determinadas formas especiales de terminación que pueden afectar a la liquidación (artículo 162.5 RGI). De ahí que no puede pretenderse que el procedimiento de t.p.c. esté sometido a un plazo máximo, en el sentido del artículo 104.1 LGT, cuyo incumplimiento determine que se entienda estimada la solicitud por silencio y que, además, esa estimación se concrete en la aceptación del valor asignado por el perito del obligado tributario.

La última palabra la tendrá el Tribunal Supremo, que, por Auto de fecha 15 de marzo de 2017 (casación 212/2017), admitió un recurso de casación con el objeto antes indicado.

6. EL PROCEDIMIENTO DE COMPROBACIÓN LIMITADA

Si bien la cuestión a la que vamos a hacer referencia puede suscitarse igualmente en el procedimiento inspector, lo cierto es que hasta ahora (salvo en una sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 2014) se ha planteado únicamente en relación con el procedimiento de comprobación limitada, cuyo plazo máximo de duración y la consecuencia

derivada del transcurso del mismo son, eso sí, distintos del plazo máximo de duración y la consecuencia derivada del transcurso de dicho plazo en el procedimiento inspector.

Antes de referirnos a ella, como en el procedimiento anterior, vamos a dar unas breves pinceladas sobre este procedimiento de gestión, regulado en la sección 2.^a, dedicada a los «Procedimientos de gestión tributaria» del capítulo III («Actuaciones y procedimientos de gestión tributaria»), subsección 5.^a (artículos 136 a 140) de la LGT/2003.

Tal y como se indica, en este punto, en la exposición de motivos de la ley, «*el procedimiento de comprobación limitada constituye una de las principales novedades de la ley, habida cuenta de la escasa regulación que contemplaba el artículo 123 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, y que supone un importante instrumento para reforzar el control tributario*».

En acertadas palabras de FERRER RUETE¹², «*la regulación de la comprobación limitada revela el propósito del legislador de superar las lagunas que presentaba la comprobación abreviada en determinados extremos como eran la falta de una delimitación precisa de las actuaciones que podía efectuar la Administración tributaria para llevarla a cabo y, sobre todo, la indeterminación de los efectos que, tanto para la Administración como para los contribuyentes, cupiera atribuir en cada caso a dicha comprobación, no obstante el carácter de provisionales asignado a las liquidaciones resultantes de la misma, indeterminación que mereció el reproche generalizado de la doctrina científica*».

Como hemos dicho, la cuestión suscitada, aunque relacionada con el procedimiento de comprobación limitada, no tiene relación directa con las diversas actuaciones propias de este procedimiento a las que se refiere el artículo 136.2 de la LGT/2003 ni con los trámites propiamente dichos del mismo, salvo con la terminación del procedimiento y la posible caducidad, ni siquiera con uno de los aspectos más controvertidos de dicho procedimiento como es la preclusión de las actuaciones posteriores en relación con el objeto comprobado a la que se refiere el artículo 140 LGT/2003 y que ha dado lugar a numerosos trabajos doctrinales¹³, sino con la determinación de si, las actuaciones de obtención de información tributaria del artículo 93.1 y 2 de la LGT/2003 pueden servir para recabar del obligado tributario la necesaria que permita a los órganos de gestión iniciar después un procedimiento de comprobación limitada de sus obligaciones tributarias soslayando de este modo el plazo máximo de duración legalmente previsto para ese procedimiento y los efectos que a su incumplimiento se anudan. Esa cuestión ha merecido la atención del Tribunal Supremo, que, por autos de 24 de mayo de 2017 c. 1415 y 1423/2007, ha admitido sendos recursos de casación considerando la misma como cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

En los casos suscitados se trataba de actuaciones llevadas a cabo por la Unidad de Módulos de la Dependencia de Gestión Tributaria de una delegación territorial de la AEAT tratándose de precisar si las citadas actuaciones realizadas al amparo del artícu-

¹² FERRER RUETE, F. JAVIER, en su trabajo «Los procedimientos de gestión tributaria: el procedimiento de comprobación limitada», en *Estudios sobre la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). Homenaje a Pedro Luis Serrera Contreras*. Madrid. IEF. 2004. Pág. 569.

¹³ Entre otros, podemos citar los trabajos de IBÁÑEZ MARSILLA, «La actividad de comprobación y el efecto preclusivo de las liquidaciones tributarias». *Crónica Tributaria* n.º 129/2008. Págs. 71 y ss. MÁRQUEZ SILLERO, MARTA, y MÁRQUEZ MÁRQUEZ, ANTONIO, *La comprobación e inspección limitada. Efectos preclusivos. Retroacción de actuaciones tributarias encubiertas: seguridad jurídica. Actos propios*. Carta tributaria. *Revista de Opinión* n.º 3, junio de 2015, Wolters Kluwer. GÓRRIZ GÓMEZ, BENJAMIN, «Sobre la inmodificabilidad de las liquidaciones tributarias provisionales (a propósito de las SSTs de 22 de septiembre y 30 de octubre de 2014)». *Actualidad Administrativa* n.º 5, mayo de 2016. Wolters Kluwer.

lo 93.1 y 2 LGT/2003 y del artículo 30, apartados 3 y 4, del RGI, cerca del propio obligado tributario deben o no considerarse insertas en un procedimiento de gestión tributaria de los previstos en el artículo 123 de la LGT/2003 con el fundamental efecto de considerarse iniciado el procedimiento en la fecha de notificación del requerimiento practicado al mismo en orden a la posible caducidad del procedimiento, forma de terminación del mismo de acuerdo con el artículo 139.1.b) LGT/2003 y como consecuencia de ello la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria.

Pues bien, para fundar la tesis favorable, con carácter general, a la no consideración de ese requerimiento practicado al obligado tributario como acto iniciador de un procedimiento de comprobación limitada, debe partirse del tenor literal del artículo 93.1 LGT/2003 y de la obligación consagrada en el mismo de todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, así como de las entidades mencionadas en el apartado 4 del artículo 35 de esta ley, de proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria relacionados con el cumplimiento de sus **propias obligaciones tributarias** o deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas, que hay que conectar, a su vez, con el artículo 29, apartado 2 letra f) de la misma LGT.

Por su parte, en lo que ahora importa, el artículo 30.3, in fine, del RGI dispone que:

Los requerimientos individualizados de obtención de información respecto de terceros podrán realizarse en el curso de un procedimiento de aplicación de los tributos o ser independientes de este. Los requerimientos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias propias de la persona o entidad requerida no suponen, en ningún caso, el inicio de un procedimiento de comprobación o investigación.

Pues bien, en línea con la doctrina sentada por el TEAC en su Resolución de 23 de enero de 2014 R.G. 471/2012, en función del momento en que se formulen, los requerimientos individualizados de obtención de información pueden efectuarse con carácter previo a la iniciación de los procedimientos de aplicación de los tributos, coadyuvando a su necesario e imprescindible previo diseño y planificación o pueden formularse en el curso de un procedimiento ya iniciado.

En el caso planteado, las Unidades de Módulos de las Dependencias de Gestión Tributaria de la AEAT pueden requerir información respecto del cumplimiento de sus propias obligaciones tributarias a los contribuyentes acogidos al régimen de estimación objetiva, quienes quedarán obligados a su aportación sin que dicho requerimiento de información suponga el inicio de procedimiento tributario alguno sino una mera recopilación de información tributaria.

Es obvio que, una vez obtenidos los datos y los justificantes de forma legítima, según lo expuesto, pueden ser utilizados, unos y otros, en procedimientos de regularización, pues no existe norma que prohíba ese uso. Su utilización posterior no interfiere en el requerimiento de información ni en su validez ni tampoco adelanta el inicio de estos procedimientos al momento de la toma de datos ni al de la aportación de la documentación.

El requerimiento de información no supone, por tanto, el inicio de actuaciones de comprobación o investigación en las que habría que especificarse la naturaleza, alcance de las mismas, conceptos tributarios y periodos, no teniendo influencia alguna en otros aspectos sustantivos de tanto interés como la prescripción.

En efecto, en todo caso (lo cual es de suma importancia por lo que supone de favorecimiento de la posición del obligado tributario y debilitamiento de la Administración tributaria) ha de tenerse en cuenta que las actuaciones referentes al requerimiento de

información, cuya atención se enmarca en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones tributarias formales reguladas en el artículo 29.2.f) de la LGT/2003, no interrumpirían el plazo de prescripción del derecho de la Administración a practicar liquidación en relación con las obligaciones tributarias del contribuyente, tanto principales como accesorias, derivadas de la realización de los diversos hechos imponibles regulados por la ley, a las que se refieren los artículos 19 a 28 de la citada LGT/2003.

La única excepción a esta conclusión podría venir de un uso fraudulento por parte de la Administración Tributaria de esos requerimientos para burlar el plazo máximo de duración del procedimiento y que ha servido de base a pronunciamientos favorables a los intereses de los obligados en procedimientos de inspección, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014, c. 16/2012 (citada también, como sentencia de contraste, en la de 12 de julio de 2017, r.c.u.d. 2616/2016, para exigir la valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso).

SOBRE LA IMPUGNACIÓN POR LOS AYUNTAMIENTOS DE LOS ACTOS DE GESTIÓN CATASTRAL, EN VÍAS ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Noelia Ayala Muñoz

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO NORMATIVO.—2. CAUCE PROCESAL PARA LA IMPUGNACIÓN. ¿VÍA ECONÓMICO ADMINISTRATIVA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DIRECTA? 2.1. Consolidación jurisprudencial del acceso directo a la jurisdicción, con exclusión de la vía económico-administrativa. 2.2. Argumentos normativos.—3. LEGITIMACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS. 3.1. Consolidación jurisprudencial de la legitimación de los ayuntamientos para impugnar los valores catastrales. 3.2. Análisis de la legitimación de los ayuntamientos para impugnar los valores catastrales. 3.2.1. Marco constitucional. 3.2.2. Configuración legal. 3.2.3. Encaje de la limitación del acceso a la jurisdicción de las Administraciones Públicas en función de su competencia con la doctrina del TC. 3.2.4. Aplicación al supuesto de impugnación de los valores catastrales por los ayuntamientos.—4. CONCLUSIÓN.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. MARCO NORMATIVO

La cuestión objeto del presente estudio engarza con la más general de las posibilidades impugnatorias que se deben reconocer a cada una de las Administraciones Públicas que intervienen en las sucesivas fases de la gestión y recaudación de un tributo; la cual no sólo es relevante para definir la posición jurídica de las Administraciones implicadas, sino fundamentalmente del particular que ostenta la condición de sujeto pasivo, que puede ver perjudicada su situación en virtud del recurso interpuesto por la Administración.

Para dar una solución adecuada a este asunto, confluye el principio de tutela judicial efectiva de la Administración que pretende recurrir, con otros principios garantes de la posición jurídica del ciudadano que puede resultar afectado por el recurso, como la intangibilidad de las situaciones jurídicas consagradas por los actos administrativos favorables, que tienden a la limitación de la acción impugnatoria de la Administración.

Es obvio en todo caso que la posibilidad y las vías de impugnación que pueden utilizar las Administraciones Públicas que actúan como poderes públicos, frente a actos administrativos que consideren contrarios a derecho no puede resolverse sin más que aplicándoles la normativa procesal general, pues su posición es diferente a la de los particulares y su actuación puede afectar a derechos de estos que han de ser también tutelados.

Efectivamente, como ha subrayado el TC, y se verá en detalle más abajo, la posición de las Administraciones Públicas en solicitud de tutela judicial no puede equipararse a la de los ciudadanos; aquéllas defienden potestades y competencias, que estos no ostentan, están en una posición de supremacía que les otorga la autotutela de su situación jurídica, y recíprocamente, no están protegidas por la irrevocabilidad de los derechos o intereses legítimos reconocidos por los actos administrativos favorables, que es garantía que articula la posición del particular frente a los privilegios administrativos. Como señala la STC 197/1988, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan

los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional. En este sentido, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, LGT, al regular la vía económico administrativa, no contempla al interesado y a la Administración autora del acto impugnado en igualdad de condiciones; a la Administración le atribuye una posición pasiva, limitando su intervención prácticamente a la remisión del expediente, con la excepción del recurso de alzada previsto en el art. 241. 3 LGT, *supuesto insólito en nuestro ordenamiento, que permite revisar, al margen de los procedimientos especiales de revisión, un acto declarativo de derechos en perjuicio del contribuyente y cualquiera que sea el tipo de infracción en que se haya incurrido*¹, que está abierto exclusivamente a determinados órganos y Administraciones Públicas y debe ser interpretado restrictivamente, aplicando con rigor los requisitos legalmente establecidos.

Al margen de este estudio quedan, pues, claro está, los casos en los que las Administraciones Públicas comparecen como titulares de un derecho o interés legítimo derivado de su posición particular en una determinada relación jurídica, en los que su legitimación y sometimiento a las normas generales, está fuera de duda (art. 68 LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril), por ejemplo cuando comparecen como titulares de un bien, cuya delimitación catastral pretenden discutir.

En concreto, la impugnación por los ayuntamientos competentes para la liquidación del impuesto sobre bienes inmuebles, de los actos de valoración catastral que constituyen su base imponible, que son dictados por la Administración del Estado, no está exenta de debate, ni específicamente regulada, a diferencia de lo que sucede en otros casos, como por ejemplo en el de las Comunidades Autónomas competentes para la gestión de un tributo cedido, en que se admite —ya sin debate— su legitimación para recurrir en vía contencioso administrativa la resolución del Tribunal Económico Administrativo dictado en revisión de su actuación gestora, y en el que la legislación tributaria a partir de la Ley 58/2003, reconoce expresamente su legitimación para interponer, además del recurso de alzada ordinario, el extraordinario de alzada para unificación de criterio (arts. 241 y 242).

Como decimos, sin embargo, ni la Ley de Haciendas Locales (TR aprobado por RD Leg. 2/2004, de 5 de marzo, LHL) ni la Ley del Catastro Inmobiliario (TR aprobado por RD Leg. 1/2004, de 5 de marzo, LCI) contemplan expresamente cuál es el ámbito y el procedimiento de impugnación de los valores catastrales por los Ayuntamientos. Se refieren a la impugnación de los valores catastrales pero en general, no concretamente por parte de los Ayuntamientos, los siguientes preceptos: el art. 65 LHL, que señala que el valor catastral se notificará y será susceptible de impugnación conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario, y los arts. 12, 27, 29 y 31 LCI, que lo declaran impugnabile en los términos del título V de la LGT, normas generales de impugnación de los actos dictados en materia económico administrativa. Tampoco la LGT contempla en concreto esta cuestión, limitándose en su disposición adicional decimoquinta a declararse de aplicación subsidiaria respecto a la normativa catastral.

Excluida la aplicación automática y global de las normas generalmente aplicables a los ciudadanos, no regulada expresamente la posición de los ayuntamientos para impugnar los actos de gestión catastral, y teniendo en cuenta que la cuestión no sólo interesa al ayuntamiento que pretende impugnar, sino también al ciudadano cuyo valor catastral, fijado por el Estado, se puede ver incrementado por la acción impugnatoria del ayunta-

¹ PÉREZ TORRES, E., véase referencia bibliográfica *in fine*.

miento competente para la liquidación del IBI correspondiente, podemos concluir el interés, no meramente doctrinal o teórico, del asunto que nos ocupa.

En su análisis deben diferenciarse dos aspectos: el cauce procesal procedente y la legitimación. Aunque ésta es presupuesto de aquélla, por razón de la situación jurisprudencial y normativa de la cuestión, alteraremos el orden lógico de su exposición, comenzando por la vía de impugnación, para seguir por la legitimación.

Es obligado recordar previamente la conocida distribución competencial que rige en esta materia y que determina plenamente el análisis de las cuestiones que nos ocupan. La LHL en sus artículos 65 y 77, declara que la base imponible del IBI es el valor catastral del bien inmueble, atribuyendo al Estado la determinación de tal valor y a los Ayuntamientos la gestión del impuesto. Coherentemente, la LCI, en su artículo 4, atribuye al Estado competencia exclusiva para la formación y el mantenimiento del catastro inmobiliario, así como la difusión de la información catastral, y en su artículo 3 confirma que la descripción catastral de los bienes inmuebles comprenderá el valor catastral y el titular catastral.

2. CAUCE PROCESAL PARA LA IMPUGNACIÓN. ¿VÍA ECONÓMICO ADMINISTRATIVA O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DIRECTA?

En cuanto a la vía a seguir para la impugnación, se ha cuestionado si los Ayuntamientos pueden impugnar los actos catastrales en la vía económico administrativa —que para los particulares es, como es sabido, imprescindible para agotar la vía administrativa y poder acudir al recurso contencioso administrativo (art. 249 LGT en relación con el art. 25 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA)— o bien deben acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, ex art. 44 LJCA (*1. En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada*).

El criterio jurisprudencial no siempre ha sido unánime, si bien actualmente el TS ha resuelto la cuestión con tres sentencias en las que, confirmando la legitimación del ayuntamiento recurrente, considera que debe excluirse la vía económico administrativa.

2.1. Consolidación jurisprudencial del acceso directo a la jurisdicción, con exclusión de la vía económico-administrativa

Tras una doctrina consolidada de la AN (así, entre otras, Sentencia de 4 de junio de 2010, recurso 498/2009) que negaba a los ayuntamientos la posibilidad de interponer reclamaciones económico-administrativas, dos Sentencias del TS (de 28 de diciembre de 2011, recurso de casación 3037/2007 y de 21 de febrero de 2013, recurso de casación 5242/2011) provocaron el cambio de criterio de la AN plasmado en las Sentencias de 5 de febrero de 2015 (recurso 6/593/2013) y de 16 de julio de 2014 (recurso 6/343/2013). En estas sentencias, la AN reconoció a los ayuntamientos la posibilidad de recurrir en vía económico-administrativa frente a los actos catastrales por el solo hecho de que el IBI, cuya liquidación y recaudación les corresponde, se basa en tal ges-

tión catastral. Sin embargo, como veremos a continuación, la doctrina que el TS sienta en las sentencias citadas no coincide con la asumida por la AN, ni hubiera pues exigido el cambio de criterio de ésta, pues el TS limitó la intervención de los ayuntamientos a la vía contencioso administrativa confirmando la exclusión de la vía económico-administrativa.

En efecto, las citadas Sentencias del TS (de 28 de diciembre de 2011 y de 21 de febrero de 2013) y una más reciente, de 19 de diciembre de 2017, recurso de casación 2842/2016, de forma explícita consolidan como vía de impugnación por los ayuntamientos de los actos de gestión catastral, la del recurso contencioso-administrativo directo, previo, en su caso, el potestativo requerimiento contemplado en el art. 44 LJCA.

El TS, de forma más expresa en la tercera de las Sentencias citadas, confirma que el ayuntamiento, cuando lo que pretende es defender el ámbito de su actuación gestora y recaudatoria del IBI y con ese objetivo acciona, lo hace como poder público y, por tanto, de acuerdo con la doctrina consolidada del TS, debe excluir la vía económico-administrativa y acudir directamente a la contencioso-administrativa. Rechaza así, en esta última sentencia, la argumentación de la de instancia que, basándose en que el ayuntamiento recurrente ni invoca ni ostenta competencia que pueda verse alterada por el acto de valoración catastral al carecer de ella en este ámbito y alegar solamente la afectación futura derivada de su gestión y recaudación del IBI, llega a la conclusión de que el ayuntamiento no actúa en este caso como poder público ni, por tanto, puede utilizar la vía del art. 44 LJCA, debiendo acudir previamente, como cualquier particular, a agotar la vía económico-administrativa; advierte el TS que este razonamiento no puede ser acogido, puesto que ni su posición es equiparable a la de un particular, ni deja de ser un poder público que actúa en defensa de los intereses públicos que le han sido confiados, cuando se opone al valor catastral determinante, como presupuesto jurídico y económico, del ejercicio de su propia competencia en materia fiscal.

En este mismo sentido, la STS de 2013 recuerda que, en los litigios entre Administraciones Públicas, la LJCA excluye el recurso administrativo, imponiendo que la cuestión se dirima directamente ante los tribunales de Justicia. Transcribimos por su claridad, la citada sentencia:

Pues bien, debemos comenzar diciendo que sobre la idea de evitar en lo posible la confrontación entre Administraciones Públicas, la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa suprime el recurso administrativo entre ellas y ofrece como alternativa un procedimiento de resolución de conflictos interadministrativos.

En efecto, el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, siguiendo la senda marcada por los artículos 65 y 66 de la Ley 6/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen (...).

Analizando este precepto la STS de 31 de diciembre de 2001 (rec 43/2000) ha dicho que «el artículo 44 LRJCA ha extendido a todos los litigios entre Administraciones Públicas el trámite del requerimiento previo al recurso previsto, en el ámbito de la Administración local, en el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y, en el ámbito de los conflictos constitucionales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el artículo 63 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. En los casos del artículo 44 de la LRJCA la Ley ha establecido un mecanismo de concertación y entendimiento entre Administraciones Públicas para evitar litigios, conforme al clima de coordinación que es principio general de las relaciones entre todas ellas (artículo 103.1 CE; artículo 55 de la LRBRL; artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado artículos 3 y 4 de la LRJPAC, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero y artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del proceso autonómico)».

Naturalmente junto a la posibilidad de que las Administraciones Públicas resuelvan sus diferencias por sí mismas, existen otras formas de resolución de conflictos que se ven siempre acompañadas o suplidas por la vía contencioso-administrativa. Así, si se trata de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o entre éstas entre sí, se resuelven por el Tribunal Constitucional (artículo 161 de la Constitución y 60 y ss. de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), sin perjuicio de la utilización del recurso contencioso-administrativo (artículo 19.1.c) y d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio). Por el contrario, los conflictos de competencia entre distintas entidades locales se resuelven por la respectiva Comunidad Autónoma o por el Estado si se trata de entidades locales que pertenezcan a distintas entidades, si bien la decisión es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 50.2 de la Ley 6/1985, de 2 de abril). En cambio, los conflictos de competencia entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Administración Local se resuelven siempre por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículos 63 y siguientes de la Ley 6/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local).

En todo caso, el significado del art. 44 de la L.J.C.A., ha sido matizado por la Sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala, de 20 de octubre de 2006, que al desestimar el recurso de casación en interés de la ley (n.º 55/2005) que interpusiera un Ayuntamiento, declara que el mismo «no se aplica cuando se trata de resolver o solventar una disparidad de criterios entre Administraciones Públicas y una de ellas actúa en la relación jurídico-administrativa entablada como un particular y no como un poder Público. Hay que aplicar entonces la legislación reguladora de la actividad como afirma el defensor de la Administración, y procede la interposición de recurso en vía administrativa si esa legislación lo ha previsto.»

La misma necesidad de evitar litigios entre las Administraciones Públicas, con competencias diversas, se hizo efectiva también en los ámbitos catastral y tributario, cuando la recaudación que puede proporcionar un acto o resolución se destina a una entidad distinta de la que los dictó, situación ésta que contempló la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria de 1963 y que también introdujo determinadas modificaciones en el procedimiento económico— administrativo, pues añadió al artículo 11 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, por el que se articula la Ley 39/1980, de 5 de julio, de Bases del Procedimiento Económico-Administrativo, un nuevo supuesto de falta de legitimación para promover reclamaciones económico-administrativas, de tal forma que no la tienen:

e) Los organismos de la Administración central, periférica, institucional o corporativa del Estado, aun dotados de personalidad jurídica propia, que hayan dictado el acto reclamable, así como cualquier otra entidad por el mero hecho de ser destinataria de los fondos gestionados mediante dicho acto.

Actualmente, el artículo 232.2.e) (...).

Queda pues consolidada ya la doctrina del TS que excluye la vía económico-administrativa para la impugnación por los ayuntamientos en cuanto competentes para la liquidación del IBI de los valores catastrales que constituyen su base imponible.

2.2. Argumentos normativos

La exclusión de la vía económico administrativa para los ayuntamientos que pretenden impugnar un acto catastral, se basa pues, además de en el art. 44 LJCA, en el art. 232.2.e) LGT, que establece que «no estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas e) (...) cualquier otra entidad por el mero hecho de ser destinataria de los fondos gestionados mediante dicho acto».

En efecto, la legitimación de los ayuntamientos en la materia derivaría, en su caso, tal y como luego analizaremos en detalle, de ser destinatarios de los fondos recaudados

a través del IBI y de estar éste basado a su vez en la gestión catastral. Siendo así, su exclusión de la vía económico administrativa resulta a fortiori del art. 232.2.e) LGT en cuanto este precepto niega la intervención que se pretenda por un ente por el mero hecho de ser destinatario de los fondos que con el acto se gestionen, por lo que, con más razón, debe negarse tal intervención si el acto no sirve para la gestión de tales fondos sino de una forma meramente mediata, necesitada de un posterior, e independiente, acto de liquidación, como es el caso.

Por otra parte, la negación de la legitimación de la propia Administración autora del acto para impugnarlo en vía económico-administrativa, según el primer inciso del art. 232.2.e) LGT («no estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas (...) e) Los organismos u órganos que hayan dictado el acto impugnado»), implica, también a fortiori, la imposibilidad de su impugnación por otra Administración Pública (que actúe como tal Administración). La negación de la legitimación de la Administración autora del acto implica la imposibilidad de modificar en perjuicio del particular el acto administrativo dictado, por la vía de impugnarlo en vía económico administrativa o de la intervención en tal vía de cualquier otro modo. A lo sumo, aún con el juego de la alzada de los Directores, podrá el particular quedarse en el mismo estado en que se encontraba antes de la vía económico administrativa, pero nunca puede ésta derivar en un empeoramiento de su situación. Si la Administración desea modificar un acto administrativo en perjuicio del particular, debe, como es sabido, iniciar un procedimiento extraordinario de revisión, que sólo cabe en los casos tasados de nulidad de pleno derecho o, previa declaración de lesividad, impugnarlo ante los tribunales de Justicia.

La vía económico administrativa se configura así como un sistema para que el particular, por propia voluntad, pueda controlar la legalidad de la actuación administrativa, y no como una vía para que la propia Administración, autora del acto, pueda depurarla.

Rige en la materia el principio general del derecho, fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, de intangibilidad de los derechos de los ciudadanos reconocidos por la Administración en los actos administrativos favorables. Este principio ha sido reconocido en múltiples sentencias; sirva de ejemplo la reciente Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS 1767/2018, de 13/12/2018, recurso de casación 3185/2017, ECLI: ES:TS:2018:4303, y deriva fundamentalmente de los arts. 106, 107 y 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (anteriores arts. 102, 103 y 105 de la Ley 30/1992), y de los correlativos arts. 217, 218 y 219 de la LGT, que traen causa de los arts. 9.3, 103 y 24 CE, en cuanto contemplan la legalidad de la actuación administrativa, su plena fiscalización y el derecho a la tutela judicial efectiva de los intereses legítimos de los particulares, a cuyo servicio está la vía económico-administrativa. Este principio debe ser digno de idéntica protección cualquiera que sea la distribución de competencias administrativas que en la materia haya sido arbitrada por el legislador, pues forma parte del estatus jurídico reconocido al particular frente a la Administración. De modo que, si la Administración autora del acto no puede impugnar su propio acto en vía económico-administrativa, ninguna otra Administración (que invoque, insistimos, su mera condición de poder público y no un interés legítimo particular) podrá hacerlo.

Por tanto, si en garantía de los derechos del particular, la propia Administración catastral no puede impugnar sus actos en vía económico administrativa, tampoco el ayuntamiento podrá hacerlo. Reconocer al ayuntamiento la legitimación para impugnar en vía económico administrativa actos catastrales supondría la quiebra de este principio rector, fundamental, de la vía económico administrativa y situaría al particular, en el ámbito de la liquidación de IBI, en una posición mucho más vulnerable frente a la Admi-

nistración que en el de cualquier otro impuesto, por el mero hecho de que se hayan distribuido las competencias entre dos Administraciones Públicas distintas.

Tampoco están legitimados los ayuntamientos para interponer recurso de alzada contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los TEAR, pues tal recurso por expresa disposición del artículo 241.3 LGT, está limitado, en lo que a la Administración respecta, a «los *Directores Generales del Ministerio de Economía y Hacienda y los Directores de Departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en las materias de su competencia, así como los órganos equivalentes o asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades con Estatuto de Autonomía en materia de su competencia*».

Además, la tesis contraria supondría que, en toda reclamación interpuesta frente a un acto de gestión catastral, habría que dar traslado al Ayuntamiento correspondiente para alegaciones y notificarle toda resolución que se dicte, por imperativo del Art. 232.3 LGT. Lo cual, de haber sido querido por el legislador, habría de haber sido, sin duda, expresamente previsto.

En esta misma línea, el art. 29 LCI (al que se remite el art. 31) tras declarar que los actos catastrales podrán ser recurridos en vía económico administrativa, se refiere expresamente a los ayuntamientos para ordenar que le sea comunicada la presentación de reclamaciones económico administrativas que interpongan los titulares catastrales, lo cual evidencia que no les configura como reclamantes, sino como meros interesados en el resultado de las reclamaciones, por la información catastral que de tal resultado puede derivar.

3. LEGITIMACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS

3.1. Consolidación jurisprudencial de la legitimación de los ayuntamientos para impugnar los valores catastrales

En las citadas sentencias del TS ha quedado consolidada la legitimación de los ayuntamientos para impugnar (en vía contencioso administrativa) los actos de gestión catastral que están en la base de la gestión del IBI que a ellos compete, pues, como es obvio, al afirmar que el cauce procesal es el del acceso directo al recurso contencioso-administrativo, se está afirmando su presupuesto: la legitimación para acceder a la jurisdicción.

Señala la STS de 28 de diciembre de 2011 que «*al Ayuntamiento recurrente debe reconocérsele legitimación para impugnar la fijación de valores catastrales pues de ello depende su posterior recaudación por el concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles, no siéndole indiferente al Ayuntamiento la valoración de los inmuebles de su término municipal no solo a efectos recaudatorios, sino en general por las repercusiones que esos valores tendrán en la inversión inmobiliaria en el municipio, en los traslados de población, en el propio urbanismo, etc. El Ayuntamiento recurrente ostenta, pues, un interés indirecto, al no participar directamente en la fijación de los valores catastrales, pero legítimo pues le otorga legitimación para impugnar la Ponencia de valores, legitimación que le negaba el TEAR*».

La Sentencia de 19 de diciembre de 2017 dictada en el recurso de casación 2842/2016 declara que «*por tales razones, sin adentrarnos en la problemática negativa a dotar de legitimación a los Ayuntamientos recurrentes para accionar en la vía económico-administrativa —precisamente porque la resolución del TEAC de 5 de noviembre de 2008, que declaró la inadmisión de la reclamación registrada bajo n.º 4343-08, deducida por los Ayuntamientos de Pelayos y de Montejo frente al acuerdo de asignación de valor catastral al inmueble de*

características especiales Presa de Santa Teresa no es la impugnada en este recurso, sin que conste impugnada jurisdiccionalmente— lo cierto es que la doctrina de este Tribunal Supremo, rectamente interpretada, nos lleva a la necesaria conclusión de que los ayuntamientos legalmente competentes para la exacción de un impuesto, como el de bienes inmuebles, cuya base imponible “estará constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles” (artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales —TRLHL—), no son ajenos a la determinación de tal valor, ni pueden ser tratados con igual estatuto jurídico que los particulares.

»Ello significa que en el ámbito de un impuesto basado en la valoración catastral de los inmuebles, la entidad competente para su liquidación y recaudación (artículo 77 y concordantes del TRLHL) puede formular, como regla general, el requerimiento del artículo 44 de la Ley Jurisdiccional, en el ámbito de los litigios entre Administraciones públicas, para procurar su anulación o revocación, porque ni su posición es equiparable a la de un particular, ni deja de ser un poder público que actúa en defensa de los intereses públicos que le han sido confiados, cuando se opone al valor catastral determinante, como presupuesto jurídico y económico, del ejercicio de su propia competencia en materia fiscal.»

Sin embargo, tal legitimación no se encuentra, según nos parece, exenta de dudas. La tantas veces citada Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2011, señala expresamente que es «cuando menos discutible que el Ayuntamiento ostente legitimación para la impugnación de valores catastrales individuales, pues la misma corresponde al titular del bien valorado» (FD sexto 3 B de la STS de 28 de diciembre de 2011), pero de las normas aplicables no resulta diferencia entre la legitimación que pueda reconocerse para la impugnación de las ponencias de valores y para la impugnación de actos de valoración individual, por más que pudiera ser deseable de *lege ferenda*.

Ello nos lleva a adentrarnos en un análisis detenido de la cuestión.

3.2. Análisis de la legitimación de los ayuntamientos para impugnar los valores catastrales

Según se ha transcrito, las sentencias del TS basan la afirmación de la legitimación de los ayuntamientos en el interés que el valor catastral representa para ellos en cuanto afecta a la gestión y recaudación del IBI que corresponde a su ámbito de competencia. Coherentemente, se excluye la vía económico administrativa como innecesaria, o improcedente desde un punto de vista meramente objetivo.

Sin embargo, el art. 232.2.e LGT, en que se basa fundamentalmente la exclusión de la vía económico administrativa, expresamente rechaza la legitimación de las entidades a que se refiere, que, en cuanto relativa al sujeto, y a su relación con el objeto de litigio, debería considerarse extensible a la vía contencioso-administrativa. Tal y como señala Pérez Torres², *carece de sentido que alguien ostente interés para recurrir en vía contencioso-administrativa y no para personarse en el procedimiento administrativo que allí se recurre, máxime cuando éste tiene como una de sus finalidades evitar el recurso jurisdiccional.*

A nuestro juicio, este criterio encajaría no sólo con la letra del citado precepto sino también con su lógica y con la del sistema en su conjunto. En efecto, la indudable afectación que los valores catastrales suponen para la gestión y recaudación del IBI, no ha de

² Véase referencia bibliográfica *in fine*.

llevar necesariamente a afirmar el interés legítimo de los ayuntamientos para impugnarlos, pues esta afectación es meramente mediata y por ello insuficiente para justificar la acción. El acto catastral no incide en la esfera competencial del ayuntamiento, sino que, al contrario, su ámbito competencial se apoya, sin intersecciones, en la competencia, exclusiva del Estado, de gestión catastral. Es pues esta distribución de competencias realizada por el legislador, y no en sí el concreto acto catastral, la que determina que la liquidación del IBI se pueda ver reducida sin intervención del ayuntamiento, en virtud de la fijación por el Estado del valor catastral, por debajo de la que el ayuntamiento pueda considerar justa. La afectación meramente mediata, producida a través de una situación jurídica creada por un acto de naturaleza diferente, que un acto administrativo puede implicar para un sujeto, no es suficiente, ni aún en el caso de los particulares, para legitimar la impugnación de éste, por lo que, con mayor razón, no habría de servir para atribuir la a una Administración Pública.

En esta línea, debemos detenernos en las siguientes consideraciones.

3.2.1. Marco constitucional

La cuestión que nos ocupa se inserta en el análisis del derecho de acceso a la jurisdicción y por tanto en el art. 24 CE, que protege el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, como ya hemos apuntado, el TC ha tenido ocasión de señalar que las garantías y derechos que derivan del art. 24 CE no pueden afirmarse con la misma extensión para el ciudadano que para la Administración cuando actúa como poder público, porque tal precepto está configurado precisamente para la defensa de la situación jurídica de aquél frente al poder público y porque las personas jurídicas públicas, cuando actúan como tales poderes públicos, tutelan por vía judicial no sus derechos e intereses legítimos, sino sus actos y potestades administrativas³.

³ STC 197/1988: *El art. 24.1 de la Constitución establece una doble garantía para «todas las personas» en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, pues no sólo proscribire que los Jueces y Tribunales cierren arbitrariamente los cauces judiciales legalmente previstos a quienes, estando legitimados para ello, pretenden defender sus propios derechos e intereses, sino que también prohíbe al legislador que, con normas excluyentes de la vía jurisdiccional, les impida el acceso al proceso, prohibición, esta última, que se refuerza por lo prevenido en el art. 106.1 de la C. E., cuando se trata de impetrar justicia frente a la actuación de las Administraciones públicas, que es el supuesto al cual aquí limitaremos nuestro análisis. Esta doctrina, construida en relación con la tutela judicial de las personas privadas no cabe, siguiendo la STC 64/1988, de 12 de abril, trasladarla íntegramente a las personas jurídicas del Derecho público, pues tal doctrina parte de la concepción de los derechos fundamentales como garantías de los particulares frente al poder público y desnaturalizaría esta concepción la tesis simplificadora que sostuviera que los entes públicos gozan, en paridad de posición con los particulares, de un derecho constitucional subjetivo en cuya virtud el legislador venga obligado, en todos los casos, a establecer recursos judiciales para que dichos entes públicos defiendan sus propios actos frente a los que, afectándolos, hayan sido adoptados por otros órganos o personas públicas, pues lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional.*

STC 175/2001: *Ya hemos avanzado que, con carácter general, las personas públicas no son titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Hay que tener en cuenta que es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses —consecuencia necesaria del deber de respeto a los demás y de la paz social a que se refiere el art. 10.1 CE— la que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares. Bien distinta es la situación cuando las personas públicas ejercen poderes exorbitantes y los órganos judiciales fiscalizan y consiguientemente limitan el alcance de aquellos poderes. En esos ámbitos de actuación administrativa es claro que las personas públicas no pueden invocar el art. 24.1 CE —ni servirse del amparo constitucional— para alzarse frente a los Jueces*

Es doctrina del TC que del art 24 CE deriva para la Administración como poder público el derecho a no sufrir indefensión en el proceso, pues otorga una garantía frente a los órganos jurisdiccionales, pero que no genera un derecho incondicional de acceso al proceso que pueda hacerse valer frente al legislador. La ley procesal, por tanto, de acuerdo con la doctrina del TC, puede exceptuar la tutela de los órganos jurisdiccionales frente a los actos públicos que afecten a los dictados por una Administración que actúe como poder público, siempre que no incurra en arbitrariedad ni irracionalidad y no haga irreconocible tal derecho⁴. En concreto, el TC ha declarado aceptable la exclusión de la

y Tribunales que, cumpliendo con lo previsto en el art. 106.1 CE, fiscalizan la actuación de los sujetos públicos. En este contexto debemos destacar también que cuando las personas públicas se alzan frente a los Jueces y Tribunales, lo que está en juego no es sólo la defensa del interés general atribuido a cada sujeto público sino, en última instancia, el orden normativo de distribución del poder. De esta manera, el derecho a la tutela judicial efectiva serviría —en los ámbitos a que venimos haciendo referencia— como instrumento para el correcto ejercicio del poder por los diferentes órganos del Estado. Y no hace falta insistir en la diferencia que, desde la perspectiva del amparo constitucional, existe entre garantizar a los particulares la realización de sus derechos e intereses por medio de los Jueces, y la garantía de un orden objetivo de poder que asegura la realización del interés general atribuido a las personas públicas incluso frente a los Jueces.

STC 164/2008: *Por esta razón, a las personas jurídico-públicas les hemos reconocido, con matices, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 CE, cuando el Ordenamiento jurídico les reconoce la capacidad para ser parte en los procesos. En efecto, en tales supuestos y en orden a la aplicación de la tutela judicial y su protección por la vía del amparo constitucional, se ha venido distinguiendo entre la defensa de sus derechos e intereses legítimos y la defensa de sus actos y potestades administrativas. Así, cuando la prestación de la tutela judicial tiene por objeto los intereses legítimos de las entidades públicas, entendiendo por tales exclusivamente aquellos que derivan de su actividad no administrativa o pública, ningún óbice existe para sean titulares del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE, en toda su extensión y con todas las garantías que ello conlleva (así, STC 175/2001, de 26 de julio, F. 9; y recientemente, STC 311/2006, de 23 de octubre, F. 2.a). Ahora bien, cuando el objeto de la tutela judicial lo configura la defensa de los actos de las Administraciones públicas dictados en el ejercicio de sus potestades administrativas, la protección que el artículo 24 CE les otorga se limita a no padecer indefensión en el proceso, lo cual implica, exclusivamente, que se les respeten los derechos procesales que establece el art. 24 CE. Esto quiere decir que la Administración no tiene un derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser amparado en defensa de sus potestades, sino que únicamente posee las restantes garantías que le dispensa el art. 24 CE, pero desde una dimensión estrictamente procesal o, lo que es lo mismo, desde el punto de vista de las facultades inherentes a la condición de parte en el proceso (STC 175/2001, de 26 de julio, FF. 4 a 8).*

⁴ STC 197/1988: *Es, desde luego, incuestionable que, existiendo una vía judicial preestablecida por la ley, los órganos judiciales deberán respetar el derecho a la tutela judicial que demanden los que estén legitimados para ello, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando el que reclama la prestación jurisdiccional es un ente público, según ha declarado, entre otras, la STC 19/1983, de 14 de marzo. Distinto es, sin embargo, el supuesto en el que sea la propia ley, y no la autoridad judicial que la aplica, la que impida al ente público acudir a la jurisdicción para pretender la nulidad o revocación de un acto adoptado, por otro ente público, pues no siempre, en tal hipótesis, podrá hablarse de indefensión.*

STC 175/2001: *Las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso. El art. 24.1 CE no exige de la Ley la articulación, en todo caso, de instrumentos procesales con los que las personas públicas puedan hacer valer los intereses generales cuya satisfacción les atribuye el Ordenamiento. Dicho de otro modo, según viene declarando este Tribunal, esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador (SSTC 197/1988, de 24 de octubre, F. 4; 29/1995, de 6 de febrero, F. 7). Corresponde a la Ley procesal determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el juez. Así que la interpretación judicial de las normas de acceso al proceso estará guiada, también en relación con las personas públicas, por el principio «pro actione» (cuando se trate de acceso a la jurisdicción) o por el canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente, cuando se trate del acceso a los recursos legales.*

STC 26/2008: *Este Tribunal tiene declarado en la STC 175/2001, de 26 de julio, que «las personas públicas son titulares, también, del derecho de acceso al proceso», aunque «esta vertiente del art. 24.1 CE sólo tutela a las*

acción frente a actos dictados por un poder público en ejercicio de una función de depuración de la legalidad de la actuación del que pretende recurrir⁵.

Por otro lado, aunque parece evidente, no queremos dejar de precisar que tampoco de la autonomía garantizada en el art. 140 de la Constitución a los municipios, re-

personas públicas frente a los Jueces y Tribunales, no en relación con el legislador». «Corresponde a la Ley procesal —se continúa afirmando en la Sentencia— determinar, entonces, los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Lógicamente, aquella tarea de configuración legal ha de ejercerse con sometimiento al ordenamiento constitucional, lo que impide no sólo exclusiones procesales arbitrarias, sino incluso aquellas otras que, por su relevancia o extensión, pudieran hacer irreconocible el propio derecho de acceso al proceso. El alcance limitado del art. 24.1 CE en relación con las personas jurídico públicas actúa, según venimos diciendo, respecto del legislador, no en relación con el Juez» (F. 8; en el mismo sentido, STC 311/2006, de 23 de octubre, F. 1) (...) La interpretación judicial de las normas de acceso al proceso está guiada también en relación con las personas jurídico públicas por el principio pro actione cuando se trate del acceso a la jurisdicción (STC 175/2001, de 26 de julio, F. 8). Al respecto es doctrina consolidada de este Tribunal que el primer contenido en un orden lógico y cronológico del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Un derecho que, no sólo puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución, sino también por aquellas interpretaciones de las normas que sean manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas normas preservan y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable. (...) En otras palabras, en los supuestos en los que está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dado que rige en estos casos del principio pro actione, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales, que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida, quedando aquéllos compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, con interdicción de aquellas decisiones que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia del cierre del proceso. En todo caso el principio pro actione no supone ni exige necesariamente que se seleccione la interpretación de la legalidad más favorable a la admisión entre todas las posibles (SSTC 220/2003, de 15 de diciembre, F. 3; 3/2004, de 14 de enero, F. 3; 294/2005, de 21 de noviembre, F. 2; 63/2006, de 27 de febrero, F. 2; 127/2006, de 24 de abril, F. 2; 358/2006, de 18 de diciembre, F. 3; 1/2007, de 15 de enero, F. 2; 52/2007, de 12 de marzo, F. 2, por todas).

⁵ STC 197/1988: A tal efecto, es aceptable que la predisposición legislativa de remedios jurisdiccionales pueda resultar inexcusable, por imperativo del art. 24.1 de la Constitución, si el acto adoptado por el poder público resuelve un conflicto de intereses en perjuicio de otro ente público, que se vea, por ello, precisado a demandar la tutela judicial frente a aquel acto. Pero existen otros supuestos en que los órganos públicos no actúan como decisores de conflictos de intereses, ni ostentan un interés propio que se contraponga al de otro ente público inaplicado en la decisión, sino que ejercen funciones de control de la legalidad de determinados actos de entes públicos, realizando una tarea estrictamente objetiva y ajena a toda controversia de intereses, como ocurre con las Juntas Electorales que constituyen, según se dejó razonado, una específica Administración de garantía instituida por el legislador para asegurar «la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad —art. 8.1 de la LOREG—. En tales supuestos, la decisión de estos órganos públicos, garantes de la legalidad de los actos de otros órganos igualmente públicos, no compromete, ni incide en el «interés legítimo» de estos últimos, dado que, en modo alguno, puede sostenerse que el ordenamiento jurídico reconozca un interés público para llevar a cabo una actividad pública, que es calificada de contraria a la legalidad por órganos de la Administración especialmente encargados por la ley de su control. Por lo tanto, la falta de recurso jurisdiccional frente a estos actos de control no menoscaba el derecho a la tutela judicial del poder público, cuya actuación es revisada por esa Administración de garantía, pues el ordenamiento jurídico puede disponer que determinada actuación pública se controle, sin ulterior recurso jurisdiccional por órganos a los que se les atribuye la única función de velar por el respeto objetivo de la legalidad.

En la misma línea, STC 129/1995 y STC 123/1996.

sulta derecho alguno de acción jurisdiccional, sino, como ha señalado el TC «*la autonomía se reconoce a los entes territoriales enumerados en aquel artículo para la “gestión de sus propios intereses”, lo cual exige que se dote a cada ente de “todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo”*» (STC 25/1981, de 14 de julio, F. 3, con cita de la STC 4/1981, de 2 de febrero. De manera que, como resulta del art. 2 LBRL, «*para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas (...) deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local (...)*».

3.2.2. Configuración legal

Dado que, como ha señalado el TC, el acceso a la Jurisdicción de las Administraciones Públicas en cuanto tales, es de configuración legal, debemos atender a las leyes procesales para efectuar el análisis que nos ocupa.

En este punto son de tener en cuenta la LJCA y la LBRL.

El art. 19.1. LJCA dispone que:

e) Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

Las Entidades Locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas (...).

El art. 63.2 LBRL establece que «*están igualmente legitimadas en todo caso las entidades locales territoriales para la impugnación de las disposiciones y actos de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas que lesionen su autonomía, tal como ésta resulta garantizada por la Constitución y esta Ley*».

El legislador, por tanto, delimita el acceso a la Jurisdicción de los entes locales en función de su autonomía. Y el ámbito de tal autonomía, como hemos expuesto, se concreta en la atribución legal de competencias. De manera que el legislador, en esa tarea de configuración del derecho de acceso a la jurisdicción de la Administración Local, ha previsto que los entes locales sólo lo ostentan para impugnar actos que afecten o lesionen sus competencias.

3.2.3. Encaje de la limitación del acceso a la jurisdicción de las Administraciones Públicas en función de su competencia con la doctrina del TC

Son los legisladores estatal y autonómico los que definirán la autonomía local mediante la atribución de competencias y, en esta esfera competencial, el órgano jurisdiccional y todos los poderes públicos, deben permitir su intervención.

Por tanto, cuando el acto impugnado no pueda derivar en invasión competencial, no está en entredicho la distribución de poder, ni hay pues causa para que las Administraciones Públicas litiguen entre ellas.

De acuerdo con la doctrina del TC, como se ha visto más arriba, el recurso contencioso administrativo no es, para las Administraciones Públicas, sino un medio para ga-

rantizar el correcto ejercicio y distribución de poder entre ellas, y el poder se concreta precisamente a través de la atribución legal de competencias. De modo que la limitación de la legitimación de las entidades locales a la defensa de sus propias competencias, no puede tildarse de arbitraria o irrazonable. Es, en definitiva, coherente con la actuación de la Administración fuera del proceso, pues ésta sólo puede actuar en el ámbito de la competencia atribuida legalmente o viciaría su acto de invalidez.

3.2.4. Aplicación al supuesto de impugnación de los valores catastrales por los ayuntamientos

De acuerdo con lo expuesto, el reconocimiento de la legitimación de los Ayuntamientos para impugnar actos de gestión catastral pasaría necesariamente por afirmar que con tales actos se lesiona, o invade, su autonomía, o, dicho de otro modo, la esfera de competencias garantizada legalmente.

Recordemos que, en este ámbito, como resulta de los preceptos citados más arriba, de la LHL y LCI, se atribuye al Estado la competencia para la formación del catastro y valoración catastral de los bienes inmuebles, y para la revisión de los actos de gestión catastral, y a los ayuntamientos la competencia para la liquidación y recaudación del IBI, y para la revisión de los actos dictados en ejercicio de esas competencias, siendo el valor catastral la base imponible del IBI. Es pues indiscutible que los ayuntamientos carecen de competencia en materia de gestión catastral.

Atendiendo a la literalidad del art. 63 LBRL, que se refiere a *lesión* de las competencias, parecería claro que los ayuntamientos carecen de legitimación para impugnar los valores catastrales, pues en ellos no puede advertirse lesión alguna de la competencia municipal, habida cuenta que no es dudoso que la valoración es competencia exclusiva del Estado. No hay acto o potestad municipal alguna en materia de gestión catastral que haya sido invadida por el Estado y cuya lesión se pueda invocar, pues los ayuntamientos carecen absolutamente de competencia en la materia, y así lo admiten.

Con la impugnación por los Ayuntamientos de los actos de gestión catastral no se está en el caso de defensa de un acto administrativo previamente dictado en ejercicio de las competencias municipales, que otra Administración, en el ámbito de fiscalización que la ley le atribuye, haya alterado. Nótese pues que no es una situación análoga a la de las comunidades autónomas cuya legitimación para la defensa de sus actos de liquidación en materia de tributos cedidos, frente a las resoluciones anulatorias de los tribunales económico-administrativos, ha sido pacíficamente admitida.

Más dudoso parece el término *afectación* del art. 19 LJCA que permite plantearse si la repercusión evidente que el valor catastral tiene sobre la competencia municipal de liquidación y recaudación de IBI, y sobre los recursos que con tal impuesto se obtengan, debe ser considerada afectación de la competencia a los efectos del art. 19 LJCA.

Consideramos sin embargo que los términos *afectación* del art. 19 LJCA y *lesión* del art. 63 LBRL, deben considerarse sinónimos, pues la finalidad y objeto de tales preceptos coinciden, de manera que a la misma conclusión de falta de legitimación de los ayuntamientos se llegaría con el art 19 LJCA que con el art. 63 LBL. Y ello es posible porque en rigor la afectación del art. 19 LJCA no ha de incluir, como ya hemos apuntado, una meramente mediata.

En efecto, la jurisprudencia ha confirmado que el efecto reflejo, o mediato, de un acto, en la esfera de intereses de una persona no debe considerarse suficiente para reco-

nocerle legitimación para impugnarlo. Así, para el caso de la legitimación de los particulares, pese a que en ellos el despliegue del derecho a la tutela judicial efectiva es más intenso que en el de las Administraciones Públicas, se ha señalado que el interés legítimo es una posición de ventaja o utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta, y que puede ser directo o indirecto, pero es en todo caso preciso que tal repercusión en la esfera del particular no sea «*sino resultado inmediato de la resolución dictada*», que se dicte o llegue a dictarse (STS 19 noviembre de 1993, rec. núm. 2599/1989, STS 8 de abril de 1994, rec. núm. 62/1992, entre otras).

Es decir, lo trascendente es que exista una conexión inmediata entre el recurso, en que se pretende la intervención, y el interés que se ostenta. Si la repercusión al interés se produce por la intermediación de una relación jurídica distinta, que no constituye objeto del proceso, no está justificada la intervención en el recurso.

Por lo mismo, nunca se ha solicitado, ni se ha reconocido, la legitimación de las comunidades autónomas para impugnar los actos dictados por el Estado en tributos cuya liquidación no les corresponde (por ej., IRPF), por más que de lo que en su virtud se recaude, una parte les corresponda a ellas (Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, LO 8/1980, de 22 de septiembre, y Ley por la que se regula el Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, 22/2009, de 18 de diciembre). Como es sabido, la legitimación de las CC AA se ha reconocido por el TC en el ámbito de la liquidación por la comunidad autónoma de tributos cedidos, para el caso de que tal liquidación haya sido alterada por la Administración del Estado vía reclamación económico administrativa.

Este es, a nuestro juicio, también el sentido del art. 232 LGT al negar legitimación para las reclamaciones económico administrativas a quienes asuman obligaciones tributarias en virtud de pacto o contrato y a cualquier otra entidad por el mero hecho de ser destinataria de los fondos gestionados mediante dicho acto, y tales son las razones por las que su conformidad con el art. 24 CE ha sido reconocida pacíficamente. Si un particular ha asumido en virtud de contrato las consecuencias tributarias de una operación, no está legitimado para impugnar los actos administrativos que las liquiden, aunque vayan a producir consecuencias en su patrimonio, pues tales efectos no derivan de forma inmediata del acto, sino que resultan de la interposición del contrato.

Pues bien, la afectación por el acto de valor catastral sobre la competencia de liquidación y recaudación del IBI es meramente mediata, pues aquél no incide inmediatamente en esta competencia, sino a través de la equiparación por el legislador de la base imponible del IBI al valor catastral.

De los arts. 19 LJCA y 63 LBRL, según lo expuesto, resultaría impedida la legitimación de los ayuntamientos para impugnar los valores catastrales.

Entendemos que hay además argumentos adicionales derivados de la lógica del sistema.

En efecto, si la ley en materia de gestión catastral ha atribuido competencia a la Administración del Estado y no al ayuntamiento, éste no puede intervenir en el ejercicio de aquélla, ni directamente —por sí misma—, dictando actos administrativos, pues serían actos nulos de pleno derecho por vicio de incompetencia, ni indirectamente —sirviéndose para ello de los Tribunales de Justicia— interponiendo acción para impugnar los actos dictados por la Administración competente en la materia.

Otra cosa supondría además someter al ciudadano a una doble competencia administrativa en materia de gestión catastral, contrariamente a lo querido por la ley, pues

habría de sujetarse al criterio de dos Administraciones Públicas, si quiera uno de ellos expresado a través de la impugnación judicial.

Es por ello también la solución que permite una gestión eficaz en el ámbito contencioso-administrativo, pues, en caso de que se admitiera el interés legítimo de los ayuntamientos en materia de gestión catastral, habría que concluir, no sólo que los ayuntamientos están legitimados para impugnar los actos cuando les perjudiquen, sino, también, por la misma razón, que deben ser emplazados como interesados cuando el acto de gestión catastral les sea favorable, pero se haya interpuesto por el particular un recurso contencioso contra él, que por ende les puede perjudicar (arts. 21.1.b y 49 LJCA). Lo cual conduciría al absurdo en la gestión de tales recursos contencioso— administrativos, de admitir la intervención de una Administración (actuando como poder público) como demandada, pese a no haber realizado la actividad impugnada.

Se evita además con esta tesis la división de la continencia de la causa que se puede producir de admitirse la legitimación de los ayuntamientos para interponer recurso en vía judicial contra el acto de gestión catastral y no en vía económico administrativa. Pues serían en tal caso dos las instancias revisoras y con intervención de diferentes personas y órganos o Administraciones las que podrían conocer en paralelo sobre el mismo acto, a instancia del ayuntamiento y del ciudadano, respectivamente, de modo que podría llegar a dictarse una sentencia confirmatoria del acto y una resolución económico administrativas que lo anulase, con vulneración del art. 213.3. LGT que prohíbe la revisión de los actos confirmados por sentencia judicial firme.

4. CONCLUSIÓN

En definitiva, aun cuando ello pueda reducir el ámbito de acceso a la Jurisdicción de los ayuntamientos, y puedan verse afectados en la recaudación del IBI que les corresponde sin posibilidad de intervención, se advierten razones para, en garantía de los titulares catastrales afectados, negarles legitimación para impugnar los actos de fijación de valor catastral por la Administración del Estado, pues es el legislador, en la distribución competencial que efectúa, el que ha decidido que la autonomía local no alcance a intervenir en la gestión catastral, diferenciando ambas esferas competenciales (formación del catastro y liquidación —y recaudación— de IBI). No obstante, si se consolidara definitivamente su posibilidad de acción en este ámbito, deberán en su impugnación, como ha confirmado la Jurisprudencia, acudir directamente a la vía contencioso-administrativa, previo en su caso el requerimiento del art. 44 LJCA, sin posibilidad de interponer reclamación económico-administrativa contra el valor catastral.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. *Manual de Administración Local*. Comares. 1998.
- JIMÉNEZ BLANCO, A; JIMÉNEZ BLANCO, G.; MAYOR, P.; OSOIRO, L. *Comentarios a la Constitución, La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- PÉREZ TORRES, E. *Legitimados e interesados en las reclamaciones económico-administrativas. Recurso de Alzada ordinario en materia tributaria. Comentarios a la Ley General Tributaria* (vols. I y II). Aranzadi, 2008.

APROXIMACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS. SU TRIBUTACIÓN

La vida está en constante evolución y con ella el derecho aplicable

Beatriz Alonso Segovia

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS. EL BLOCKCHAIN. 1.1. Introducción. 1.2. Funcionamiento. 1.3. Características. 1.4. Clases. 1.5. Minería. 1.6. Usos.—2. CRIPTOMONEDAS. EL BITCOIN. 2.1. Concepto, clases y características. 2.2. Monederos (*wallets*). 2.3. Adquisición y transmisión de criptomonedas. 2.4. Particularidades del bitcoin. 2.5. Prevención y regulación. 2.6. Naturaleza jurídica de las criptomonedas. 2.6.1. En España. 2.6.2. Unión Europea.—3. TRIBUTACION DE LAS CRIPTOMONEDAS EN ESPAÑA. 3.1. Minería (adquisición originaria). 3.1.1. Impuesto de actividades económicas (IAE). 3.1.2. Impuesto sobre el valor añadido. 3.1.3. IRPF/IS. 3.2. Titularidad de criptomonedas. 3.2.1. Personas físicas. 3.2.2. Personas jurídicas. 3.2.3. Presentación del modelo 720 (bienes y derechos en el extranjero). 3.3. Compraventa de criptomonedas. 3.3.1. Medio de pago. 3.3.2. Inversión. 3.3.3. Compraventa como actividad económica. 3.3.4. Compraventa de criptomonedas por particulares (fuera del ejercicio de actividad económica).—4. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. APROXIMACIÓN A LAS CRIPTOMONEDAS. EL BLOCKCHAIN

1.1. Introducción

Las criptomonedas son una de las muy variadas manifestaciones que abre la moderna tecnología denominada «Blockchain», también llamada «cadena de bloques», por lo que para conocer su funcionamiento resulta necesaria una aproximación, siquiera genérica, a la misma.

Blockchain permite, mediante la combinación de diversas tecnologías (P2P, criptografía, sellado...) que una pluralidad de dispositivos gestionen información de muy diverso tipo, compartiendo un registro, garantizándose así la inalterabilidad del mismo.

Se trata de una base de datos distribuida, operada por una pluralidad de participantes que constituyen una red (ie. del tipo P2P) que puede ser pública (abierta a todos) o privada (restringida a determinados usuarios), de modo que, en síntesis, determinados datos o información, relativa a un periodo temporal, queda incorporada a bloques sucesivos, cada uno de los cuales queda sellado mediante una huella hash (sellado de tiempo) que constituye a su vez, el primer paso del bloque siguiente y así sucesivamente, de modo que cada bloque queda enlazado de esta forma con el anterior, por lo que la modificación de uno de los bloques modifica toda la cadena, lo que puede ser comprobado por cualquiera de los usuarios de la red, garantizando, de esa forma, que el contenido no ha sido modificado.

Cada operación tiene una serie de claves con acceso restringido a los usuarios intervinientes en la transacción, pero esa operación se remite, simultáneamente, a todos los participantes en la red, que funcionan al mismo tiempo como copia de seguridad. Por eso, además de los intervinientes en la operación concreta de que se trate, la cadena de bloques exige, como requisito característico, la existencia de diversos participantes, denominados nodos, que se encarguen de verificar esas transacciones para validarlas, de modo que el bloque correspondiente a esa operación (en cada bloque hay un gran nú-

mero de datos u operaciones que puede ser variable tanto en su naturaleza a como en su extensión, según se defina por el programa de creación de la cadena de bloques) quede registrado. No existe un registro principal sino que todos los datos se comunican y quedan replicados en cada uno de los nodos del sistema. La cadena de bloques no se puede modificar, ya que queda sujeta a la verificación de la mitad más uno de los nodos del sistema, quedando invalidada en otro caso. De esta forma, la garantía de inalterabilidad se encuentra en la existencia de un registro distribuido y descentralizado.

1.2. Funcionamiento

Blockchain funciona de forma que cada bloque de una cadena tiene un triple contenido, de un lado, los datos o información referente a un periodo (que puede ser muy diversas, tanto de naturaleza como de dimensiones según el programa que define la cadena); de otro lado, la dirección criptográfica del bloque anterior (huella hash) y por último, un numero arbitrario único, es decir, que solo puede ser utilizado una sola vez (nonce), que se emite por los nodos como prueba de trabajo, generando un nuevo bloque, de modo que se autentica el bloque actual, cerrándolo, evitando que la información existente hasta ese momento pueda modificarse sin realizar todo el trabajo de nuevo, lo que resultaría prácticamente imposible como consecuencia de la pluralidad de participantes en el sistema de verificación.

De acuerdo con ello ya no es sólo que el registro esté distribuido, sino que además, junto a los datos de la operación, cuenta con una marca de tiempo y esa información es pública para todos los usuarios de la red, lo que significa que la cadena de bloques, aunque protege la privacidad de los concretos intervinientes en cada operación, y por tanto su anonimato, basado en una clave pública y otra privada, permite controlar la trazabilidad de las operaciones.

De esta manera la información contenida en cada bloque respeta, por una parte, la transparencia de las operaciones, pero al mismo tiempo, protege la identidad y privacidad de los datos contenidos en cada bloque.

Esto es, cuando se realiza una operación basada en blockchain los datos quedan registrados y protegidos en la cadena de bloques, de modo que todos los participantes puedan consultar la información sin poder modificarla, garantizando la transparencia del proceso y la confianza en el mismo pero, simultáneamente, aunque cualquier persona ajena a la transacción puede acceder a los «exploradores de bloques» y ver la información allí registrada, no puede conocer las personas que intervinieron en la operación u operaciones contenidas en cada bloque, cuya identidad queda protegida mediante el uso de claves criptográficas.

Así, los exploradores de bloques son instrumentos que permiten a los usuarios de esta tecnología consultar sus operadores y eventos en la cadena de bloques, existiendo exploradores para las correspondientes cadenas.

Los bloques pueden estructurarse de forma sucesiva, pero también de forma ramificada, utilizando para ello una estructura criptográfica de *hashes* llamada árbol Merkle, de modo que el *hash* de cada bloque de información se agrupa con otros en pares, generando un nuevo *hash*, hasta el punto que el ultimo *hash* permite seguir la operativa hasta la raíz del árbol o *hash* raíz que se registra en la dirección del bloque actual, reduciendo el espacio ocupado por cada bloque, de modo que cabe recorrer cualquier punto del árbol para verificar que los datos no han sido manipulados ya que si alguien manipula algún bloque de datos en la parte inferior del árbol, el *hash* de arriba no coincidirá.

1.3. Características

De acuerdo con lo expuesto, la cadena de bloques reúne las siguientes características:

- Seguridad. Este sistema no permite modificar o borrar nada, únicamente, se podrá añadir información, garantizando la trazabilidad o seguimiento de cada operación. Eso significa que una vez hecha la operación no se puede manipular el sistema, quedando garantizado mediante las múltiples copias de seguridad contenidas en los nodos participantes, de ahí su consideración como «registro distribuido», de modo que son los múltiples participantes en la red los que garantizan la veracidad de la información contenida en la misma, sin necesidad de un fedatario o entidad de verificación o control.
- Transparencia. El registro almacena las distintas operaciones realizadas, de modo que todos los participantes pueden consultar la existencia de la operación, pero no modificarla.
- Confianza. La descentralización y no disponer de un nodo central que acumule la información de las operaciones, hace que los intervinientes confíen en el sistema.
- Anonimato. Todas las operaciones están disponibles en la red, pero con una descripción alfanumérica, basada en el sistema de doble clave, pública y privada, garantizando el anonimato.
- Inmediatez. La operación se realiza inmediatamente minimizando el riesgo que generan otros sistemas en que las operaciones tardan días en ejecutarse (i.e., transferencias bancarias en que pago tarda varios días en ejecutarse, evitando riesgos de concursos de acreedores, fraudes, etc., durante el proceso de pago).
- Ahorro de costes y tiempo: La cadena de bloques evita duplicidades de registro, ya que existe un único registro, con independencia del número de intervinientes, por lo que reduce tanto el trabajo como el coste económico del mismo (en una operación normal si hay dos partes y un ente de verificación, cada uno de los tres deberá realizar el registro y control de la misma).

1.4. Clases

La cadena de bloques puede ser pública o sin permisos, en la que el acceso es público e ilimitado, de modo que no hay restricciones, ni para leer los datos de la cadena de bloques, ni para enviar datos para que sean incluidos en la cadena. Cualquiera que tenga un equipo y acceso a la red puede unirse a ella, tan solo tendrá que configurar su equipo en base a los criterios de la cadena de bloques a la que quiere unirse y acceder. En estos sistemas la información de la cadena es pública y puede ser consultada por agentes externos. En ellas es fácil entrar y salir, son transparentes, pero están construidas para salvaguardar el anonimato.

Son públicas Bitcoin, Ether, Augur, Tendermind o Litecoin.

La cadena de bloques privada o con permisos es aquella en que tanto el acceso a los datos de cada bloque como el envío de transacciones para su inclusión en los mismos están limitados a una lista predefinida de usuarios o participantes. En estos casos la cadena de bloques se define de forma consorciada, estableciendo una serie de normas o acuerdos entre un grupo concreto de participantes o miembros de modo que forme parte del contenido de la propia cadena de bloques.

Pueden citarse como tales Ripple Labs, Hyperledger, Tembusu, CryptoCorp o Tillit.

Finalmente debe citarse la existencia de redes híbridas, mezcla entre las públicas y las privadas, compartiendo características de ambas.

Llegado este punto ha de ponerse de manifiesto que la participación en la red requiere utilización de equipos y personas, lo que conlleva un importante coste económico, por ello, en las cadenas de bloques públicas, para incentivar dicha participación de modo que los usuarios mantengan el sistema, suele establecerse la generación de recompensas o tokens, que premian o retribuyen la creación de nuevos bloques sobre la base de pruebas de trabajo. Por el contrario las cadenas con permisos o privadas parten de un protocolo de consenso o acuerdo originario entre las mismas que es el que define el objeto de la cadena, por lo que se basa en la prueba de participación.

1.5. Minería

Surge así el concepto de «minería». El «minado» consiste en la realización de una serie de complejos cálculos basados en la resolución de algoritmos matemáticos, que constituyen prueba de trabajo con la que se cierra o sella cada bloque de la cadena.

En esa red los mineros reciben avisos de las nuevas transacciones y las reúnen en un nuevo bloque, pero lo hacen, además, compitiendo con otros mineros, porque el primero que logra crear un bloque válido y lo sella recibe el premio o *token* correspondiente por ese servicio. Cuando uno de los mineros resuelve el problema criptográfico que representan los cálculos para «sellar» un bloque, avisa a los demás, que comprueban que efectivamente es así y añaden ese bloque a la cadena de bloques completa que tienen en sus ordenadores, sincronizándose entre todos ellos, logrando la irreversibilidad de cadena y con ello de las operaciones incluidas en ella. En este proceso los bloques quedan registrados de forma permanente en esa cadena de bloques, y no pueden ser modificados sin que puedan alterarse los bloques que están enlazados con él, operación que además necesitaría que la mayoría de los nodos la validasen.

Como se ha dicho, este proceso requiere equipos y además, siendo acumulativo, cada vez más tiempo y electricidad, por lo que cada vez es más costoso, lo que lleva a los mineros a agruparse («*pools*» o «granjas» de minado que funcionan de modo análogo a una cooperativa), en lugar de trabajar individualmente («solo *mining*»), incrementando las probabilidades de éxito.

1.6. Usos

El concepto de registro distribuido, seguro y transparente, permite aplicaciones en muy diversos sectores. El más conocido se produce en el sector financiero, consistente en la generación de criptomonedas, a las que luego se hará especial referencia. Sin embargo, aunque es el más conocido, no es el único uso, ya que esta tecnología sirve para garantizar cualquier tipo de transacción, así, como ejemplos:

En el propio sector financiero, permitiendo realizar de forma rápida, segura y más barata, pagos directos entre usuarios, sin necesidad de una entidad intermediaria como es un banco o plataforma de pago.

En el sector del control de calidad y de logística, al permitir conocer la procedencia del producto (alimentos, medicamentos, joyas u objetos de valor, etc.), así como el se-

guimiento de sus movimientos y/o transformaciones a lo largo de una cadena de suministro o traslado, sin que nadie pueda manipular la información registrada. Para ello, en la cadena de bloques se conserva una representación digital del producto vinculada a un registro de todas las operaciones que le van afectando. De este modo se están comenzando a establecer sistemas que generan una suerte de «pasaporte» digital para cada producto que pruebe la autenticidad, calidad y origen del mismo o incluso certificados de calidad o de autenticidad, según el producto de que se trate.

En el comercio, cuando comprobada por geolocalización la llegada de la mercancía, se genera automáticamente la orden de pago, sin necesidad de intermediarios.

Es más, los datos que se pueden encriptar son tan variados, que más allá de las meras transacciones económicas o comerciales, el *blockchain* ya se está aplicando para generar los denominados contratos inteligentes o «smart contracts».

Los contratos tradicionales pueden ser verbales o escritos. Un contrato inteligente, en realidad sería un contrato escrito, pero en lenguaje informático, es decir, de forma codificada, de modo que los términos del mismo se concretan en códigos informáticos, incorporados a la cadena de bloques, pero va algo más allá en cuanto que el contrato se ejecuta y se hace cumplir por sí mismo, de manera autónoma y automática, sin intermediarios ni mediadores, sin posible «interpretación» o confusión, y ello mediante una suerte de silogismos (si se produce A pasa B, si se entrega la cosa, se entrega el precio). Se trata de un código visible por todos y que no se puede cambiar al existir sobre la tecnología *blockchain*, la cual le da ese carácter descentralizado, inmutable y transparente.

De esta forma, una vez que el código en el que se refleja el contrato se ha incorporado al registro distribuido, solo cabe esperar la llegada de los datos que alimenten las variables establecidas, procedentes de unas fuentes fiables. Si estas coinciden con el evento esperado, se genera el resultado previsto en el contrato y de ambos hechos queda una constancia «irreversible y permanente» en el registro.

Pensemos en el arrendamiento de un coche en que cumplidas las condiciones pactadas por el arrendador, se transmite al arrendatario el código que permite su funcionamiento y, de la misma forma, en caso de incumplimiento de las condiciones, se bloquea el uso del mismo, quedando todo ello registrado de forma irreversible y permanente, sirviendo como prueba del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones. O en un contrato de transporte aéreo que una vez se produce el retraso o cancelación de un vuelo se generarían automáticamente las indemnizaciones legales correspondientes ingresándose en la cuenta del titular del billete.

Es más, en el sector inmobiliario, podría establecerse que la entrega del precio produce la transmisión de la titularidad del bien, quedando registrada por lo que podría cuestionarse la intervención del notario o la existencia del registrador, toda vez que podría existir un registro permanente e irreversible de la transmisión respecto de cada inmueble, sin necesidad de intermediarios. De ahí que en países donde no existe el registro de la propiedad (Suecia, Brasil, Georgia y Dubai) se estén planteando proyectos gubernamentales, sobre esta tecnología, organizando los registros de propiedad de los inmuebles, funcionando de forma más eficiente, reduciendo costes y generar seguridad jurídica.

No obstante, es evidente que estos contratos pueden plantear problemas, ya que el bloqueo de la puerta de acceso en una vivienda, según nuestro ordenamiento jurídico puede constituir delito de coacciones y podrían plantearse conflictos con la protección del consumidor y los contratos de adhesión. Sin embargo, es indudable su implantación en cada vez más ámbitos.

Y es que Blockchain puede utilizarse no solo en las relaciones privadas, sino también en el ámbito público, como para establecer un sistema de voto seguro, de modo que cifradas las papeletas el recuento se haría en tiempo real y el resultado del voto quedaría almacenado en una cadena de bloques y los comprobantes de los votantes usarían números generados al azar, por lo que después de la elección cada votante podría comprobar on line con ese número y confirmar que su voto fue recibido y contado. Es una transacción visible pero privada, garantizando que si un voto fue manipulado todos lo estarán, detectando rápidamente el fraude (sistema de voto de Estonia). Igualmente, permitiría controlar el destino de los fondos públicos que quedaría en un registro contable común, evitando fraudes y garantizando que los recursos llegaran a sus destinatarios, o en el ámbito tributario, en el control aduanero y en el IVA al permitir conocer la procedencia y destino de las mercancías así como cuando y donde se han pagado los correspondientes impuestos, todo ello de forma automática, en tiempo real, reduciendo la carga burocrática.

2. CRIPTOMONEDAS. EL BITCOIN

2.1. Concepto, clases y características

Las monedas virtuales, también denominadas criptomonedas o criptodivisas, se definen como una representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda de curso legal, que no tiene la consideración de moneda o divisa, pero es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de pago y que puede transferirse, almacenarse o negociarse por medios electrónicos, tal y como resulta del artículo 1(1) de la Directiva de modificación de la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, conocida como 5.^a Directiva, que modifica el artículo 3.18 del actual texto, aprobada por el Parlamento Europeo el 19 de abril y por el Consejo de la Unión Europea el 14 de mayo de 2018, respectivamente.

De esta forma, frente a la moneda fiduciaria, emitida y controlada por un ente gubernamental, normalmente el Banco Central correspondiente, las criptomonedas se generan mediante la tecnología blockchain, por lo que su control es totalmente descentralizado. La consecuencia clara es que no dependen de ningún país o gobierno, pero tampoco de ninguna compañía privada o individuo concreto, garantizando el anonimato de su titular.

La primera manifestación de Blockchain fue precisamente una criptomoneda, la más conocida, el bitcoin, atribuida al desarrollador(es) que opera bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto, datándose el nacimiento del bitcoin el 3 de marzo de 2009, momento en que se generaron los primeros 50 bitcoins (BTC), configurándose como una divisa virtual de «de flujo bidireccional», en cuanto que sus usuarios pueden comprarla o venderla con arreglo al tipo de cambio existente en cada momento.

Sin embargo, cuando se habla de criptomonedas no sólo se hacer referencia al Bitcoin, sino a toda moneda virtual, las cuales tienen como característica principal su respaldo en la tecnología blockchain, apareciendo, desde la creación del bitcoin muchas otras monedas virtuales, con diferentes características y protocolos, como ether, litecoin, ripple, dogecoin, peercoin o friecoin, denominadas, por contraposición al bitcoin, *altcoins*.

En 2018 existían más de 1.600 criptomonedas, siendo el bitcoin la más conocida y con el mayor volumen de negociación total, seguida por el ether, que opera sobre la plataforma Ethereum, que, a diferencia de Bitcoin, que solo permite la creación de bitcoins, es una plataforma abierta sobre la que se pueden desarrollar múltiples aplicaciones, distintas de la simple transacción de monedas virtuales, permitiendo el uso y registro de transacciones derivadas de contratos inteligentes.

Las criptomonedas o divisas virtuales se distinguen del dinero electrónico, tal como lo define la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, en que el dinero electrónico, en realidad, es un mero mecanismo de transferencia digital de moneda, en el existe una base legal para su relación con el dinero tradicional y se expresa en la correspondiente moneda, mientras que en el caso de las divisas virtuales los fondos no se expresan en la unidad de cuenta tradicional, por ejemplo, en euros, ni tienen ninguna relación con ella, sino que se refieren a una unidad de cuenta virtual, como el «Bitcoin».

El Banco Central Europeo, desde un informe de 29 de octubre de 2012 sobre las monedas virtuales, define las mismas como una unidad de valor digital que puede ser intercambiada electrónicamente, no emitida por ninguna autoridad bancaria central, institución de crédito o emisor de dinero electrónico reconocido, no está regulada y su creación y seguimiento se hace mediante una red de ordenadores utilizando complejas fórmulas matemáticas y no a través de una única autoridad u organización, sino que se emite y verifica por sus usuarios y aceptada por los miembros de una comunidad virtual concreta, definición que viene a reproducir en otro informe posterior, de febrero de 2015.

Por ello, el Banco Central rechaza que las criptomonedas sean realmente «moneda», ya que carecen de respaldo, en cuanto no se emiten por una autoridad pública central, y no son un medio de pago de aceptación general, por lo que solo puede usarse entre aquellos que lo acepten voluntariamente.

Las monedas virtuales pueden utilizarse frecuentemente como medio de pago, pero también pueden utilizarse con otros fines tales como medios de cambio, inversión, productos de reserva de valor o uso en los casinos en línea, entre los más característicos.

De acuerdo con ello, las criptomonedas se consideran divisas virtuales no reguladas, siendo sus características fundamentales su carácter descentralizado y su voluntariedad, de ahí que ningún ciudadano esté obligado a utilizarlas, de modo que su éxito depende de la confianza de sus usuarios, por lo que su valor depende de la oferta y la demanda dada por las plataformas de intercambio, considerándose por lo que se considera un activo especulativo de alta volatilidad (en diciembre de 2016 la cotización del BTC era de 790,22 dólares, alcanzando el 17 de diciembre de 2017 un valor de 19.535,70 dólares, incrementándose el 2.472%. Sin embargo, su valor de cotización a 30 de mayo de 2018 era de 7.367,09 dólares, un 37,71% de su cotización máxima).

Como no existe papel, ni control centralizado, el problema que planteaba inicialmente la creación de monedas virtuales era el de evitar el doble gasto, lo que queda resuelto mediante su incorporación a la cadena de bloques, que opera como un gran libro de contabilidad, permitiendo reflejar las transacciones económicas de la criptodivisa, de modo que solo sea posible una transacción por unidad, que será conocida por todos los usuarios, y además evita el problema del dinero falso.

Para ello, el seguimiento se puede realizar desde los nodos (ordenadores que contienen la cadena completa), si bien, actualmente existen decenas de exploradores para las diversas blockchains, entre los que podemos nombrar Blockchain.info, BlockExplorer, BlockTrail, BlockCypher y muchos más para Bitcoin; EtherScan, EtherChain y otros para Ethereum, así como muchos otros para cada blockchain existente. Sin importar la blockchain que exploren, casi todos muestran datos similares, aunque puedan ser diferentes en apariencia.

Además, las criptomonedas son sistemas no tanto anónimos sino seudónimos, es decir, la criptomoneda dentro de una cartera no está vinculada a personas, sino a una o más claves específicas. Por lo tanto, los usuarios de los bitcoins no son identificables, pero todas las transacciones constan públicamente en la cadena de bloques. El sistema de la divisa virtual permite que los usuarios que dispongan de direcciones correspondientes posean y transfieran anónimamente dentro de la red cantidades variables. Por ejemplo, las direcciones «Bitcoin» podrían compararse con los números de cuenta bancaria.

De acuerdo con todo ello, una criptomoneda se suele definir como un sistema que cumple las siguientes condiciones (Jan Lansky):

1. El sistema no necesita una autoridad central. Así, su estado es mantenido a través de un consenso distribuido (registro distribuido).
2. El sistema mantiene todas las unidades y su propietario.
3. El sistema define si se pueden crear nuevas unidades. En este caso, el sistema debe definir las circunstancias de su origen y cómo determinar el propietario de las nuevas unidades.
4. Sólo se puede asegurar la propiedad de una unidad a un usuario de manera criptográfica.
5. El sistema permite las transacciones de unidades, en las cuales se cambia el propietario de dichas unidades. Una transacción solo puede ser efectuada si se puede probar el actual propietario de estas unidades.
6. Si se efectúan dos transacciones sobre las mismas unidades, el sistema solo ejecuta una de ellas.

2.2. Monederos (*wallets*)

Como consecuencia de la criptografía, la moneda virtual se refleja en una clave alfanumérica encriptada, por lo que para facilitar su utilización aparecen los denominados «monederos», que son programas que permiten al dueño de los fondos manejarlos con más facilidad. Se pueden generar tantos monederos como se quiera y suelen ser gratuitos y anónimos.

De esta manera, en el sistema de criptomonedas, las cuentas corrientes bancarias quedan sustituidas por estos «monederos», consistentes en un par clave pública/clave privada, de modo que la clave o dirección pública identifica públicamente el monedero y sirve para que nos puedan enviar dinero, mientras que la clave privada es la que se usa para firmar las operaciones verificando su autenticidad y es la que permite acceder a los fondos o realizar envíos a otro usuario. La mayoría de aplicaciones Bitcoin se aseguran de mantener la clave privada protegida bajo contraseña (cifrada). En la mayor parte de monederos o carteras electrónicas se genera una abstracción de la clave privada en forma de doce o más palabras, llamada semilla o respaldo que debe ser recordada por el usuario con el fin de poder acceder a su monedero.

Los monederos se pueden generar cuando se instala una aplicación Bitcoin o de otra criptomoneda en el ordenador o dispositivo móvil, y no tienen asociada ninguna información personal, con lo que son totalmente anónimos. Es decir, salvo reconocimiento del titular, nadie puede saber a quien pertenece un determinado monedero.

Existen varios tipos de monederos según su seguridad y funcionalidad, pero realmente las criptomonedas no están almacenados en sus monederos sino en la blockchain que está respaldada por miles de nodos.

Pueden distinguirse diversos *wallets*, especialmente respecto de bitcoins, que es la criptomoneda más usual:

- Clientes bitcoin, que son los originales de Bitcoin, para los que debe descargarse en el equipo toda la *blockchain* (más de 124 GB a la fecha), por lo que se denominan nodos completos, exigiendo mucha capacidad, pero a cambio la confianza, privacidad y la descentralización aumentan. Son los que utilizan los mineros que forman parte de la red principal y la mantienen. El más popular es Bitcoin Core.
- Carteras móviles. Son aplicaciones ligeras diseñadas para móviles o tablets y requieren pocos recursos en el dispositivo. Ofrecen fundamentalmente la generación de claves públicas, resguardo de la llave privada en el *software*, el respaldo para su recuperación y, por supuesto enviar y recibir fondos. Dos de las más utilizadas son Mycelium y Breadwallet.
- Carteras de escritorio. Son programas que se instalan en PC o portátiles, con las mismas opciones que las anteriores más algunas adicionales según el proveedor y al igual que las móviles se consideran monederos calientes al anotar las llaves públicas y privadas en un soporte físico que puede ser un papel diseñado que incluya un código operar en red. Dos de ellas son Sipay y BitGo.
- Carteras de *hardware*. Son pequeños dispositivos físicos, semejantes a un pendrive, especialmente diseñados para almacenar bitcoins de forma segura. Son monederos fríos, es decir, no conectados a la red, por lo que se elimina el riesgo de virus. Suelen ser de pago, como Trezor, Ledger o KeepKey.
- Carteras *on line*. Son servicios prestados por un tercero, que se hace responsable de la validación de los fondos, de las claves privadas o de ambos. Permite utilizar los bitcoins desde cualquier dispositivo y tener respaldos automáticos, ya que es común perder la llave privada y quedarse sin acceso. Sin embargo, con esta opción los bitcoins suelen estar fuera de nuestro control y son susceptibles a todo lo que puede ocurrirles en el mundo on line desde las estafas o hackeos. Blockchain.info y MyEtherWallet son dos de las carteras o line más utilizadas.
- Carteras de papel. Se trata de anotar las llaves públicas y privadas en un soporte físico que puede ser un papel diseñado que incluya un código QR (i.e., Bitaddress) como una placa de metal o cualquier soporte en que se grabe lo mismo. Permite recibir bitcoins de forma ilimitada, pero para gastarlos es necesario acudir a alguno de los monederos anteriores.

2.3. Adquisición y transmisión de criptomonedas

Existen distintas formas de conseguir bitcoins o criptomonedas, la primera y originaria es minar, a la que ya se ha hecho referencia, obteniéndose como recompensa por resolver una serie de algoritmos matemáticos al validar las operaciones y cerrar los bloques. Pero también existen otras formas:

- Compraventa directa entre personas que así lo acuerdan. Ello es posible por la descentralización de la red que permite a cualquier interesado comprar y vender criptomonedas directamente con quienes haya decidido concretar la transmisión. Para ello, los interesados deberán poseer sus respectivos monederos y cuentas bancarias en caso de intercambio de las mismas por dinero fiduciario.
- A través de plataformas, casas de cambio o exchanges (Kraken, Coinbase, Local Bitcoins, Bitstamp, entre otras), siendo el sistema más utilizado actualmente. Se trata de empresas on line especializadas en la compra de bitcoins, y a través de las mismas se pueden cambiar bitcoins por otras criptomonedas o por dinero fiduciario, debiendo el usuario registrarse en el sitio web de la casa correspondiente.
- Cajeros automáticos, que así lo permitan. Así diversas empresas han instalado en algunos países cajeros automáticos para la compraventa de bitcoins, que según el tipo de cajero permitirá comprar criptomonedas a cambio de dinero en efectivo o venderlas.
- No obstante, también pueden obtenerse de otras formas como comisión a cambio de servicios, a través de juegos, por trabajos a cambio de micropagos en criptomonedas, visitando determinadas páginas de internet o resolviendo «*captcha*».

2.4. Particularidades del bitcoin

Bitcoin nace en una red abierta, que usa el conjunto de funciones criptográficas SHA-2(exactamente el SHA-256) y opera bajo un sistema de prueba de trabajo, realizada por los mineros, consistente en la resolución de problemas basados en criptografía, de modo que se controla tanto la creación de unidades como la verificación de la transferencia de activos, asegurando la integridad y seguridad de los datos. En Bitcoin cada bloque tiene un tamaño fijo de 1 MB.

La recompensa para los mineros, en principio era de 50 BTC por bloque minado. Sin embargo esta retribución es decreciente ya que cada 210.000 bloques minados se disminuye la recompensa, de modo que en el 2012, se redujo a 25 BTC y en julio de 2016 a 12,5 por bloque minado y así sucesivamente hasta llegar al límite de emisión, fijado en 21 millones de BTC, al que está calculado llegar hacia 2024. Por ello, a la larga, la recompensa por el minado provendrá únicamente de las comisiones por transacción pagadas por los usuarios, alrededor de 1 BTC por bloque.

Según distintos cálculos, el minado de bitcoins empieza a ser rentable a partir de un bitcoin por encima de 4.000 o 5.000 dólares, franja que ha quedado atrás. A esto se le une que en 2020 la remuneración por minado se reducirá a la mitad. En ese momento, en función de cómo cotice el Bitcoin, se verá si es rentable o no continuar con esta actividad que conlleva unos importantes costes, sobre todo por el altísimo consumo de electricidad.

2.5. Prevención y regulación

El hecho de que la identidad del titular de las criptomonedas se mantenga oculto, hace posible la utilización de las mismas para actividades ilegales, como el terrorismo o el narcotráfico, unido a la imposibilidad correlativa de los gobiernos de establecer polí-

ticas impositivas para el control de las transacciones realizadas a través de dicho medio, favoreciendo el fraude fiscal.

Por ello, es muy probable que la regulación fiscal de las monedas virtuales siga, el camino marcado por la normativa de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales. La modificación de la 4.^a Directiva comunitaria antiblanqueo (5.^a Directiva) ha puesto su punto de mira en los intermediarios, de modo que la identificación de los usuarios de monedas virtuales recaerá, al menos de momento, en los proveedores de servicios de cambio y de servicios de monedero (*wallet providers*).

Según la exposición de motivos de esta directiva, «los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias (es decir, las monedas y billetes de designados como medio legal y el dinero electrónico de un país aceptado como medio de cambio en el país expedidor), así como los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos no están obligados por la Unión a detectar actividades sospechosas. Por tanto, los grupos terroristas pueden ser capaces de transferir dinero hacia el sistema financiero de la Unión o dentro de las redes de monedas virtuales ocultando transferencias o gozando de cierto grado de anonimato en esas plataformas. Resulta por lo tanto esencial ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2015/849 para incluir en él a los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias así como a los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos. A los efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, las autoridades competentes deben estar facultadas, a través de las entidades obligadas, para vigilar el uso de las monedas virtuales. Dicha vigilancia aportaría un enfoque equilibrado y proporcionado que salvaguarde los avances técnicos y el alto grado de transparencia logrado en el ámbito de la financiación alternativa y el emprendimiento social. El anonimato de las monedas virtuales permite su posible uso indebido con fines delictivos. La inclusión de los proveedores de servicios de cambio de monedas virtuales por monedas fiduciarias y de los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos no resolverá totalmente la cuestión del anonimato asociado a las transacciones con monedas virtuales, al mantenerse el anonimato en gran parte del entorno de la moneda virtual, puesto que los usuarios pueden llevar a cabo transacciones al margen de tales proveedores de servicios. Para combatir los riesgos relacionados con ese anonimato, las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) nacionales deben poder obtener informaciones que les permitan asociar las direcciones de las monedas virtuales a la identidad del propietario de la moneda virtual. Además, debe analizarse más a fondo la posibilidad de que los usuarios efectúen, con carácter voluntario, una autodeclaración a las autoridades designadas».

Por ello, la novedad más esperada es la inclusión en el listado de sujetos obligados al cumplimiento de la normativa en este ámbito de los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual en moneda fiduciaria, así como de los proveedores de servicios de custodia de monederos electrónicos, ya que son los intermediarios más característicos. Se pretende que estos operadores comuniquen las operaciones sospechosas, además de restringir parcialmente el anonimato que permiten las criptomonedas. Otra medida en relación con estos sujetos es la obligación de que estén registrados, aunque no se especifica en qué tipo de registro ni los términos y condiciones del mismo.

Por ello, teniendo en cuenta que la 5.^a Directiva deberá ser traspuesta por los Estados miembros en el plazo de dieciocho meses desde su entrada en vigor (esto es, no más tarde del 9 de julio de 2019), las normativas tributarias nacionales deberán adaptarse, incluyendo la obligación del intermediario de informar de todas las operaciones que se

realicen con monedas virtuales o del importe de monedas virtuales «depositado» en los monederos virtuales de los clientes.

Así, en el plano interno español, el ámbito subjetivo y objetivo de algunas de las obligaciones informativas que recoge el Reglamento General de las Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria, aprobado mediante Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGIT) —modelos 347, 191 y 291, entre otros—, podría ser modificado, de modo que los intermediarios anteriormente mencionados pasen a tener la obligación de comunicar información en los términos expuestos.

En un futuro, estas obligaciones podrían ampliarse, por ejemplo, a comerciantes que acepten monedas virtuales y que realicen transacciones por encima de una determinada cantidad (como sucede ahora con los comerciantes, que deben identificar al cliente cuando reciban pagos en efectivo por importe igual o superior a 10.000 euros).

2.6. Naturaleza jurídica de las criptomonedas

Una vez las criptomonedas, y en particular el Bitcoin, aparecen en el mercado, surge la duda sobre su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de bienes corporales o medios de pago. La diferencia es evidente, pensemos que un intercambio de bienes por criptomonedas, en el primer supuesto se consideraría permuta, mientras que en el segundo sería compraventa.

2.6.1. En España

El ICAC considera en su consulta de 5 de marzo de 2014 (referencia rnr/38-14) que las monedas virtuales son inmovilizados intangibles en la medida en que cumplan con los requisitos de la NRV 5.^a del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2017, de 16 de noviembre (PGC). Su consideración como inmovilizado o existencia vendrá determinada por la función que cumplan en relación con su participación en la actividad ordinaria de la empresa. Es decir, si estas se destinan a la venta en el curso ordinario de las operaciones de su poseedor, serán consideradas existencias, aplicando la NRV 10.^a del PGC; en caso contrario, serán consideradas inmovilizado y se aplicará la NRV 5.^a del PGC.

Desde otro punto de vista, en nuestro país, las criptomonedas se reconocen como medio legal de pago desde las consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos V1028-15 y V1029-15, ambas de 30 de marzo de 2015, seguidas por la V2846-15, de 1 de octubre de 2015, según las cuales las monedas virtuales, al actuar como medio de pago, deben ser clasificadas en el ámbito de las operaciones financieras y, por tanto, quedar sujetas y exentas del impuesto sobre el valor añadido (IVA).

Estas consultas tienen una enorme trascendencia, al adoptar el criterio que venía aplicándose en otros países como Alemania, Francia o Reino Unido que ya habían declarando la exención de este tipo de transacciones y aproximando su naturaleza jurídica a los medios de pago, en lugar de limitarse a tratarlo como un bien o una mercancía, como hasta ahora se había tratado en España.

La Dirección General de Tributos (en adelante DGT) parte en dichas consultas de la sentencia Granton Advertising del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que resuelve una cuestión prejudicial en materia de IVA con relación a las operaciones

de venta de tarjetas de descuento (tarjetas Granton) realizadas por Granton Advertising SV.

Las tarjetas Granton eran vendidas a los consumidores, confiriéndoles el derecho de adquisición o la prestación de bienes y servicios en condiciones privilegiadas en comercios y empresas adheridas a Granton Advertising (hoteles, restaurantes, cines, etc.). Dichas tarjetas eran transmisibles (al portador), aunque no podrían canjearse por dinero o bienes.

Con estos antecedentes se plantea al TJUE si dichas tarjetas pueden estar comprendidas en los conceptos «demás-títulos-valores» u «otros efectos comerciales» a los efectos de la exención del IVA de los números 5 y 3 del artículo 13, parte B, letra d) de la Sexta Directiva, concluyendo el Tribunal que un descuento de precios, que en su funcionamiento no implica ninguna transferencia de dinero, no constituye en sí mismo un medio de pagos a estos efectos, y por tanto no se le puede aplicar la exención de la Directiva.

Por tanto, la DGT considera que de dicha sentencia se concluye que el concepto «otros efectos comerciales» al que se refiere la exención del artículo 135.1.d) de la Directiva del IVA está estrechamente ligado a instrumentos de pago que permiten la transferencia de dinero y que, como tales, dichas operaciones financieras deben quedar, por tanto, exentas del impuesto sobre el valor añadido, concluyendo que «las monedas virtuales como Bitcoin, a diferencia de las tarjetas Granton, sí que actúan como medio de pago, y por tanto deben de entenderse incluidas en el concepto “otros efectos comerciales”, quedando, pues, las transmisiones de Bitcoin sujetas y exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido».

2.6.2. Unión Europea

En ese mismo año, pero algunos meses después, la Unión Europea se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, considerando las criptomonedas como un medio de pago en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 2015, Asunto C-264/14 (Skatteverket/David Hedqvist), resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia sobre operaciones de cambio entre divisas tradicionales y Bitcoin a través de una sociedad, por cuya intervención recibiría una contrapartida equivalente al margen incluido por ella en el cálculo de los tipos de cambio a los que estaría dispuesta a vender y comprar las divisas en cuestión.

Son dos las cuestiones planteadas, ambas con relación a la aplicación de la Directiva del IVA, en primer lugar, si los Bitcoins deben considerarse un «bien corporal» o un «medio de pago», a efectos de considerar una transacción de los mismos como entrega de bienes o prestación de servicios, y si de considerarse servicios pueden considerarse onerosos a efectos de la sujeción al impuesto y, en segundo lugar si los bitcoins pueden considerarse «medios legales de pago» a los efectos de la exención del art. 135.1.e) de dicha directiva, que en principio se restringe a los billetes de banco y monedas.

Sobre la primera de dichas cuestiones, el tribunal manifiesta que el «Bitcoin», que se intercambiará por divisas tradicionales en las operaciones de cambio, no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del IVA, puesto que, no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago, del mismo modo que ocurre con las divisas tradicionales (STJUE First National Bank of Chicago, C172/96, EU:C:1998:354, apartado 25). En consecuencia, las operaciones controvertidas en el litigio principal, que consisten en un intercambio de distintos medios de pago, no están

comprendidas en el concepto de «entrega de bienes» definido en el artículo 14 de la Directiva. Por lo tanto, estas operaciones constituyen prestaciones de servicios, en el sentido del artículo 24 de la Directiva del IVA.

Por lo que respecta, al carácter oneroso de la prestación de servicios, el tribunal recuerda que una prestación de servicios sólo se efectúa «a título oneroso», en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva del IVA, y, por consiguiente, sólo está sujeta al IVA, si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo (sentencias *Loyalty Management UK* y *Baxi Group*, C53/09 y C55/09, EU:C:2010:590, apartado 51 y jurisprudencia citada, y *Serebryannay vek*, C283/12, EU:C:2013:599, apartado 37). Tal relación directa se establece cuando existe, entre quien efectúa la prestación y su destinatario, una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario (sentencia *Le Rayon d'Or*, C151/13, EU:C:2014:185, apartado 29 y jurisprudencia citada). Pero también que dicho tribunal ya ha declarado que, para determinar el carácter oneroso de una prestación de servicios, es irrelevante que tal retribución no revista la forma de abono de una comisión o de pago de gastos específicos (sentencia *First National Bank of Chicago*, C172/96, EU:C:1998:354, apartado 33). Por ello, concluye que las operaciones controvertidas constituyen prestaciones de servicios a título oneroso, en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva del IVA.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, al ser la divisa virtual «bitcoin» un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro. Por otra parte, a diferencia de los créditos, cheques y otros efectos comerciales mencionados en el artículo 135, apartado 1, letra d), de la Directiva del IVA, constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan.

Las operaciones relativas a divisas no tradicionales, es decir, a divisas distintas a las monedas que son medios legales de pago en uno o varios países, constituyen operaciones financieras siempre que tales divisas hayan sido aceptadas por las partes de una transacción como medio de pago alternativo a los medios legales de pago y no tengan ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago. Además, se alegaba en esencia por el demandante en la vista, en el caso concreto de las operaciones de cambio, las dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible pueden ser idénticas tanto si se trata de un intercambio de divisas tradicionales, en principio exento en virtud del artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA, como de un intercambio, en uno u otro sentido, de tales divisas por divisas virtuales de flujo bidireccional que, sin ser medios legales de pago, constituyen un medio de pago aceptado por las partes en una transacción. De acuerdo con ello, del contexto y de la finalidad de dicho artículo 135, apartado 1, letra e), se deduce que interpretar esta disposición en el sentido de que se refiere únicamente a las operaciones relativas a las divisas tradicionales equivaldría a privarla de una parte de sus efectos.

En el litigio principal, consta que la divisa virtual «Bitcoin» no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago y que ciertos operadores la aceptan como tal. En consecuencia, el Tribunal concluye que el artículo 135, apartado 1, letra e), de la Directiva del IVA se refiere igualmente a unas prestaciones de servicios como las controvertidas en el litigio principal, consistentes en un intercambio de divisas tradicionales por unidades de la divisa virtual «Bitcoin», y viceversa, y realizadas a cambio del pago de un importe equivalente al margen constituido por la diferencia entre, por una parte, el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y, por otra, el precio al que las venda a sus clientes.

Por ello, el Tribunal concluye que el artículo 135, apartado 1, letras d) y f), de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que tales prestaciones de servicios no están incluidas en el ámbito de aplicación de dichas disposiciones, por lo que rechaza su consideración como efectos comerciales, pero mantiene la exención, en el ámbito de la letra e), de dicha directiva, configurándose como auténticas divisas.

Este criterio del TJUE ha sido acogido por la DGT, como no podría ser de otra forma, por ejemplo, en la consulta V2670/18, de 2 de octubre de 2018.

3. TRIBUTACION DE LAS CRIPTOMONEDAS EN ESPAÑA

Una vez aclarado qué es una criptomoneda, no cabe duda de que las mismas son manifestaciones de riqueza sujetas a tributación, que en nuestro ordenamiento, y de acuerdo con las diversas consultas emitidas por la Dirección General de Tributos, puede sintetizarse en los siguientes términos:

3.1. Minería (adquisición originaria)

3.1.1. Impuesto de actividades económicas (IAE)

Las operaciones de minado, en los términos anteriormente descritos, implican ordenación por cuenta propia de medios de producción y recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, por lo que se trata de una actividad incluida en el hecho imponible del IAE (art. 79 TRLHLL), y por tanto, es una actividad sujeta a este impuesto.

Sin embargo, dada la novedad de esta actividad, la misma no está contemplada en las tarifas, por lo que la DGT la incardina en el epígrafe 831.9 de la sección primera relativo a «otros servicios financieros», pues, como se ha expuesto, las criptomonedas se consideran un medio de pago.

3.1.2. Impuesto sobre el valor añadido

Pese a que el minado se considera actividad económica, la actividad de estas empresas se considera NO sujeta a IVA, ya que no existe relación directa entre la actividad desarrollada y la contraprestación recibida, toda vez que las nuevas criptomonedas se generan automáticamente por la red, al primero que resuelve el algoritmo, y no como retribución directa de su trabajo. Siendo este uno de los criterios exigidos por el TJUE para considerar si una operación se efectúa a título oneroso, y por tanto sujeta al impuesto entre otras en sus sentencias de 5 de febrero de 1981 Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats, Asunto C-154/1980 y de 3 de marzo de 1994 R.J. Tolsma, Asunto C-16/1993 concluye, en la consulta vinculante V3625-16, de 31 de agosto de 2016 (relativa a minado de Bitcoins), que la actividad de minado queda excluida de la sujeción al IVA, lo que reproduce en la V1748-18, de 18 de junio de 2018 y la V2670/18, de 2 de octubre de 2018 (ésta relativa a minado de Ethers).

Al tratarse de una actividad no sujeta a IVA, la consecuencia es que no existe derecho a la deducción de las cuotas de IVA soportadas para la realización de dicha actividad, como indican dichas consultas.

No obstante, como señala la CV2034-18, de 9 de julio de 2018, ello no impide que otras actividades que puede realizar la sociedad como el asesoramiento, investigación en redes «blockchain» dichos servicios estarán sujetos al IVA siempre que los mismos se entiendan realizados en el territorio de aplicación del impuesto, debiendo tributar al tipo general.

3.1.3. IRPF/IS

Los ingresos deben declararse en el IRPF (como actividad empresarial) o en el IS, según se trate de personas físicas o jurídicas, con deducción de los gastos necesarios de la actividad. Teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad de minado lo normal es que la misma se desarrolle por personas jurídicas, y tratándose de una actividad económica se aplican las reglas generales de dicho impuesto.

3.2. Titularidad de criptomonedas

Se distingue, según se trate, de personas físicas o jurídicas.

3.2.1. Personas físicas

Tratándose de personas físicas, la titularidad de criptomonedas, en cuanto que estas constituyen un bien o derecho de contenido económico, está sujeta al Impuesto sobre el Patrimonio, debiendo declararse las mismas junto con el resto de los bienes, de la misma forma que se haría con un capital en divisas, siempre que el contribuyente esté obligado a presentar declaración por este impuesto, de conformidad con la normativa correspondiente de cada Comunidad Autónoma.

Dado que este impuesto grava la titularidad de bienes y derechos por parte de las personas físicas al 31 de diciembre de cada año, si el contribuyente tuviera obligación de presentar la declaración, deberá incluir el valor de la correspondiente criptomoneda determinado en el momento del devengo del impuesto, es decir, al cierre del mercado de ese día (DGT CV 0250/2018 y 0590/18). Lo que es especialmente relevante en estos casos, dada su alta volatilidad, por lo que su valor puede variar enormemente de un día a otro.

3.2.2. Personas jurídicas

Tratándose de personas jurídicas, figurarán en contabilidad y tributarán de acuerdo con las reglas generales del impuesto de sociedades.

3.2.3. Presentación del modelo 720 (bienes y derechos en el extranjero)

Esta declaración informativa se presenta por los bienes y derechos en el extranjero que superen los 50.000 euros. Como las criptomonedas están descentralizadas, el dinero

está en un monedero virtual sin ubicación geográfica concreta, por lo que se discute si procede la presentación de dicho modelo.

Algunos entienden que no procede porque la DGT viene equiparando estos activos a los efectos comerciales resultando que la V0858-15, de 18 de marzo, establece que los cheques (que son un efecto comercial) no deben declararse en el modelo 720. Sin embargo, como se ha expuesto, este no es el criterio seguido por el TJUE, ni tampoco actualmente por la propia DGT, por lo que dicho argumento no puede sostenerse.

Sin embargo, desde otro punto de vista, las criptomonedas no están incluidas entre los bienes y derechos sujetos a dicha declaración en la disposición adicional 18.^a LGT, por lo que podría justificarse su no presentación y en cualquier caso, podría acudir a la duda razonable para eludir las sanciones, al menos hasta que la AEAT se pronuncie expresamente sobre esta cuestión, sin perjuicio de que la posible modificación legal para introducir las criptomonedas en esta declaración sea una de las posibles medidas «anti-blanqueo» de posible implementación.

3.3. Compraventa de criptomonedas

En este ámbito hay que hacer diversas distinciones. La primera, según la criptomoneda se utilice como medio de pago o como bien de inversión. La segunda, según la operación constituya o no una actividad económica. Un supuesto especial es el intercambio de criptomonedas.

3.3.1. Medio de pago

Como se ha expuesto, ya ha quedado reconocido plenamente en nuestro ámbito jurídico que las criptomonedas, pueden utilizarse como medio de pago, es decir, para la adquisición de bienes de servicio, de forma análoga a la moneda fiduciaria, por ello, existirá IVA en la entrega del bien o servicio, pero la correlativa entrega de criptomonedas en contraprestación o pago, está sujeta pero exenta de IVA, del mismo modo que lo está la entrega de euros.

Así lo confirma la DGT en la consulta V2846-15 al clasificar el bitcoin como una moneda virtual que actúa «*como un medio de pago*». Por tanto la compra y venta de bitcoins a cambio de euros está sujeta y exenta de IVA (art. 20.1.18.º LIVA).

Asimismo, la entrega de criptomonedas está exenta en el Impuesto de Transmisiones patrimoniales toda vez que dicho impuesto considera exentas las entregas de dinero para pagar bienes o servicios profesionales.

3.3.2. Inversión

Las criptomonedas pueden también adquirirse como inversión. En estos casos, la tenencia de criptomonedas se declara y tributa en los términos señalados respecto de la titularidad.

En el caso de que se vendan, la operación produce una alteración en el patrimonio del contribuyente que puede dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial.

3.3.2.1. IRPF

Tratándose de personas físicas, la ganancia o pérdida patrimonial se declara en el IRPF. El cálculo se realiza por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición, excluyendo los gastos generados por la operación como pueden ser las comisiones.

La cuestión es si dicha ganancia patrimonial debería computarse dentro de la base imponible del ahorro (en cuyo caso tributaría a tipos de gravamen entre el 19% y el 23%) o en la general (en cuyo caso, tributaría bajo la tarifa general, con tipos hasta el 45% o incluso superiores, dependiendo de la Comunidad Autónoma de referencia). La respuesta, en general, es que dado que estas ganancias se ponen de manifiesto como consecuencia de la transmisión de activos, las mismas deberán considerarse como «rentas del ahorro» (art. 46. b de la Ley del IRPF).

3.3.2.2. Impuesto de sociedades

Si la compraventa de criptomonedas la realiza una persona jurídica, las ganancias valoradas en los términos señalados (diferencia entre el valor de adquisición y venta) se declaran en el Impuesto de Sociedades, tributando al tipo que corresponda al tipo de sociedad.

Si en la operación se produjeron pérdidas, incluidas el robo, se pueden compensar con otras ganancias patrimoniales del ejercicio o rendimientos del capital mobiliario hasta el 25% de su valor, y si no hay opción a compensarlas se podrán compensar durante los próximos cuatro años.

En estos casos, la DGT (Consulta Vinculante V1979-15, de 25 de junio de 2015) ha señalado que (i) dicho robo debe considerarse una pérdida patrimonial; (ii) que la pérdida formará parte de la base imponible general (si bien solo podrá compensarse contra un porcentaje máximo del resto de rentas (trabajo, capital inmobiliario, etc.) de esta base); y (iii) que la imputación de la pérdida solo podrá hacerse cuando la misma devenga judicialmente incobrable, o, en su caso, se produzca una quita en un concurso de acreedores o haya pasado un año desde la reclamación judicial.

3.3.2.3. Intercambio de criptomonedas distintas

La CV 0999-18 en un supuesto en que el consultante, al margen de su actividad económica adquiere como inversión monedas virtuales que posteriormente intercambió por otras monedas virtuales diferentes, aclara cómo tributa el intercambio entre criptomonedas diferentes (en IRPF) señalando que «*el intercambio entre monedas virtuales diferentes realizado por el contribuyente al margen de una actividad económica da lugar a la obtención de renta que se califica como ganancia o pérdida patrimonial*». Añadiendo, de acuerdo con la doctrina del título y el modo aplicable en nuestro derecho que la alteración patrimonial se entenderá producida en el momento en que se entregan las monedas virtuales por el contribuyente en virtud del contrato de compraventa, con independencia del momento en que se perciba el precio de la venta, debiendo por tanto imputarse la ganancia o pérdida patrimonial al periodo impositivo en que se haya realizado dicha entrega, sin perjuicio de las reglas especiales sobre operaciones a plazos o con precio aplazado.

3.3.3. *Compraventa como actividad económica*

3.3.3.1. *Impuesto de actividades económicas (IAE)*

La compraventa de criptomonedas como actividad económica es una actividad empresarial y como tal sujeta a este impuesto. No estando contemplada expresamente en las tarifas, la Dirección General de Tributos distingue dos supuestos:

Cuando la compraventa se realiza a través del desarrollo y explotación de una aplicación web propia la incardina en el epígrafe 831.9 de la sección primera, «Otros servicios financieros» (Consulta Vinculante 2908-17).

Cuando la compraventa se realiza a través de cajeros y máquinas vending a cambio de una comisión se incardina en el epígrafe 969.7 de la sección primera, «Otras máquinas automáticas» (Consultas Vinculantes 1028-15 y 2846-15).

3.3.3.2. *Impuesto sobre el valor añadido (IVA)*

De acuerdo con la DGT, la compraventa de criptomonedas a cambio de comisión, bien sea a través de cajeros y máquinas, bien a través de portal de internet, constituye actividad empresarial realizada por empresario o profesional y por tanto sujeta a IVA, pero exenta en este impuesto. De acuerdo con ello no está obligado a presentar autoliquidaciones de IVA y tampoco tiene derecho a deducción de las cuotas soportadas de IVA.

3.3.3.3. *Impuesto sobre sociedades*

Las operaciones de compra y venta de criptomonedas a cambio de comisión incluyendo la entrega de dinero de curso legal, la venta de tarjetas de crédito virtuales precargadas en criptomonedas a cambio de comisión y comisiones cobradas por recargas de tarjetas, deben incluir en la base imponible del impuesto los ingresos devengados en concepto de comisión. En el caso de la venta de tarjetas de créditos virtuales precargadas es ingreso la contraprestación pactada y como gasto el coste de adquisición de la tarjeta.

3.3.4. *Compraventa de criptomonedas por particulares (fuera del ejercicio de actividad económica)*

Evidentemente en este ámbito se trata de operaciones fuera del IAE y del IVA. Esta adquisición puede realizarse como consecuencia de la utilización como medio de pago o como inversión, en los términos ya expuestos. Así:

3.3.4.1. *IRPF*

La compraventa de criptomonedas de la misma clase, de acuerdo con la CV 0808-2018, tributa como ganancia o pérdida patrimonial, según proceda por el importe resultante de la diferencia entre el valor de transmisión y de adquisición, imputable al ejerci-

cio en que se entrega la moneda en virtud del contrato correspondiente, tributa como renta del ahorro porque procede de la transmisión de un elemento patrimonial.

En caso de herencia o donación de bitcoins ocurre algo similar. Dado que los impuestos sobre sucesiones y donaciones gravan las adquisiciones de bienes a título lucrativo por personas físicas, el contribuyente (el heredero o donatario) deberá declarar el «valor real» de los bitcoins recibidos (art. 9 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones) y tributar por ellas (con independencia de los posibles incentivos o bonificaciones establecidos en estos impuestos por cada comunidad autónoma).

Finalmente, añadir que la falta de declaración o ingreso está sujeto a las correspondientes sanciones tributarias y, de existir cuota defraudada dolosamente superior a 120.000 €, constituye delito contra la Hacienda Pública del art. 305 del Código Penal.

4. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- ALARCÓN ESTELLA, José Manuel. *Nuevos Retos: Blockchain y criptomonedas*. Curso AEAT. Diciembre-2018.
- BANCO CENTRAL EUROPEO: «Virtual currency schemes — a further analysis», Informe de 03/02/2015. «Virtual currency schemes», Informe de 29/10/2012.
- CAPITÁN LÓPEZ, Sofía: «Los Bitcoins y su utilización como dinero descentralizado y anónimo». *Cuadernos de Formación*. Volumen 19/2015, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 33-46.
- FALCÓN Y TELLA, Ramón: «La tributación del dinero virtual». *Quincena Fiscal Aranzadi*, n.º 20, 2013, pp. 9-13 (BIB 2013/2446).
- GÓMEZ JIMÉNEZ, Carlos: «El bitcoin y su tributación», *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 380, noviembre de 2014, pp. 81-104.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel. «Blockchain: una revolución jurídica». Conferencia dada en el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza el 11 de diciembre de 2018.
- PALOMINO HERNÁNDEZ, Carlos. *Blockchain y criptomonedas*. Curso AEAT. Diciembre-2018.
- PASTOR SEMPERE, María del Carmen. «Criptodivisas: ¿Una disrupción jurídica en la Eurozona?». *Revista de Estudios Europeos*, n.º 70, julio-diciembre 2017. Universidad de Alicante.
- PEDREIRA MENÉNDEZ, José; y ÁLVAREZ PÉREZ, María Belén: «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (Bitcoins) en las empresas», *Quincena Fiscal*, n.º 3, 2018, pp. 17-50.
- Consultas Vinculantes de la DGT: V2228-13, de 8 de julio de 2013; V1028-15 y V1029-15, de 30 de marzo de 2015; V1979-15, de 15 de junio de 2015; V2603-15, de 8 de septiembre de 2015; V2846-15, de 1 de octubre de 2015; V3625-16, de 31 de agosto de 2016; V2908-17, de 13 de noviembre de 2017; V0250-18, de 1 de febrero de 2018, V0590-18, de 1 de marzo de 2018, V0808-18, de 22 de marzo de 2018, V099-18, de 18 de abril de 2018; V1149-18, de 8 de mayo de 2018; V604-18, de 11 de junio de 2018; V1748-18, de 18 de junio de 2018; V2034-18, de 9 de julio de 2018 y V2670-18, de 2 de octubre de 2018.

LA LLAMADA INTERVENCIÓN DE CUENTAS DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA

Macamen Tejera Gimeno

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. MARCO JURÍDICO PARA LA INTERVENCIÓN DE CUENTAS.—3. MEDIDAS ADOPTADAS MEDIANTE ACUERDOS DE LA COMISIÓN DELEGADA DEL GOBIERNO PARA ASUNTOS ECONÓMICOS (CDGAE). 3.1. Acuerdo de 20 de noviembre de 2015. 3.2. Acuerdo CDGAE de 21 de julio de 2017. 3.3. Acuerdo de 15 de septiembre de 2017. 3.4. Acuerdo CDGAE de 21 de diciembre de 2017.—4. LA INTERVENCIÓN DE CUENTAS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LA DEFENSA JURÍDICA POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO Y DE LAS SENTENCIAS 1510/2018, DE 17 DE OCTUBRE DE 2018, Y 1528/2018, DE 23 DE OCTUBRE, DE LA SALA TERCERA (DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4.1. El acuerdo impugnado y su justificación. 4.2. Motivos de impugnación y su examen por el TS

1. PLANTEAMIENTO

Si hace diez o cinco años nos hubiesen preguntado a cualquiera de nosotros sobre una *suspensión o intervención* de cuentas públicas a una comunidad autónoma, nada más y nada menos que a la Generalidad de Cataluña, creo que un jurista habría respaldado siempre la viabilidad jurídica y la defensa de tal posición (de la Administración General del Estado) ante los tribunales de Justicia. Esa persona sería nuestro maestro y ahora homenajeado, don Manuel Goded Miranda. Siempre analítico, certero, clarividente y justo, profundamente justo. ¿Y hace unos meses, allá por el mes de septiembre de 2017? ¿Alguien confiaba en realizar una intervención de cuentas sin sobresaltos o dificultades? Pues algunos sí. Comenzando por el final, como en las buenas películas, adelanto que la historia ha acabado bien.

Sirvan estas líneas como homenaje al maestro, al compañero, al magistrado, pues este trabajo jurídico (realizado en dichos meses) fue complejo y de especial relevancia, de interés general; y sin duda cambió la gestión presupuestaria del Estado autonómico. En efecto, supuso un ejercicio de potestad estatal en aras de salvaguardar el interés general y la prestación de los servicios públicos fundamentales. Esto es, poner orden en los pagos, por un lado; y, por otro lado, dados los acontecimientos, ejercer un efecto disuasorio (o preventivo) de posibles actuaciones ilegales o prohibidas por los tribunales de Justicia.

2. MARCO JURÍDICO PARA LA INTERVENCIÓN DE CUENTAS

a) Normativa estatal

La Ley Orgánica 2/2002 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF) estableció en su disposición adicional primera la posibilidad de crear mecanismos adicionales de financiación de las comunidades autónomas y corporaciones locales que les permitieran cumplir con las exigencias derivadas de la citada ley orgánica.

La disposición adicional primera, además de otras obligaciones como la de aprobar un plan de ajuste previamente aceptado por el Ministerio de Hacienda, en su apartado 2.º estableció que el acceso a estos mecanismos de financiación vendrá precedido de la aceptación por la comunidad autónoma o la corporación local de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información u otras condiciones que se determinen en las disposiciones y acuerdos que dispongan la puesta en marcha de los mecanismos, así como la adopción de medidas extraordinarias, en su caso, para cumplir con los objetivos de estabilidad presupuestaria, y deuda pública y con los plazos legales de pago a proveedores establecidos en la ley, la normativa sobre morosidad y la normativa europea.

De conformidad con esta previsión, el artículo 22.3 del Real Decreto Ley 17/2014, de 27 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades y autónomas y entidades locales y otras de carácter económico (en adelante RDL 17/2014) al regular el compartimento Fondo de Liquidez Autonómico (en adelante FLA), establece: *«Aceptada la solicitud la Comunidad Autónoma adoptará un Acuerdo de su Consejo de gobierno u órgano competente, en el que conste su voluntad de adhesión a este compartimento y el compromiso de cumplir lo dispuesto en este real decreto-ley, los Acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera, los Acuerdos de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, en el Programa que resulte de aplicación, así como lo previsto en cualquier disposición que desarrolle este mecanismo de financiación».*

De conformidad con lo anterior, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos (en adelante CDGAE), al aprobar la dotación y libramiento de cada tramo del FLA, establece las condiciones que deben cumplir las comunidades autónomas adheridas al mismo para su acceso. Estas condiciones pueden variar en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

La CDGAE adoptó distintas medidas en virtud de dicha competencia y a la vista de las especiales circunstancias y acontecimientos que se estaban produciendo en Cataluña, tal y como a continuación se expondrán, que suponían un riesgo para el cumplimiento de los principios establecidos en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Estas medidas CDGAE tenían como finalidad reforzar los instrumentos de control sobre las cuentas de la comunidad autónoma y se han ido reforzando a medida que se agravaba la situación de incumplimiento por parte de las autoridades de dicha Administración hasta acabar en la adopción del Acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017, por aplicación del artículo 155 de la Constitución Española y los Acuerdos del Gobierno y sus órganos delegados en ejecución del mismo.

b) Normativa autonómica

Para poder analizar el alcance y ámbito de las medidas adoptadas es necesario tener en cuenta las especialidades que en materia presupuestaria y de régimen jurídico del sector público se establecen en la normativa catalana, a la vista de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña (en adelante DL 3/2002). Así, en el caso del sector público catalán desde el punto de vista de su régimen presupuestario, podemos distinguir:

a) Sector público administrativo: Generalidad, Servicio Catalán de Salud y entidades autónomas de carácter administrativo. Sus presupuestos se integran en los presupuestos generales de Cataluña y su presupuesto es limitativo, por lo que están sujetos al procedimiento de ejecución presupuestaria contenido en el DL 3/2002 (art. 35 DL 3/2002).

b) Sector público empresarial: entidades autónomas de carácter comercial y entidades de derecho público sometidas a ordenamiento privado, más las sociedades mercantiles autonómicas definidas en el Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 de marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana (en adelante DL 2/2002). Sus presupuestos se integran en los presupuestos generales de Cataluña y su contabilidad debe ajustarse al programa aprobado por el Gobierno catalán, pero su presupuesto es estimativo, por lo que no están sujetos al procedimiento de ejecución presupuestaria contenido en el DL 3/2002, salvo en lo que está expresamente establecido para ellos (art. 52 DL 3/2002).

c) Resto del sector público autonómico

Dentro de éste, además, distinguimos (art. 71 DL 3/2002):

- Entidades que se integran en los presupuestos generales de Cataluña: consorcios y fundaciones de adscripción autonómica.
- Entidades cuyos presupuestos se incorporan a la ley de presupuestos, pero que no integran éstos: entidades participadas por la Generalidad distintas de las anteriores que estén clasificadas dentro del sector público autonómico según el Sistema Europeo de Cuentas.

3. MEDIDAS ADOPTADAS MEDIANTE ACUERDOS DE LA COMISIÓN DELEGADA DEL GOBIERNO PARA ASUNTOS ECONÓMICOS (CDGAE)

Los acuerdos que, fundamentalmente para esta cuestión, se han dictado son los siguientes:

1. Acuerdo de 20 de noviembre de 2015, publicado por Orden PRE/2454/2015, de 20 de noviembre, sobre medidas para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general (BOE, 21 de noviembre de 2015).

2. Acuerdo de 21 de julio de 2017, publicado por Orden PRA/686/2017, de 21 de julio, por el que se adoptan nuevas medidas adicionales para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general y el cumplimiento de la Constitución y las leyes (BOE de 22 de julio de 2017).

3. Acuerdo de 15 de septiembre de 2017, publicado por Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 16 de septiembre de 2017).

4. Acuerdo de 21 de diciembre de 2017, publicado por Orden HFP/1281/2017, de 22 de diciembre, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en ejecución de la resolución del Senado de 27 de octubre de 2017, por la que se acuerda la aplicación de determinadas medidas en relación con la Generalidad de Cataluña de conformidad con el artículo 155 de la Constitución (BOE de 27 de diciembre de 2017).

Procedemos a exponer las características esenciales de estos cuatro acuerdos, alguno de los cuales fue decisivo en su momento de vigencia.

3.1. Acuerdo de 20 de noviembre de 2015

En este acuerdo se establecen obligaciones que implican un control reforzado sobre la Generalidad y su sector público, al imponer específicas obligaciones de remisión de información periódica, obligaciones que afectan a todo el sector público autonómico, como se verá a continuación, además de establecer algunas restricciones al pago de facturas a través del FLA y al destino que legalmente debe darse a los recursos mensuales asignados a la comunidad autónoma en concepto de recursos del sistema de financiación sujetos a liquidación (entregas a cuenta).

a) Presupuestos de hecho determinantes de la adopción del acuerdo

De conformidad con su exposición de motivos, los presupuestos de hecho determinantes de la adopción del acuerdo fueron de dos tipos:

- «De un lado, la calificación crediticia de la Comunidad ha empeorado notablemente, llegando a ser calificados sus títulos como bono basura o inversión especulativa por parte de las tres agencias privadas de calificación más importantes, a diferencia del mantenimiento o mejoras de calificación que ha tenido la deuda del resto de Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación de Comunidades Autónomas. (...) Además, la información económico financiera facilitada por la Comunidad está cuestionada debido al afloramiento de más de 1.300 millones de euros de gasto, que tendrá un impacto negativo, si bien no recurrente, en el déficit de la Comunidad Autónoma en 2015, en términos de contabilidad nacional, lo cual puede afectar al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas en su conjunto, por tanto de nuevo al interés general».
- «A estos signos de riesgo se añaden las manifestaciones de alguno de los representantes de sus instituciones declarando el impago de la deuda con las farmacias o expresando públicamente su voluntad de incumplimiento de las leyes, lo que ha puesto en riesgo la estabilidad y el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña y ha generado una situación de incertidumbre económica en la misma que está perjudicando a ciudadanos y empresas».

b) Medidas de control que se adoptan

b.1. Medidas que determinan el destino que la comunidad autónoma debe dar a los ingresos que proceden del sistema de financiación autonómica

Se establece que los recursos que reciba la comunidad autónoma con carácter mensual con cargo a recursos del sistema de financiación sujetos a liquidación (entregas a cuenta) debían destinarse prioritariamente a los servicios públicos previstos en los anexos I y II. En el anexo I se hacía constar lo que se consideraría servicios públicos fundamentales por remisión a concretos programas presupuestarios (p.ej., 313: Suport a la família, 421: Educació general, 414: Salut pública, etcétera), mientras que en el anexo II se hacía constar lo que se consideraría servicios prioritarios, lo que se efectúa bien por referencia a un programa presupuestario (p.ej., 224: Protecció civil, 221: Seguretat ciutadana, 223: Prevenció, extinció d'incendis i salvaments...), bien por referencia a una descripción del gasto (remuneraciones del personal público, intereses y vencimientos financieros, etcétera).

b.2. Medidas que afectan a la forma de pago del FLA

La primera de las medidas fue el establecimiento de un sistema de pago por el cual las cantidades correspondientes al tramo del FLA destinado a la financiación del déficit (tramo III déficit) se abonarían de forma directa a los correspondientes acreedores,

siempre y cuando dichos acreedores lo fueran por gastos correspondientes a servicios públicos fundamentales. En el anexo I del acuerdo se define lo que se considera servicios públicos fundamentales por referencia a determinados programas presupuestarios, tal y como antes se ha expuesto.

Para ello se establece la obligación de remitir las facturas que se iban a abonar con cargo a dicho tramo del FLA a través del punto FACe (Orden HAP/492/2014, de 27 de marzo, por la que se regulan los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el sector público, y la orden HAP/1074/2014, de 24 de junio, por la que se regulan las condiciones técnicas y funcionales que debe reunir el Punto General de Entrada de Facturas Electrónicas).

b.3. Medidas que implican obligaciones de información

Por otra parte, se establecen una serie de medidas que suponen obligaciones de información. Así se establece:

i) A los diez días hábiles desde la publicación del Acuerdo, la Intervención General debía presentar un certificado con la siguiente información:

- Respecto del sector público administrativo: el estado de ejecución, a nivel de programa presupuestario, conteniendo los datos relativos a presupuesto definitivo, autorizaciones de gasto, compromisos o disposiciones, obligaciones reconocidas en presupuesto, gastos pendientes de pagos registrados en cuentas no presupuestarias, y pagos efectuados relativos a obligaciones del presupuesto del ejercicio corriente.
- Respecto del resto de entidades del sector público que estén integradas en el presupuesto de la Generalidad: el estado de ejecución, a nivel de programa presupuestario y entidad, conteniendo los datos relativos a presupuesto definitivo, autorizaciones, disposiciones de gasto, obligaciones reconocidas y gasto devengado (diferenciando, en su caso, las registradas en cuentas presupuestarias y extrapresupuestarias), así como pagos efectuados relativos a obligaciones del presupuesto de ejercicio corriente y señalando que si la información no se encontraba disponible en los sistemas de información de la comunidad, debía acompañarse de certificación acreditativa de dicha circunstancia.
- Respecto al resto del Sector Público: estado de ejecución a nivel de cada entidad de su presupuesto definitivo, autorizaciones, disposiciones de gasto, obligaciones reconocidas y gasto devengado (diferenciando, en su caso, las registradas en cuentas presupuestarias y extrapresupuestarias), así como pagos efectuados relativos a obligaciones del presupuesto de ejercicio corriente; asimismo, si la información no se encontraba disponible en los sistemas de información de la comunidad, debía acompañarse de certificación acreditativa de dicha circunstancia.

Además, la Intervención General debía certificar que ninguno de los actos de los que había tenido conocimiento como centro responsable del control interno y financiero o como centro gestor de la contabilidad contravenía el ordenamiento jurídico.

ii) Con carácter mensual: la Intervención General debía certificar el importe de los créditos autorizados y comprometidos, obligaciones reconocidas en presupuesto, gastos pendientes de pago registrados en cuentas no presupuestarias, otros gastos y total de pagos efectuados, información que debía remitirse para cada entidad dependiente de la Generalidad a nivel de programa presupuestario, capítulo presupuestario y entidad afectada, según se encuentre la información disponible y diferenciando según se tratara de

partidas incluidas en el Anexo I o en el Anexo II. En el caso de que se tratara de entidades a las que no se aplicara la clasificación por programas, debían diferenciar atendiendo a la definición análoga del ámbito y delimitación de dichos programas y partidas.

b.4. Otras medidas de control

i) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la LOEPSF, dado que la Comunidad Autónoma de Cataluña se encuentra en situación de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria o sostenibilidad financiera, sus operaciones de endeudamiento a largo plazo están sujetas a autorización del Consejo de Ministros. Pues bien, el acuerdo establece que dicha autorización estará sujeta a la acreditación mensual del cumplimiento de lo previsto en este Acuerdo.

ii) Las autoridades y empleados públicos podrán acceder a un sistema electrónico para informar de las dificultades que tengan para cumplir con sus obligaciones en aplicación de las medidas derivadas de este acuerdo así como formular consultas o informar sobre las posibles dudas de nulidad o anulabilidad que, de conformidad con lo previsto en las leyes, surjan en relación con determinados actos administrativos que se adopten en aplicación del Acuerdo y para informar de dificultades que tengan para cumplir con sus obligaciones en aplicación de las medidas derivadas del Acuerdo. Este sistema está abierto también a terceros y se gestiona a través de la Delegación del Gobierno.

iii) El entonces ministro de Hacienda y las Administraciones Públicas debía informar a la CDGAE del resultado de las actuaciones llevadas a cabo por el Comité Técnico de Cuentas Nacionales para la verificación y contraste de la información económico-financiera remitida por la Comunidad Autónoma de Cataluña.

c) Reacción de la Comunidad Autónoma

Este acuerdo no fue objeto de impugnación y ha venido siendo atendido formalmente hasta la fecha.

d) Vigencia:

La CDGAE no ha dictado ningún acuerdo que implique dejar sin efecto este Acuerdo. De hecho, la vigencia de este acuerdo quedó ratificada el 5 de octubre de 2017 por parte de la CDGAE al dictar un acuerdo por el que se asignan recursos adicionales destinados a cubrir necesidades de financiación derivadas de la desviación del objetivo de déficit de 2016 pendientes de financiar, en el que, tras dejar sin efecto el Acuerdo de 21 de julio de 2017, al que después se aludirá, en su apartado 7.º se señalaba:

Se mantendrá la aplicación de lo previsto en los siguientes Acuerdos hasta que desaparezca la situación de riesgo para el interés general en la Comunidad Autónoma de Cataluña o sea necesario para garantizar la prestación de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma:

a) Acuerdo de Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 20 de noviembre de 2015 sobre medidas para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general.

Por tanto, las medidas contenidas en el Acuerdo de 20 de noviembre de 2015 se encuentran vigentes en la actualidad.

3.2. Acuerdo CDGAE de 21 de julio de 2017

Con este acuerdo se mantiene la vigencia de todas las medidas contenidas en el Acuerdo de 20 de noviembre de 2015, reforzando las obligaciones de información contenidas en éste.

a) Presupuesto de hecho

Según se señala en la exposición de motivos, los acontecimientos que dieron lugar a la adopción de este acuerdo fueron los siguientes:

— *El Acuerdo del Tribunal Constitucional de fecha 4 de abril de 2017, por el que se admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, acordó la suspensión de la vigencia de la disposición adicional 40, apartados uno y dos, de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, del Parlamento de Cataluña de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el ejercicio 2017, y diversas partidas presupuestarias, en la medida en que se destinen a dar cobertura financiera a los gastos de convocatoria del referéndum a que se refiere la citada disposición adicional.*

— *Las recientes manifestaciones de alguno de los representantes de sus instituciones declarando su voluntad de continuar con el procedimiento referendario, lo que ha puesto en nuevo riesgo la estabilidad y el normal funcionamiento de las Administraciones Públicas y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña y ha generado una nueva situación de incertidumbre económica en la misma que está perjudicando a ciudadanos y empresas y por tanto a la estabilidad financiera.*

b) Medidas de control

b.1. Certificados semanales

Además de los certificados mensuales establecidos en el Acuerdo de 20 de noviembre de 2015, se establece la obligación de remitir un certificado con carácter semanal por parte de:

- Los interventores de las distintas consejerías y entidades sometidas a función interventora, junto con el certificado de los máximos responsables que estén en su ámbito.
- Los responsables económico-financieros de las entidades en las que no existan intervenciones delegadas que realicen función interventora integrada o no en los presupuestos de la Generalidad.
- El director general de Presupuestos.
- El director general de Política Financiera, Seguros y Tesoro.

Cada una de estas autoridades debía certificar que no se habían iniciado o tramitado modificaciones presupuestarias ni expedientes de gastos o pagos, presupuestarios, o extrapresupuestarios, en sus respectivos ámbitos de competencia, que pudieran estar destinados a la realización de las actividades vinculadas con la convocatoria del referéndum referido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2017 (Sentencia 90/2017, de 5 de julio de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 1638-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con la disposición adicional cuadragésima y diversas partidas presupuestarias de la Ley 4/2017, de 28 de marzo, de presupuestos de la Generalidad de Cataluña para 2017).

Además, la Intervención General de la Comunidad Autónoma debía remitir todos los miércoles un certificado final al Ministerio de Hacienda y Función Pública (en adelante MINHAFP) a través de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local (en adelante, SGFAL), anexando los certificados individuales.

b.2. Otra información

- La Intervención General debía remitir un listado con todos los órganos y entidades que conforman el sector público de la Comunidad Autónoma de Cataluña, y los nombres de los máximos responsables de las mismas.
- Debía informar de cualquier consulta dirigida a la intervención o a cualquier órgano consultivo o de asesoramiento que tuvieran por objeto definir procedimientos que permitieran la financiación del procedimiento referendario.

- Además, se debía remitir una certificación conteniendo toda la información antes señalada, referida al periodo entre el 1 de enero y el 16 de julio de 2017, a remitir el 9 de agosto de 2017.

c) Reacción de la comunidad autónoma

El 25 de julio de 2017 se adoptó un Acuerdo del Gobierno de la Generalidad por el cual se avocaban todas las competencias relacionadas con el cumplimiento de este acuerdo, salvo las que fueran específicas de la función interventora, a favor de los consejeros de cada Consejería.

De este modo, los certificados individuales en lugar de ir firmados por quienes establecía el Acuerdo de CDGAE iban firmados por los correspondientes consejeros.

Además, en ese mismo Acuerdo se adoptó la decisión de formular recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión de la ejecución del Acuerdo, que fue denegada por el Tribunal Supremo por Auto de 14 de septiembre de 2017.

En principio, durante el mes de agosto, se recibían los certificados firmados por los consejeros y la Intervención General. Una vez admitido a trámite el recurso contencioso administrativo, dejaron de cumplir con el acuerdo. Justificaron además dicho incumplimiento en que el acuerdo de CDGAE resultaba incompatible con la normativa aprobada a principios del mes de septiembre que regulaba el proceso refrendario.

El recurso formulado fue archivado por auto de 14 de noviembre de 2017 por carencia sobrevenida de objeto, al devenir dicho acuerdo ineficaz por Acuerdo de CDGAE de 5 de octubre de 2017.

d) Vigencia

El apartado último del citado acuerdo señala:

Se mantendrá la aplicación de lo previsto en este Acuerdo hasta que desaparezca la situación de riesgo para el interés general en la Comunidad Autónoma de Cataluña o sea necesario para garantizar la prestación de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma, en los términos descritos en este Acuerdo. Esta circunstancia deberá ser apreciada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

Pues bien, en fecha 5 de octubre de 2017, la CDGAE dictó a su vez un Acuerdo por el que se asignan recursos adicionales destinados a cubrir necesidades de financiación derivadas de la desviación del objetivo de déficit de 2016 pendientes de financiar, en cuyo apartado 6.º se señaló:

Deja de surtir efectos y por tanto deja de ser aplicable lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 21 de julio de 2017, por el que se adoptan nuevas medidas adicionales para garantizar en la Comunidad Autónoma de Cataluña la prestación de los servicios públicos en defensa del interés general y el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, al apreciar esta Comisión Delegada que ha desaparecido la situación de riesgo concreta a la que se refería, al haberse superado el 1 de octubre de 2017.

Por tanto, las medidas contenidas en el Acuerdo de 21 de julio de 2017 dejaron de tener efecto el 6 de octubre de 2017.

3.3. Acuerdo de 15 de septiembre de 2017

Con este acuerdo se intensifican los instrumentos de control.

a) Presupuesto de hecho

Los acontecimientos que determinaron la adopción de esta medida fueron los siguientes, según se deduce del preámbulo del acuerdo:

— *La Intervención General de la Comunidad Autónoma ha remitido una comunicación al MINHAFP, con manifiesto incumplimiento del Acuerdo de la CDGAE de 21 de julio de 2017, por la cual se informa de que el Vicepresidente del Gobierno y Consejero del Departamento de Economía y Hacienda deja de asumir la obligación de remisión de información que corresponde a los interventores y les dispensa y exime como superior jerárquico del cumplimiento de las obligaciones de remisión de información definidas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Dicho Vicepresidente autonómico, también justifica en una carta fechada el 13 de septiembre de 2017 remitida al MINHAFP, el incumplimiento del Acuerdo de la CDGAE de 21 de julio de 2017 al considerarlo incompatible con la normativa que regula el referéndum de 1 de octubre de 2017.*

— *Estas actuaciones por parte de las autoridades de la Comunidad Autónoma suponen un incumplimiento de las condiciones que rigen el funcionamiento de los mecanismos de financiación a los que está adherida y el incumplimiento de su plan de ajuste, a lo que se añade el incumplimiento de los principios recogidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad y Sostenibilidad Financiera y en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en particular del principio de estabilidad presupuestaria que concierne a todos los poderes públicos a la hora de adoptar sus decisiones económico-presupuestarias.*

— *Desde el punto de vista del funcionamiento de la Hacienda Pública, los citados incumplimientos, además de suponer un ataque frontal al ordenamiento jurídico vigente, por otra parte, rompen la necesaria coordinación entre las Comunidades Autónomas y la Hacienda del Estado, y amenazan la sostenibilidad financiera y, en definitiva, la estabilidad presupuestaria, al generar dudas sobre la voluntad del Gobierno de la Comunidad de atender los pagos de la deuda pública, siendo la Hacienda del Estado el principal acreedor, con diferencia, de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Las decisiones de la Comunidad, así, son una clara amenaza para el correcto funcionamiento de la Hacienda Pública del conjunto del país, situación ante la que el Estado, en virtud del principio de responsabilidad, y como garante último de la prestación de los servicios públicos fundamentales y del principio de estabilidad, debe tomar las decisiones oportunas.*

b) Medidas acordadas

b.1. Medidas relativas a la gestión presupuestaria

En primer lugar, se estableció la obligación de la comunidad autónoma de adoptar un Acuerdo de no disponibilidad (AND) sobre todos los créditos presupuestarios distintos de los señalados en los anexos I y II del Acuerdo de 20 de noviembre de 2015 antes visto. Dado que la Generalidad no cumplió con el requerimiento efectuado, el acuerdo fue adoptado por el entonces ministro de Hacienda y Función Pública en virtud de Orden HFP 886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declara la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para 2017 (BOE de 21 de septiembre).

En segundo lugar, respecto de los créditos presupuestarios de los anexos I y II se estableció un mecanismo de gestión de pagos por el cual el Estado, en lugar de ingresar mensualmente las cantidades correspondientes a Cataluña por su participación en los regímenes de financiación, utilizaría dichas cantidades para abonar directamente a los terceros acreedores de la Generalidad las facturas que le fueran comunicadas por parte de la Intervención General.

Para ello, la Intervención General debía comunicar una relación de acreedores con los que la comunidad autónoma tuviera obligaciones pendientes de pago, indicando el capítulo y programa presupuestario al que corresponda, que debía corresponder con los de los anexos I y II del Acuerdo de 20 de noviembre de 2015. Dicha comunicación debía ir acompañada de un certificado declarando que la comunicación cumple lo previsto en el acuerdo y no se financia ninguna actividad no amparada por la ley, ni contraria a las decisiones de los tribunales. Una vez verificado el cumplimiento de los anteriores requi-

sitos, SGFAL efectuaría el libramiento de las cantidades correspondientes a los recursos del sistema de financiación, que van dirigidas al pago directo de los acreedores. En caso de que hubiera algún remanente, éste es depositado en una cuenta del Tesoro Público a cuenta de las obligaciones de los terceros acreedores. Para el desarrollo de este sistema se dictó la Orden HFP/996/2017, de 17 de octubre, por la que se articula el sistema de pago a terceros acreedores por cuenta de la Comunidad Autónoma de Cataluña con cargo a las entregas a cuenta correspondientes a su participación en los regímenes de financiación autonómica, mediante la constitución de una cuenta para la consignación de estos pagos (BOE de 18 de octubre de 2017).

b.2. Medidas relativas a las operaciones de endeudamiento

Se someten a autorización previa del Consejo de Ministros todas las operaciones de endeudamiento de la Comunidad, incluidas las operaciones a corto plazo.

b.3. Medidas relativas al libramiento de certificados y declaraciones responsables por parte de las autoridades y personal al servicio de la Generalidad

— Órganos de contratación: además de lo dispuesto en el apartado b.1, todos los órganos de contratación e interventores que fiscalicen las actuaciones administrativas dirigidas a la entrega de bienes o prestación de servicios a la Comunidad Autónoma de Cataluña o las entidades de su sector público, debían emitir una declaración responsable en la que conste que dichos bienes o servicios no tienen relación con la financiación de ninguna actuación ilegal, declaración responsable que debe entregarse al adjudicatario y al MINHAFP.

— Entidades de crédito: la comunidad autónoma no podría ordenar la realización material de ningún pago por medio de servicios contratados con entidades de crédito sin acompañar un certificado del interventor que permita comprobar que el pago no tiene por objeto la financiación de actividades ilegales o prohibidas por los Tribunales.

— Servicios de auditoría o de prestación de servicios bancarios o financieros: la Intervención General debía remitir el listado de contratos de auditoría y de prestación de servicios bancarios o financieros suscritos por la Generalidad y todas las entidades de su sector público.

b.4. Medidas de comunicación del MINHAFP a terceros para garantizar la seguridad jurídica

Además, se estableció que el MINHAFP trasladaría el contenido del acuerdo a las entidades que prestaran servicios de auditoría o de prestación de servicios bancarios o financieros y a las entidades de crédito que tuvieran contratados servicios de pago material, las declaraciones responsables y certificados emitidos por los interventores y a que antes se ha aludido.

c) Reacción de la comunidad autónoma

Si bien se formuló recurso contencioso administrativo contra el contenido del Acuerdo, las obligaciones contenidas en el mismo se han venido cumpliendo formalmente por parte sus los destinatarios mientras la medida ha estado vigente.

El Tribunal Supremo denegó la solicitud de suspensión del Acuerdo formulada por la Generalidad, continuando a día de hoy el recurso, según Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 que acordó no declarar la pérdida sobrevinida del objeto del recurso n.º 581/2017.

d) Vigencia

El apartado octavo del citado Acuerdo dispone: «*Se mantendrá la aplicación de lo previsto en este Acuerdo hasta que desaparezca la situación de riesgo para el interés general*

en la Comunidad Autónoma de Cataluña o sea necesario para garantizar la prestación de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma, en los términos descritos en este Acuerdo. Esta circunstancia deberá ser apreciada por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos».

El 27 de octubre de 2017 entró en vigor el Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalidad de Cataluña, autorizadas por Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, medidas que habían sido acordadas por Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. Presidente de la Generalidad de Cataluña, para que la Generalidad de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general.

En ejercicio de las competencias atribuidas en virtud de los mismos, CDGAE dictó el Acuerdo de 21 de diciembre de 2017, al que después se aludirá, cuyo apartado séptimo señala: «*Queda sin efecto el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 15 de septiembre de 2017, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE de 16 de septiembre de 2017)*».

Por lo tanto, las medidas contenidas en el Acuerdo de CDGAE de 15 de septiembre de 2017 dejaron de tener efecto el 21 de diciembre de 2017.

3.4. Acuerdo CDGAE de 21 de diciembre de 2017

Finalmente, el Acuerdo de 21 de diciembre de 2017 se adopta en aplicación del Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre por el que se adoptaron medidas en virtud del artículo 155 de la Constitución Española.

a) Presupuesto de hecho

El presupuesto de hecho habilitante para la adopción del acuerdo fue el que determino la adopción del Acuerdo del Pleno del Senado.

b) Medidas adoptadas

Las medidas adoptadas consisten en un reforzamiento de los controles ya contenidos en el Acuerdo de 15 de septiembre así se acuerdan «un conjunto de medidas y procedimientos que permitan atender dichos servicios, de manera que aun tratándose de actuaciones que forman parte de la autonomía organizativa más estricta de dicha Comunidad Autónoma, al amparo del artículo 155 de la Constitución, resulta posible y necesario establecerlos de forma específica con el fin de garantizar el adecuado funcionamiento de dichos servicios públicos fundamentales» (...), como son: el control y sistema de pagos a terceros, introduciendo normas específicas sobre el destino del remanente, la posibilidad de excepcionar algunos pagos del sistema de gestión por autorización del secretario de Estado de Hacienda, etcétera.

c) Reacción de la Generalidad

Frente al mismo no se formuló recurso alguno.

d) Vigencia

Tal y como antes se ha dicho, y expresamente se señala en la exposición de este acuerdo, el mismo se dicta en aplicación de la habilitación conferida por el Acuerdo del Pleno del Senado con fecha 27 de octubre de 2017, relativo a la aplicación de determinadas medidas en relación con la Generalidad de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, por lo que, finalizada la vigencia de la habilitación conferida, quedan sin efecto las medidas adoptadas en aplicación de la misma.

El apartado E.9 de la Orden PRA/1034/2017, de 27 de octubre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de octubre de 2017, por el que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Constitución, se tiene por no atendido el requerimiento planteado al M. H. Sr. Presidente de la Generalidad de Cataluña, para que la Generalidad de Cataluña proceda al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y a la cesación de sus actuaciones gravemente contrarias al interés general, y se proponen al Senado para su aprobación las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y para la protección del mencionado interés general establece: «*Las medidas contenidas en este Acuerdo se mantendrán vigentes y serán de aplicación hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno de la Generalidad, resultante de la celebración de las correspondientes elecciones al Parlamento de Cataluña*».

El nuevo Gobierno de la Generalidad de Cataluña resultante de las correspondientes elecciones al Parlamento de Cataluña, que se celebraron el pasado 21 de diciembre de 2017, como es notorio, tomó posesión el día 2 de junio de 2018.

Por lo tanto, las medidas contenidas en el Acuerdo de 21 de diciembre de 2017 quedaron sin efecto el 2 de junio de 2018.

4. LA INTERVENCIÓN DE CUENTAS ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LA DEFENSA JURÍDICA POR LA ABOGACÍA DEL ESTADO Y DE LAS SENTENCIAS 1510/2018, DE 17 DE OCTUBRE DE 2018, Y 1528/2018, DE 23 DE OCTUBRE, DE LA SALA TERCERA (DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO) DEL TRIBUNAL SUPREMO

El letrado de los servicios jurídicos de la Generalidad interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo contra el Acuerdo de la CDGAE de 15 de septiembre de 2017, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña (publicado por Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre, *Boletín Oficial del Estado* 16/09). A su vez, la Generalidad también interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por el que se declaró la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el año 2017. Dado que la segunda sentencia, la referida al proceso contencioso-administrativo contra la Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declara la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el 2017 (AND), se remite a las conclusiones y razonamiento de la primera, nos referiremos a aquélla.

El abogado del Estado solicitó el archivo de los autos por pérdida sobrevenida del objeto del recurso, al quedar sin efecto el Acuerdo CDGAE citado por otro de fecha 21

de diciembre, anteriormente expuesto. El Tribunal Supremo resolvió por Auto de 8 de febrero de 2018 que no procedía declarar la referida pérdida sobrevenida del objeto.

A continuación, se presentó contestación a la demanda, suplicando a la Sala el abogado del Estado lo siguiente:

... tras la tramitación procesal pertinente resuelva: 1º) El archivo de este recurso por haber perdido de forma sobrevenida su objeto por hechos posteriores al Auto de 8 de febrero de 2018; 2º) En su defecto, la desestimación íntegra de este recurso. Con costas.

En el recurso contencioso-administrativo núm. 594/2017, se impugnó la Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declaró la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el 2017, tramitado en paralelo con éste y deliberados conjuntamente el 2 de octubre de 2018. Tras los pertinentes trámites procesales, se resume los aspectos analizados en la sentencia (ponencia de AROZAMENA LASO).

4.1. El acuerdo impugnado y su justificación

a) El marco constitucional

Dice la sentencia que el Acuerdo incorpora extensas consideraciones en su «Exposición», relativas al análisis de la Constitución española y una síntesis de la Jurisprudencia constitucional, interpretando diversos preceptos de la Constitución española de 1978 tales como el art. 2 (Estado único, con regiones y nacionalidades), el art. 156 (autonomía financiera de las comunidades autónomas), o el 135 (estabilidad presupuestaria), y el 9,3 por otra parte. Este último respecto el principio de responsabilidad de los poderes públicos.

b) Legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

Los principios constitucionales invocados en la Exposición del Acuerdo de CDGAE han sido objeto de desarrollo principalmente a través de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). Además, esta L O introdujo en su disposición adicional primera la regulación de los mecanismos adicionales de financiación para las comunidades autónomas y CC. LL. Según esta disposición, las Administraciones Públicas pueden solicitar al Estado el acceso a mecanismos adicionales de financiación, de apoyo a su liquidez, con la obligación de acordar un plan de ajuste que garantice el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública. Dichos mecanismos son esencialmente desarrollados por medio del Real Decreto Ley 17/2017, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y EE. LL. y otras de carácter económico, para permitir garantizar un mínimo nivel común en la prestación de los servicios públicos fundamentales.

c) Presupuestos de hecho motivadores de la «intervención de cuentas»

Los presupuestos fácticos motivadores de la decisión adoptada por la CDGAE se explicitan y relatan en el expositivo del Acuerdo, que se pueden resumir en lo siguiente:

- El hecho de que en esas fechas se venían produciendo una escalada de acontecimientos que ponen en riesgo el principio de coordinación de las Haciendas Públicas, el de estabilidad presupuestaria y el de sostenibilidad financiera, perjudicando gravemente el interés general y poniendo en peligro el funcionamiento del sistema de financiación autonómico en Cataluña.

- Las diferentes actuaciones de representantes y miembros de instituciones públicas y sus efectos sobre la financiación y el acceso a los mercados por parte de la Administración de Cataluña.
- En particular, la interventora general de la comunidad autónoma remitió una comunicación al MINHAFP, con manifiesto incumplimiento del Acuerdo de la CDGAE de 21 de julio de 2017, por la cual se informa de que el vicepresidente del Gobierno y consejero del Departamento de Economía y Hacienda deja de asumir la obligación de remisión de información que corresponde a los interventores y les *dispensa y exime* como superior jerárquico del cumplimiento de las obligaciones de remisión de información definidas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. Dicho vicepresidente autonómico, también justifica en una carta fechada el 13 de septiembre de 2017 remitida al MIINHAFP, el incumplimiento del Acuerdo de la CDGAE de 21 de julio de 2017 al considerarlo incompatible con la normativa que regula el referéndum de 1 de octubre de 2017.
- De esta forma, se está perjudicando de forma grave la confianza sobre la situación financiera de Cataluña, y son elementos que podrían afectar negativamente a la imagen de estabilidad de la situación económica del conjunto de España, e incidir sobre los principales indicadores económicos que miden dichas circunstancias, como son la prima de riesgo, la calificación crediticia y el acceso a los mercados financieros. Es más, estas actuaciones por parte de las autoridades de la Comunidad Autónoma suponen un incumplimiento de las condiciones que rigen el funcionamiento de los mecanismos de financiación a los que está adherida y el incumplimiento de su plan de ajuste, a lo que se añade el incumplimiento de los principios recogidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad y Sostenibilidad Financiera y en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en particular del principio de estabilidad presupuestaria que concierne a todos los poderes públicos a la hora de adoptar sus decisiones económico-presupuestarias.

Todas estas circunstancias fueron las desencadenantes de las decisiones adoptadas por la CDGAE.

4.2. Motivos de impugnación y su examen por el TS

a) Motivos de nulidad procedimental en el AND

En primer lugar, reclama la nulidad del AND, por cuanto tal AND no atiende a uno solo de los trámites de los artículos 25 y 26 de la LO 2/2012 (LOEPSF). Cuestiona que la CDGAE se pueda saltar las previsiones de la L.O 2/2012, al no habilitar al ministro e HFP a la adopción de ningún AND en los términos recogidos en el acuerdo impugnado (*«en caso de no ser adoptado en el plazo establecido, dicho Acuerdo se adoptará por el Ministro de Hacienda y Función Pública que lo comunicará al Presidente de la Comunidad Autónoma y a su Intervención General»*). Esto es, denuncia el recurso la inexistencia de procedimiento, con vulneración de la L O, atentando a la autonomía financiera de la comunidad autónoma.

Argumenta el recurso que la Administración General del Estado no ha seguido procedimiento alguno, ni para el acuerdo de no disponibilidad, ni para ninguna de las restantes medidas adoptadas. Que no existe expediente administrativo; la resolución im-

pugnada se ha emitido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que determina su nulidad de pleno derecho. No existe un solo informe o documento en el expediente que pondere, valore, o justifique, la razón de ser del acuerdo impugnado, en los términos en que fue adoptado.

b) Examen de la impugnación del procedimiento de aprobación del acuerdo

Esta es la cuestión nuclear del recurso, en la que el Tribunal Supremo abiertamente manifiesta que comparte la argumentación de la Abogacía del Estado.

Comienza abiertamente diciendo el Tribunal Supremo que el referéndum del 1 de octubre de 2017 ha sido declarado inconstitucional por STC 90/2017, de 5 de julio (*Boletín Oficial del Estado*, 19 de julio). En dicho proceso se aprecia con claridad, como destaca el abogado del Estado, una «*vocación y voluntad proclamada del Gobierno de la Generalidad de gastar dinero público para organizar un referéndum inconstitucional. Esa vocación precisa de recursos públicos que se van a allegar desde la habilitación presupuestaria cuestionada en este recurso y declarada inconstitucional por la sentencia de 5 de julio de 2017*». Estos recursos se obtienen mediante mecanismos de financiación externa como son los fondos dotados a la Generalidad como parte integrante del FLA; los cuales, obviamente, no pueden ser dispuestos para conseguir un fin inconstitucional.

Concluye el Tribunal Supremo que los hechos y los motivos que justifican la adopción del AND de los créditos «*son evidentes por mucho que la argumentación de la Generalidad discorra al margen de los mismos*».

Razona también el Tribunal Supremo que el acuerdo impugnado no vulnera los principios de autonomía financiera ni de competencia, ya que «*la autonomía financiera termina donde comienza el principio de estabilidad presupuestaria, que opera como límite a la autonomía financiera, como lo hace también el principio de coordinación*».

Por otra parte, la Generalidad se ha adherido voluntariamente al FLA con todas las consecuencias. Es evidente que dicha adhesión le obliga a respetar el marco normativo del FLA en el que se insertan no solo las normas legales (Ley Orgánica 2/2012 y Real Decreto Ley 17/2014), sino también las disposiciones de desarrollo y los acuerdos que pueda adoptar la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En el origen de la decisión subyace —tal y como lo proclama el acuerdo impugnado— el incumplimiento de las normas que regulan la obtención y disposición de fondos vía FLA, y por tanto, el quebranto del principio de estabilidad presupuestaria, sin que sea necesario acudir al artículo 155 de la Constitución para restablecer dicho quebranto puesto que basta con limitar la disponibilidad de créditos en los términos del acuerdo impugnado, ya que, como dice el propio acuerdo, la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012 así lo permite. Realiza una afirmación importante el Tribunal Supremo: «*La decisión se sitúa en el ámbito estricto de la hacienda pública y la disciplina presupuestaria*». En efecto, se trata de exigir el respeto a las normas del FLA, respecto del cual se ha comprometido la Comunidad Autónoma de Cataluña, arrancando el procedimiento de las previsiones de la misma LO 2/2012 y del Real Decreto Ley 17/2014 precitado. El acuerdo primero lo que hace es requerir al presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña para que, en el plazo de 48 horas comunique al Ministerio de Hacienda y Función Pública un acuerdo de no disponibilidad sobre su presupuesto. Acuerdo que garantice que el gasto público de los fondos obtenidos vía FLA se va a destinar a sus fines constitucionales y presupuestarios legítimos. Se ejecuta subsidiariamente un acuerdo ya adoptado. La ejecución exige título previo y ese título es el apartado primero del Acuerdo de 15 de septiembre de 2017. Existe un acto que precede y que

sirve de fundamento a la ejecución. Esto es, como dice el Tribunal Supremo: «*En definitiva, el incumplimiento del obligado legitima la ejecución subsidiaria*».

Añade la sentencia que el procedimiento del artículo 25 y 26 de la LOEPSF no es de aplicación en este caso; pues resultaría absurdo entender que para controlar los fondos adicionales obtenidos por Cataluña vía FLA sólo pudieran ser ejercidos mediante el artículo 155. El artículo 25 no es el único sistema de control al «*comportamiento descontrolado*» de una comunidad autónoma en la gestión de fondos públicos. En los artículos 25 y 26 —que conducen al 155 Constitución española— se prohíbe que se adopte una decisión —AND— como la adoptada, sin necesidad de llegar a un mecanismo tan extremo como el 155.

Insiste el Tribunal Supremo en razonar que «*si uno de los compromisarios no cumple con sus obligaciones, el régimen legal de estabilidad presupuestaria permite que, entre otros, la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos adopte las medidas necesarias para garantizar dicho cumplimiento, de conformidad con el artículo 22.3 citado*». (Real Decreto Ley 17/2014) Las normas reguladoras de la estabilidad presupuestaria habilita a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos para adoptar acuerdos en esta materia y dicha adopción no precisa de procedimiento administrativo específico más allá de la remisión del mismo a dicha Comisión, inclusión en el orden del día y aprobación en la forma legalmente establecida. No se ha omitido procedimiento legalmente establecido porque la adopción de medidas de control y garantía del respeto a la Constitución y las normas sobre estabilidad presupuestaria en la que se integran los compromisos asumidos voluntariamente por la Generalidad y con fuerza «*ex lege*», habilitan a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos a adoptar acuerdos como el objeto de este recurso y sus precedentes.

c) Sobre la falta de motivación y desproporción de las medidas

Invoca la recurrente la anulabilidad del acuerdo impugnado por falta de motivación de las medidas adoptadas y desproporción de las mismas. Alega que la adhesión al FLA es voluntaria, y es igualmente cierto que esto puede suponer la adopción de determinadas condiciones por parte de la Administración General del Estado. Pero eso no excluye que dichas medidas han de ser proporcionadas, y encontrarse legalmente previstas, lo que lleva a valorar hasta qué punto, en el ámbito y ejercicio de las potestades discrecionales, el Gobierno del Estado dispone de margen de decisión para su adopción (que siempre pasará —además— por la motivación de las mismas, ex artículo 35 de la Ley 39/2015).

Y sostiene que las medidas adoptadas no son ni motivadas, ni proporcionadas. En síntesis, tanto el AND como las restantes medidas: gestión de pagos, entidades de crédito; o las operaciones de endeudamiento; también carecen de justificación y proporcionalidad las medidas de los apartados quinto y sexto del acuerdo; tampoco la declaración responsable acompañante de la factura tiene cobertura legal, por mucho que se pretenda amparar en términos potestativos y, lo que es más grave, es que se le da efectos retroactivos, pues se extiende a los servicios o suministros anteriores a la publicación del acuerdo. En resumen, se vulnera el principio de proporcionalidad de las medidas y la necesaria motivación que ha de acompañar cualquier decisión administrativa. Y concluye diciendo —como ya había desarrollado ampliamente en el primer motivo de su recurso— que la aplicación del artículo 155 de la Constitución era el cauce que necesariamente debería haberse aplicado para la adopción del acuerdo, por imperativo del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 2/2012.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación.

Respecto del AND, frente al alegato del recurrente de que no se ha acreditado el incumplimiento del plan de ajuste y que se cumplió el Acuerdo de 21 de julio de 2017 durante todo el mes de agosto, el Tribunal Supremo dice que basta con examinar el acuerdo impugnado para comprobar que existe motivación, que resume en las siguientes:

- Desconfianza económica: se está perjudicando de forma grave la confianza sobre la situación financiera de Cataluña, incide sobre los principales indicadores económicos que miden dichas circunstancias, como son la prima de riesgo, la calificación crediticia y el acceso a los mercados financieros.
- Situación notoria de incumplimiento por parte de la Generalidad de Cataluña.
- Son medidas transitorias.
- Medidas razonadas en el acuerdo.
- Son medidas que pretenden el cumplimiento de la Constitución española.

De todo el análisis podemos resumir las siguientes conclusiones que destaca la sentencia del Tribunal Supremo:

- Como consecuencia de estar adherida al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, a través del compartimento FLA, la Comunidad Autónoma de Cataluña ha asumido el compromiso de cumplir lo dispuesto en cualquier disposición que desarrolle este mecanismo de financiación. Sin que ello exija seguir otro procedimiento que el recorrido para la adopción del acuerdo.
- No era necesario seguir el procedimiento del artículo 155 de la Constitución para adoptar las medidas del acuerdo impugnado. El acuerdo se enmarca en el cumplimiento de las obligaciones de estabilidad presupuestaria y parte del artículo 22.3 del Real Decreto Ley 17/2014, atendido su significado constitucional respecto de la autonomía financiera.
- Se descarta que el único cauce posible para adoptar medidas sea el recogido en los artículos 25 y 26 de la Ley Orgánica 2/2012.
- El marco legal en el que se adopta el acuerdo, su motivación y la finalidad que persigue se sitúan en el ámbito de la estabilidad presupuestaria, dentro de los mecanismos de estabilidad y en concreto del FLA, acordes con el cumplimiento de la *conditio legis* que lleva aparejada la adhesión voluntaria a dicho mecanismo de financiación.
- El acuerdo aparece motivado, basado en un régimen legal que habilita a su adopción, aprobado con arreglo a dicho régimen legal, proporcionado y adecuado para la finalidad que persigue recogida en el mismo de forma precisa.
- La propia legislación catalana desde su Estatuto, establece la obligación de respeto del principio de legalidad presupuestaria, la vinculación del gasto con su finalidad pública, ajustada a derecho, y las consecuencias de incumplir dichas normas.
- El Acuerdo adopta medidas concretas para garantizar el interés general y el funcionamiento de los servicios públicos en Cataluña, comprometidos por la conducta pública y notoria del Gobierno catalán en el marco de la estabilidad presupuestaria que delimita la autonomía financiera y de los principios de responsabilidad y seguridad jurídicas, acorde con la doctrina constitucional sobre los mismos que el acuerdo recoge.

- El acuerdo parte de la obligación de Cataluña de cumplir las normas del mecanismo de financiación al que se ha acogido, así como las disposiciones y acuerdos que las desarrollen. Se destacan hechos probados de incumplimiento de las normas y compromisos de estabilidad presupuestaria que se valoran por su repercusión en la hacienda general y en el mecanismo de estabilidad con la Unión Europea del que el Estado es garante, ex artículo 135 de la Constitución.

En definitiva, el Tribunal Supremo, en un rotundo éxito de la Abogacía del Estado, y acierto del «cliente» —expresión últimamente popular, pero que no es del todo apropiada—, en la proporcionalidad y legalidad de las medidas adoptadas, acuerda desestimar el recurso contencioso-administrativo núm. 581/2017 interpuesto por la Generalidad de Catalunya contra el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 15 de septiembre de 2017, por el que se adoptan medidas en defensa del interés general y en garantía de los servicios públicos fundamentales en la Comunidad Autónoma de Cataluña, que fue publicado por la Orden HFP/878/2017, de 15 de septiembre. Con imposición de las costas a la parte recurrente, que se fijan en 4.000 euros más el IVA que corresponda. De igual modo, resultó desestimado el recurso contencioso-administrativo contra la Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por el que se declaró la no disponibilidad de créditos en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el año 2017, también con imposición de costas en idéntico importe. Estado de Derecho.

VI. DERECHO PROCESAL

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL CONFLICTO ENTRE LA TUTELA DEL INTERÉS PÚBLICO Y LA AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN

Manuel Rivero González

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. UN ANTIGUO DEBATE PARCIALMENTE RESUELTO. 2.1. El carácter revisor del proceso contencioso-administrativo y la tutela cautelar. 2.2. La cuestión de la suspensión garantizada con caución en el ámbito tributario (económico-administrativo) y su traslación al proceso jurisdiccional. 2.3. Los condicionantes de la decisión cautelar fuera del ámbito tributario. 2.4. Los criterios con los que la Administración debe decidir sobre la medida cautelar (suspensión de la ejecución) en vía de recurso administrativo.—3. CUANDO LA ADMINISTRACIÓN SUSPENDE EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PETICIÓN SE REITERA EN VÍA JUDICIAL, ¿HA DE REALIZARSE EN LA PIEZA DE CAUTELARES UN NUEVO JUICIO VALORATIVO, O SIMPLEMENTE SE TRATA DE DECIDIR SOBRE LA PROLONGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN YA ACORDADA?—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares, en todo proceso judicial (y no solamente en el contencioso-administrativo) han sido siempre un elemento de extraordinaria importancia en el devenir de cualquier litigio. Como bien puede advertirse —y perdónense los ejemplos elementales—, el ingreso de un procesado en prisión provisional, la paralización de la exigibilidad de un crédito millonario o la traba sobre un solar edificable dotado de un gran valor urbanístico son cuestiones no menores, que condicionan en gran medida el desenvolvimiento ulterior del proceso y, cuando ello es posible, de las eventuales negociaciones para poner fin al litigio.

Y si ello ha sido siempre así, no es aventurado decir que, por el juego combinado de varios factores de muy diversa índole, la justicia cautelar, o la tutela cautelar adquiere en el momento presente una relevancia muchísimo mayor, a veces muy superior a la del mismo proceso en lo que a su resultado final se refiere.

No es necesario resaltar la trascendencia mediática (caracterizados los medios de prensa por su inmediatez y globalidad) que comporta el ingreso en prisión provisional de un político a consecuencia de hechos derivados del desempeño de su cargo, hasta el punto de condicionar la agenda política de un país. O la que tienen, en un mundo económico en el que lo financiero adquiere enorme importancia, el embargo millonario sobre los bienes de un banco, o la paralización cautelar de la exigencia de determinados créditos o deudas, a veces en asuntos en los que se ven afectadas miles de personas. Por no decir de la paralización o suspensión de una medida política de un gobierno estatal, autonómico o local, de la autorización de una OPA millonaria, de una decisión sobre competencia o de una gran obra pública largo tiempo reclamada por miles de manifestantes.

Muchas veces el resultado final del proceso carece de toda importancia, no ya para la opinión pública o para la política (en los ejemplos que hemos mencionado), sino para las mismas partes, que se han visto obligadas a negociar y poner fin al proceso a consecuencia de una medida cautelar de gran intensidad.

En fin, desde el punto de vista teórico y estrictamente jurídico son incontables los trabajos y las publicaciones sobre la tutela cautelar en todas las jurisdicciones, sus relaciones con la tutela judicial efectiva y su conexión con el objeto principal del proceso.

Este estudio va a tratar únicamente un singular aspecto de la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo. Se trata del referente a los *límites de la decisión judicial sobre la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido (la medida cautelar por excelencia en esta jurisdicción) cuando la propia Administración ya ha decidido previamente acerca de la suspensión*, valorando el interés público tutelado y otorgando dicha suspensión.

2. UN ANTIGUO DEBATE PARCIALMENTE RESUELTO

2.1. El carácter revisor del proceso contencioso-administrativo y la tutela cautelar

No vamos a traer aquí el debate acerca de los límites de la decisión jurisdiccional en relación con el previo acto dictado por la Administración, tanto en cuanto al proceso principal como en sede de medidas cautelares; dicho de otro modo, si la jurisdicción puede ir *más allá* de lo decidido por la Administración, puede innovar la realidad jurídica afectada por el acto o actuación objeto del recurso y si puede, en particular, subrogarse en lugar de la Administración gestora del ámbito de interés público de que se trate, asumiendo decisiones distintas de la confirmación o anulación del acto recurrido.

En lo que a las medidas cautelares se refiere, la manifestación más contundente de este (como se ha denominado a veces) activismo judicial, se encuentra en la adopción de medidas cautelares positivas, ordenando a la Administración la realización de determinadas actuaciones positivas en relación con la materia objeto del recurso (de ordinaria, prestaciones económicas en favor del recurrente y solicitante de las medidas).

Son también conocidos los casos en que, de la mano de este activismo judicial (dicho sea en términos puramente descriptivos y no críticos) se han dictado medidas cautelares de configuración judicial que resultaban de muy difícil cumplimiento o que, en fin, empeoraban la situación que pretendían corregir. Ejemplo de lo primero pueden ser las sucesivas resoluciones dictadas en relación con el llenado de la presa de Itoiz, en Navarra (que resumen la STS de 3 abril de 2000 y la SAN de 6 noviembre 2003), y de lo segundo las sentencias sobre derecho de manifestación dictadas tras la aprobación de la Constitución Española al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que suplían el criterio de la autoridad gubernativa, fijando judicialmente el itinerario de la manifestación. Como a la larga y en ocasiones ello creó más problemas de los que pretendían resolverse, la LJCA 1998, al regular el proceso especial en materia de derecho de reunión limita notablemente el contenido posible de la decisión judicial, diciendo (art. 122.3) que *«la decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas»*.

Pues bien, una modalidad particular de la posible discrepancia o divergencia entre el ámbito de lo resuelto administrativamente y lo decidido judicialmente en sede cautelar viene constituido por los casos en los que, habiéndose solicitado por el recurrente la suspensión cautelar de la ejecución del acto en vía de recurso administrativo y habiéndose acordado ésta por la Administración (en su caso previa constitución de caución),

cuando en sede judicial se reitera la solicitud con idéntico ofrecimiento de caución, el órgano judicial deniega la solicitud. De este modo, no sólo se rechaza la petición cautelar de suspensión, sino que se rectifica lo decidido por la Administración a la hora de autotutelar su interés. Donde la Administración entendió que con la fianza se garantizaba su interés, la jurisdicción considera que ello no es así. Por así decirlo, la jurisdicción otorga un *exceso de protección* —a veces no pedida— a la Administración.

2.2. La cuestión de la suspensión garantizada con caución en el ámbito tributario (económico-administrativo) y su traslación al proceso jurisdiccional

En el ámbito tributario la jurisprudencia (no sin resistencias) ha establecido el criterio, sentado en aplicación de la antigua LJCA 1956, consistente, como dice la Sentencia de 4 junio 2009, en:

... que en la medida que la Administración ha reconocido —y el legislador ha sancionado— que la inmediata ejecución del acto administrativo de gestión tributaria causa daños o perjuicios al contribuyente procede la suspensión de su ejecutividad cuando se asegure suficientemente el pago de la deuda tributaria, y en la vía jurisdiccional ha de entenderse que los daños o perjuicios a que se refiere el artículo 122.2 de la Ley 27 diciembre 1956 están reconocidos por la Administración (naturalmente, salvo los casos del artículo 123.2 en que se demuestre la «grave perturbación de los intereses públicos», en la impugnación de disposiciones generales tributarias, etc.) y, garantizado de manera incontestable el pago de la deuda tributaria, procederá también la suspensión.

Dicho de otra manera, una vez que la Administración, en aplicación de las normas que establecen los criterios para suspender la exigibilidad de un crédito tributario durante la tramitación de administrativa, ha acordado suspender con garantía, la jurisdicción no puede ir más allá, y también ha de suspender con la misma garantía¹.

La mencionada doctrina jurisprudencial arranca de la STS de 6 octubre 1998 y ha sido reiterada por las de 10 de abril de 1999 y 14 de diciembre de 2002.

Hemos dicho, empero, que dicha doctrina no carece de resistencias. La más relevante desde el punto de vista doctrinal es la que contiene el voto particular formulado por diez magistrados de la Sala 3.^a a la citada sentencia de 6 de octubre de 1998.

Este voto particular viene a oponerse a la vinculación automática u obligatoria de la jurisdicción a lo acordado por la Administración en materia de suspensión de la ejecutividad del acto impugnado; en este sentido, sostiene que dicha vinculación impide la plenitud de ejercicio de la potestad jurisdiccional, en el cual los tribunales han de vincularse tan sólo a los criterios o parámetros de decisión que les proporciona la LJCA, y no a los que sigue la Administración, aunque éstos se contengan en normas de obligado cumplimiento para aquélla.

El núcleo de esta tesis se contiene en el siguiente razonamiento del voto particular:

¹ Como dice TORRES FERNÁNDEZ, «en estos casos también existe un debate cautelar, sin perjuicio de la autolimitación que se ha impuesto el legislador al reconocer que la caución constituida en vía administrativa a satisfacción de la Administración tributaria garantiza los perjuicios derivados de la suspensión cautelar decretada en vía jurisdiccional. En los casos en los que no se pueda aportar dicha caución y se pida la suspensión alegando que la ejecución del acto ocasionará perjuicios de difícil o imposible reparación, la autolimitación también funcionará siempre que se haya considerado acreditada esta circunstancia en vía administrativa (artículo 233.4 LGT)». (*Comentarios a la LJCA 1998*, quinta edición. Ed. Aranzadi, 2013. Pág. 1475).

... el principio de plenitud de la jurisdicción, ligado al de la tutela judicial efectiva, el cual se proyecta también sobre el ámbito de la justicia cautelar, como tantas veces ha declarado la jurisprudencia, exige que el tribunal, en el momento de decidir sobre la adopción de medidas de esta índole, realice la ponderación de los intereses en presencia que exigen los artículos 122 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción todavía aplicable —cuyo régimen no difiere sustancialmente, en este punto del establecido por la nueva Ley 13 julio 1998, que todavía no ha entrado en vigor—. La existencia de una regulación administrativa de rango legal que ordena a los órganos administrativos competentes acordar la suspensión de las deudas tributarias cuando se asegura su pago en determinadas condiciones debe, sin duda, constituir un valioso elemento para la ponderación de los perjuicios que puede acarrear el pago y del menoscabo que a su vez puede sufrir el interés público si la ejecución de la obligación tributaria se suspende, pero no puede llevar al extremo de condicionar de modo absoluto la decisión judicial privando al juzgador de sus facultades de conocimiento, reducidas a la comprobación burocrática de haberse prestado en condiciones adecuadas el aval exigido por las leyes administrativas.

Se trata de dos posiciones (una de ellas meramente doctrinal, por no haber sido asumida por la jurisprudencia) que, en cualquier caso, se proyectan sobre las potestades del tribunal en relación con la tutela cautelar cuando se trata de actos de naturaleza tributaria. Es decir, de la impugnación judicial de actos tributarios cuya ejecutividad ha sido suspendida en la vía administrativa precedente (de ordinario, la vía económico-administrativa) en aplicación de un corpus normativo (el actual es diverso del considerado por las sentencias citadas, pero idéntico en su contenido, en lo relativo a la suspensión con caución) que prácticamente contempla como automática la suspensión debidamente garantizada.

La jurisprudencia mencionada —con el voto particular parcialmente transcrito— es aplicable, no cabe duda, a los actos dictados en el ámbito tributario. El *corpus* normativo regulador, en dicho ámbito tributario, del régimen de la suspensión de los actos cuando éstos son impugnados en vía de recurso o reclamación económico-administrativa, es claro, y se ha mantenido inalterado en sus principios básicos a lo largo de mucho tiempo.

Así, en la actualidad el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), en materia de revisión en vía administrativa, establece la suspensión del acto impugnado, tanto en vía de recurso de reposición como en el caso de reclamación económico-administrativa, cuando se aporte alguna de las garantías previstas al efecto en la LGT. Esta suspensión se automatiza aún más, excluyéndose incluso la necesidad de garantía, en el caso de sanciones tributarias (cfr. arts. 212.3.a y 233.1, 3 y 8 LGT, y 25 y 39 del mencionado Reglamento)².

Dice, en relación con este segundo supuesto (sanciones tributarias) la STS de 16 de julio de 2009:

Debe recordarse antes que nada que, como ha señalado esta Sala en la Sentencia de 29 de abril de 2005 (rec. cas. núm. 4534/2000) en relación con las normas aquí aplicables, «tratándose de actos administrativos de contenido económico que sean objeto de reclamación en vía económico administrativa (tanto los de solicitud de suspensión de la ejecución de las liquidaciones como los de solicitud de suspensión de la ejecución en vía de apremio de las liquidaciones), los arts. 74 a 76 del RPREA aprobado por el Real Decreto 391/1996 vienen a establecer un doble procedimiento para la suspensión de su ejecución: uno, de carácter automático, mediante la aportación ante los órganos gestores de recaudación competentes, y en la forma y términos que expresa el art. 75 del Regla-

² Sobre la suspensión de las sanciones tributarias puede verse el comentario de Lucía Calvo Végez sobre la suspensión de la ejecución de los actos impugnados en vía económico-administrativa, en la obra colectiva *Manual de Revisión de actos en materia tributaria*, Thomson Reuters-Ministerio de Justicia. Madrid, 2006.

mento, de cualquiera de las garantías en el mismo previstas —depósito en efectivo o valores, aval fianza de carácter solidario presentado por un banco, caja de ahorros, cooperativa de crédito o sociedad de garantía recíproca, o bien fianza personal y solidaria prestada por dos contribuyentes de reconocida solvencia—; y otro, de carácter excepcional, cuya concesión, en su caso, se atribuye a la competencia de los Tribunales que hayan de conocer de la reclamación, previa la apreciación de todas y cada una de las circunstancias concurrentes en el caso, incluidos, como resulta obvio, los intereses públicos en juego pero siempre supeditado, según los términos estrictos en que se expresa el art. 76 y concordantes del Reglamento, a la imposibilidad por parte de los reclamantes de aportar las garantías a que se refiere el art. 75, a la justificación por aquéllos de que la ejecución causaría perjuicios de difícil o imposible reparación y al ofrecimiento de garantía de otro tipo que cubra el importe de la deuda e intereses que se origina en la suspensión, salvo, en relación con este último requisito, en el supuesto especial del art. 76.2, párrafo segundo, con arreglo al cual aun cuando el interesado no pueda aportar garantía suficiente de cualquier tipo, se podrá decretar la suspensión si se aprecian perjuicios de imposible o difícil reparación.

2.3. Los condicionantes de la decisión cautelar fuera del ámbito tributario

Y, claro está, la cuestión que inmediatamente se plantea es la de si la jurisprudencia mencionada —que condiciona notablemente las facultades del tribunal en materia de suspensión— es aplicable a ámbitos normativos y de actividad administrativa distintos del tributario, y dotados de un corpus normativo, sustantivo y procedimental, que no impone una suspensión tan automática como en materia tributaria.

La cuestión se vuelve incluso más problemática en relación con parcelas de actividad administrativa o ámbitos de actuación que en mayor o menor medida, bien por la naturaleza intrínseca de los actos, bien por una remisión normativa expresa, bien porque las consecuencias de los actos se resumen en la exigencia de pago coactivo de cantidades, se aproximan mucho a los actos tributarios, pero sin hallarse dotados de un *corpus* normativo específico regulador de su suspensión cautelar en vía administrativa. Pensemos, a título de ejemplo, en la ejecución de sanciones administrativas, cuando la sanción se concreta en una multa económica, o en la exigencia forzosa de abono de cantidades en materia de reintegro de subvenciones o en general pagos indebidos. Desde el punto de vista de sus consecuencias finales sobre los administrados, que en fase final de ejecución se concretan en la aplicación del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación

Pues bien, en relación con toda la parcela de actuación pública no tributaria (se concrete o no su ejecución final en el pago de cantidades a la Administración) es razonable preguntarse sobre la autonomía de la jurisdicción, en relación con lo previamente acordado por la Administración, a propósito de la suspensión judicial de la ejecutividad de los actos administrativos.

Y en este punto, parece indudable que el criterio para aplicar hasta dónde puede llegar la jurisdicción en relación con lo previamente acordado por la administración ha de partir de la exigencia legal de proceder antes de dictar resolución cautelar a la *previa valoración circunstanciada de los intereses en conflicto* (art. 130.1 LJCA).

En esta ponderación de intereses, cuando el interés del particular es económico y el de la Administración también es exclusivamente económico, la regla general, contenida en la STS de 23 septiembre 2010, entre otras muchas, es la de que,

... los daños invocados por la Administración al ser de naturaleza económica no causan un perjuicio irreparable al ser reversibles, y ese dato conlleva a que en la ponderación circunstanciada de los

intereses en conflicto deba prevalecer el de la recurrente frente a los intereses generales que resultan garantizados con la prestación del oportuno aval bancario. Procede, por tanto, acceder a la petición de suspensión con la referida condición pues de esta manera la devolución de las sumas requeridas resulta perfectamente garantizada, y no acarrearía daño alguno a los intereses públicos.

Cuando no estamos ante intereses exclusivamente económicos, sino de otra índole (urbanismo, expropiación, industria) entendemos que resulta difícil sostener que si la Administración, en la vía administrativa, ha suspendido cautelarmente la ejecutividad de su acto, pueda la jurisdicción acordar o, mejor, imponer la ejecutividad durante la tramitación del proceso judicial.

Se estaría, en tal caso, suplantando el juicio administrativo sobre la suspensión, en el que confluyen criterios de legalidad y oportunidad, con el jurisdiccional. En ambos casos los criterios legales utilizables para acordar o no la suspensión son similares, pero ciertamente no son idénticos.

Lo anterior se ve reforzado por el hecho de que en algunas ocasiones la jurisprudencia se ha encargado de señalar que, estando ante actos de gravamen (en los que se da por sentada la existencia de un perjuicio al particular), también puede exigirse a la Administración demandada la carga de acreditar el daño o perjuicio a los intereses públicos (cfr. Auto TSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 1996). Esta exigencia de una cierta demostración de que, junto al daño al interés particular del recurrente, también el interés de la Administración se vería afectado, late en la STC 148/1993, de 29 de abril, que señala que (el subrayado es nuestro),

aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (en este caso asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales) acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

Parece exigirse una doble acreditación del perjuicio, para el recurrente y para la Administración, siendo así que ninguno de los dos se presupondría.

2.4. Los criterios con los que la Administración debe decidir sobre la medida cautelar (suspensión de la ejecución) en vía de recurso administrativo

Tales criterios están recogidos en el art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), que, tras proclamar el principio general de que la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, añade en su apartado segundo:

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*

b) *Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.*

Estos criterios son idénticos a los que utilizaba la Ley 30/1992, y, en lo que ahora interesa, utilizan la antigua expresión de la LJCA 1956, de «*perjuicios de imposible o difícil reparación*» que pudiera causar la ejecución inmediata, frente a la del art. 130.1 LJCA 1998, que entronca con la utilizada por la LOTC en el recurso de amparo constitucional: «*cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*».

A continuación se explicitan las garantías que se pueden exigir para afianzar la efectividad de la suspensión:

Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

La LPAC (siguiendo el precedente de la Ley 30/1992) impone, además, sin posible alternativa una suspensión automática en el caso de que la Administración se retrase más de un mes en resolver sobre la petición de suspensión, al decir que «*la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto*». Esto es, estamos ante una suspensión *ex lege* que prescinde de cualquier juicio valorativo o de ponderación de intereses en conflicto. Este precepto (que ha sido objeto de amplia exégesis doctrinal, pero que no corresponde analizar ahora) obviamente es aplicable sólo a la vía impugnatoria administrativa y no a la jurisdiccional.

Estamos en este caso ante una suspensión automática y por así decir desconectada de los perjuicios que la inejecución pueda ocasionar a la Administración, cuyo único antídoto —por así decir— contra esta suspensión automática consiste en dictar resolución expresa sobre el fondo, puesto que el acto favorable producido por silencio en que consiste la suspensión automática ya no puede ser revocado por otro de sentido contrario.

Pues bien, con los criterios expuestos, que recoge el art. 117.2 LPAC, y con el límite temporal del mes para resolver, que en otro caso da lugar a la suspensión automática, la Administración ha de decidir si procede o no a la misma. Si bien el texto del art. 117.2 LPAC no es idéntico al del art. 130.1 LJCA 1998, en ambos casos se obliga a un juicio de ponderación de intereses, y de valoración de los respectivos perjuicios. Sin embargo, hay que señalar que a la hora de ponderar, valorar y, por así decir, *medir* o *pesar* su propio perjuicio con la suspensión y su propio interés en la ejecución será la Administración quien goce de la privilegiada posición que le otorga el ordenamiento, derivada de la titularidad de la competencia para gestionar la parcela de interés público de que estemos hablando.

Podemos resumir de la siguiente forma las diferentes situaciones, en lo relativo a las relaciones entre la medida cautelar en vía administrativa y jurisdiccional, de la siguiente manera:

- La jurisdicción podrá revisar, si no se ha suspendido en vía administrativa, pese a haberse pedido, y se reitera en vía jurisdiccional, la actuación de la Administración respecto de la medida cautelar.

- La jurisdicción podrá igualmente revisar la ejecución anticipada por la Administración si ésta ha suspendido cautelarmente durante la tramitación del recurso administrativo y comienza a ejecutar una vez desestimada la pretensión de fondo, antes de que el interesado haya podido acudir a los tribunales en solicitud de tutela cautelar.

Esta hipótesis, no obstante, ha querido ser expresamente excluida por la LPAC —siguiendo la doctrina sentada por la STC 78/1996, de 20 de mayo— al decir (art. 117.4, último párrafo) que

la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

- También el tribunal puede valorar si procede o no la suspensión si ésta se solicita por vez primera en vía jurisdiccional y no se ha solicitado en vía administrativa. Con independencia de las cuestiones de coherencia argumentativa, es perfectamente posible que se solicite en vía jurisdiccional (por cambio de las circunstancias objetivas o de las subjetivas del recurrente) una medida cautelar que no se ha solicitado en vía de recurso administrativo.
- Y por último, cabe preguntarse: ¿Es posible que el tribunal revise y revoque la medida cautelar de suspensión acordada motivadamente en vía administrativa, sin que se haya producido ningún cambio de circunstancias? O, lo que es lo mismo, si puede la Administración subrogarse en la función de tutela del interés público que corresponde a la Administración, decidiendo en lugar de ésta cuál es la mejor manera de salvaguardar sus propios intereses.

La pregunta formulada en último lugar —y que constituye el núcleo del presente trabajo— se justifica en la consideración de que en la adopción de la medida cautelar de suspensión operan criterios tanto de legalidad como de oportunidad. Los de legalidad son los fijados en un primer plano de razonamiento por la ley, y se configuran con base en conceptos jurídicos indeterminados pero claramente interpretables a la luz de los principios jurídicos de general aplicación: perjuicios de imposible o difícil reparación en el recurrente y suficiente garantía para el interés público «*en los términos establecidos reglamentariamente*». No lo dice la ley, pero para que la garantía sea *suficiente* ha de ser *posible*, lo que le corresponde valorar a la Administración: pensemos en la orden de derribo de un edificio ruinoso situado junto a un colegio, como ejemplo de muy difícil o imposible garantía de la suspensión.

Pues bien, en este punto se reproduce en cierto modo, pero no de la misma forma, la polémica de las STS antes citada de 6 de octubre de 1998.

3. CUANDO LA ADMINISTRACIÓN SUSPENDE EN VÍA DE RECURSO ADMINISTRATIVO Y LA PETICIÓN SE REITERA EN VÍA JUDICIAL, ¿HA DE REALIZARSE EN LA PIEZA DE CAUTELARES UN NUEVO JUICIO VALORATIVO, O SIMPLEMENTE SE TRATA DE DECIDIR SOBRE LA PROLONGACIÓN DE LA SUSPENSIÓN YA ACORDADA?

Hasta ahora, y con la sola excepción, y no absoluta, de los actos tributarios (reforzada cuando son sanciones en materia tributaria), la jurisprudencia se inclina claramente

por independizar o autonomizar la ponderación de intereses o, dicho de otro modo, *el juicio valorativo cautelar jurisdiccional* del realizado por la Administración.

Así, en principio, en el estado actual de la cuestión la pretensión de tutela cautelar se reabre y se replantea *ex novo* en sede jurisdiccional, sin que, aparentemente, más allá de constituir un elemento valorativo de cara a la ponderación de intereses, sea determinante lo decidido por la Administración. Y el juez debe resolver realizando de nuevo una ponderación circunstanciada de los intereses en conflicto, en la cual la suspensión acordada por la Administración será un elemento más para esa ponderación, pero solo eso.

Sin embargo, creemos indispensable matizar esta inicial conclusión, analizando algunos supuestos que pueden plantearse y de hecho se plantean con relativa reiteración.

Acabamos de decir que la pretensión de suspensión, formulada en vía jurisdiccional (usualmente con el escrito de interposición del recurso) es autónoma y desligada de lo que se ha acordado en vía administrativa. Ciertamente, pero también es cierto que la tutela cautelar es accesoria de la tutela sobre la cuestión principal o de fondo.

Es decir, que puede que en vía administrativa la Administración haya suspendido cautelarmente pero haya desestimado en cuanto al fondo. En tal caso es innegable que existe legitimación para recurrir el fondo, pero junto a esta pretensión de fondo, no es realista pensar que el recurrente deba dejar de formular la pretensión de suspensión cautelar, que tiene una señalada nota de accesoriadad respecto a la primera.

Con ello, nos encontramos con que el acudir a la vía judicial *puede empeorar* la situación del recurrente, que al menos en vía administrativa obtuvo la suspensión cautelar mientras esperaba un pronunciamiento sobre el fondo, mientras que en vía judicial —si entendemos que ésta ha de entrar de nuevo, con criterios propios, a resolver sobre la cuestión— puede ver que su petición es rechazada.

No es infrecuente que en la pieza de medidas cautelares, el abogado de la Administración se oponga formulariamente a la petición de suspensión, pese a que ésta se ha concedido en vía administrativa. Tal proceder, además de evidenciar una cierta descoordinación entre la Administración y su letrado— permite que el órgano judicial pueda considerar, formalmente, que la Administración se opone a la suspensión, cuando en realidad la Administración que ya ha acordado la suspensión carece de legitimación para denegarla (o para pedir su denegación) más tarde, salvo que hubiera habido y se justifique un cambio de circunstancias.

Dicho de otra manera, la pretensión cautelar —el objeto de la tutela cautelar y de la pieza separada— se encontraría con que no existe una pretensión contraria de mantenimiento del acto, por lo que el órgano judicial debiera acordarla, al existir una aquiescencia implícita de la Administración en la suspensión. La pieza de medidas sería así un formalismo desconectado de todo derecho o interés (que son la base de la legitimación, ex art. 24 CE), dado que ni el recurrente tendría un interés añadido en suspender lo que ya está suspendido, ni la Administración en oponerse a conceder lo que ya ha concedido, aunque muchas veces por puro trámite el abogado de la Administración demandada se oponga, mediante un escrito formulario a la suspensión.

Lo anterior sería aplicable a los casos en que la suspensión cautelar se ha producido en vía administrativa *ex lege*, por silencio, como consecuencia de no haber resuelto la Administración en el plazo de un mes la petición de suspensión (art. 117.3 LPAC).

A su vez un caso singular se produce cuando el particular, en vía administrativa de recurso ha obtenido resolución expresa otorgando la suspensión cautelar mientras se tramita el recurso, y transcurre el plazo de resolución presunta en cuanto al fondo (or-

dinariamente un mes), por lo que puede o bien esperar que la Administración dicte resolución expresa, a lo que está obligada, manteniendo suspendida la ejecución del acto mientras tanto, o bien acudir a la vía judicial, impugnando la desestimación producida por silencio. ex art. LPAC.

Pues bien, si el particular acude a la vía judicial puede verse de peor condición que si se limita a esperar que la Administración resuelva su recurso. Porque en este segundo caso tiene asegurada la suspensión hasta tanto la Administración no dicte resolución expresa, lo que puede prolongarse durante mucho tiempo o incluso, que también, no producirse nunca, mientras que si acude a la vía judicial se puede producir una suerte de *reformatio in peius*, colocando en peor situación al particular que acude a la vía judicial en defensa de sus derechos que al que permanece pasivo confiando en la inactividad (irregular) de la Administración.

En fin, también hay que considerar, a la hora de impugnar la absoluta autonomía jurisdiccional para decidir sobre la suspensión cuando ésta ha sido acordada en vía administrativa, la vigencia del principio dispositivo en la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como establecen el artículo 33.1 de la LJCA y una amplia y asentada jurisprudencia (por todas, SSTs de 17 de octubre de 2017 y 5 de abril de 2018). Cuando la propia Administración demandada ha decidido la suspensión del acto impugnado en el procedimiento principal porque entiende que la suspensión es apropiada, está garantizada y no perturba el interés público, el órgano jurisdiccional incurriría en extralimitación valorando o ponderando unos intereses diferentes a los manifestados por la propia Administración. Además de ir contra el carácter revisor de la jurisdicción (con todos los matices que se quieran) ello iría contra el ámbito de enjuiciamiento de la jurisdicción y contra el principio dispositivo, conforme al que las pretensiones de las partes respecto del objeto del proceso vinculan al órgano jurisdiccional.

Ya hemos dicho más arriba que no sólo en el ámbito de la jurisprudencia contencioso-administrativa, sino también en la del Tribunal Constitucional (cfr. STC 148/1993, de 29 de abril) se encuentran ecos de la doctrina que exigiría no sólo la demostración, en la pieza de medidas cautelares, del daño sufrido por el recurrente, sino del perjuicio para el erario o el servicio público, que sería lícito exigir a la Administración.

En fin, cuando la Administración ha suspendido la ejecución en vía administrativa, lo ha hecho no sólo con base en criterios de legalidad, sino muy señaladamente de oportunidad, en legítimo ejercicio de las competencias de gestión de la parcela de interés público que tiene encomendada. Y dichos criterios de oportunidad o conveniencia, aunque no son ajenos al juicio de ponderación de intereses que debe hacer el órgano jurisdiccional, ex art. 130.1 LJCA, deben tomarse con grandes reservas a la hora de ser aplicados por la jurisdicción.

Así, por ejemplo, la existencia de negociaciones (o su intento de facilitación) entre el recurrente y la Administración puede constituir una circunstancia no exteriorizada o formalizada, pero ser esencial para que la Administración adopte la decisión de suspensión de la ejecución del acto mientras éste es impugnado en vía administrativa. Dicha circunstancia muy difícilmente podrá ser tenida en cuenta en su plenitud de matices por el órgano jurisdiccional, por no aparecer formalizada en el expediente de que éste dispone.

Con todo lo anterior se quiere decir que aunque «juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor»³ juzgar no es administrar, y suplantar enteramente

³ Traemos aquí y hacemos nuestro el título del conocido artículo de T.R. Fernández publicado en la *Revisita Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, 1992, págs. 511-532.

el criterio administrativo por el jurisdiccional, denegando la suspensión de la ejecución del acto cuando la Administración la ha acordado, a base de una interpretación restrictiva de los criterios para la adopción de la medida cautelar, seguramente distorsione un tanto la adecuada gestión de la parcela de interés público gestionado por la Administración.

Constituiría, entonces, un *exceso de jurisdicción*, la denegación de la suspensión de la ejecución del acto, en contra tanto de lo pedido por el recurrente como de lo decidido previamente por la Administración. O, dicho de otra manera, se trataría de una decisión huérfana de pretensión, que supondría una vulneración de lo dispuesto por el art. 33.1 LJCA, conforme al cual los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. El límite de lo pedido por el recurrente —la suspensión— y lo decidido por la Administración —la suspensión, que constituye precisamente el objeto de la tutela cautelar— constituirían un valladar que no puede ser sobrepasado por la decisión del órgano jurisdiccional. De ahí que hayamos hablado de exceso de jurisdicción para describir la decisión cautelar que se produce en aparente contradicción con lo hecho por la Administración y lo pedido por el recurrente.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Varios autores. Quinta edición. Ed. Aranzadi, 2013.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Varios Autores. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. Tercera edición, 2004.

«Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor». Tomás Ramón Fernández. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 76, 1992, págs. 511-532.

Manual de Revisión de actos en materia tributaria, Thomson Reuters-Ministerio de Justicia. Libro conmemorativo del 125 aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado. Madrid, 2006.

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Juan Manuel Rodríguez Cárcamo

SUMARIO: 1. LA UNIDAD DE MERCADO COMO UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 1.1. La regulación de la actividad económica en la obra de D. Manuel Goded Miranda. 1.2. El artículo 27 de la LGUM.—2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO.—3. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL. 3.1. Límites a la aplicación de la LGUM. 3.1.1. El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado no es el cauce adecuado para denunciar una invasión competencial. 3.1.2. Imposibilidad de denunciar actuaciones que están amparadas en la normativa estatal. 3.1.3. Imposibilidad de denunciar actuaciones que están amparadas en la legislación autonómica. 3.2. Recursos estimados por la Audiencia Nacional. 3.2.1. Valoración de planes de formación profesional: mayor valoración de sistemas de la propia comunidad autónoma. 3.2.2. Planificación geográfica de salones recreativos. 3.2.3. Horarios comerciales. 3.2.4. Reservas de actividad.—4. LA SENTENCIA 921/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS VTC.—5. VALORACIÓN GLOBAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

1. LA UNIDAD DE MERCADO COMO UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1.1. La regulación de la actividad económica en la obra de D. Manuel Goded Miranda

A lo largo de su amplísima trayectoria profesional, D. Manuel Goded Miranda siempre demostró su maestría en las más variadas materias jurídicas. Los dictámenes que elaboró como abogado del Estado, las sentencias de las que fue ponente como magistrado del Tribunal Supremo y sus numerosas publicaciones dan buena cuenta no sólo de su constante afán por profundizar en el conocimiento de todas las áreas del derecho, sino, ante todo, de su excelencia como jurista.

Como no podía ser menos, la regulación de la actividad económica española no fue ajena a su trabajo. Valgan como meros ejemplos sus ponencias en el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 21 de abril de 1976 sobre el régimen jurídico del Monopolio de Petróleos¹ o en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2002, en la que se examinaron las nuevas concesiones para la explotación de la televisión digital terrestre².

Este artículo pretende reflexionar sobre la problemática de la unidad de mercado en España, mediante el análisis del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado, el cual ha sido incorporado por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía

¹ Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 21 de abril de 1976 sobre el régimen jurídico del Monopolio de Petróleos, publicado en los *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 1976*, pág. 129.

² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 17 de junio de 2002, recurso núm. 106/1999 [ponente: *Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda*], ES:TS:2002:4450.

de la unidad de mercado («LGUM») en el capítulo IV del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) y que constituye una de las novedades más notables de los últimos años en el ámbito de la regulación de la actividad económica en nuestro país.

Se trata de una problemática que encuentra reflejo en el trabajo de D. Manuel Goded Miranda, quien ya en el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 24 de abril de 1989 sobre determinados convenios de colaboración que pretendía celebrar el Comité Ejecutivo del Consorcio de Promoción Comercial de Cataluña (COPCA) en materia de comercio exterior³, del que fue ponente, examinó diversas sentencias del Tribunal Constitucional para alcanzar la conclusión de que el Estado, al que el artículo 149.1.13 de la Constitución le atribuye competencia exclusiva en materia de «*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*» tiene, en términos generales, potestad para **regular** la concesión de ayudas a diversos sectores económicos y sociales cuyas actividades están comprendidas en el ámbito de competencia de una comunidad autónoma, pero no puede **gestionar**, dentro del ámbito territorial de una comunidad autónoma, las medidas de fomento que hayan de concederse a actividades incluidas en la esfera material de competencia exclusiva de aquella comunidad.

De lo anterior concluía que si el Estado no puede gestionar, dentro del territorio de una comunidad autónoma, medidas de fomento respecto de actividades de exclusiva competencia de dicha comunidad, con igual o mayor razón ésta, que no tiene potestades de ordenación de la actividad económica general, tampoco las ostenta para asumir la gestión de tales medidas respecto de una materia —el comercio exterior— que el artículo 149.1.10 de la Constitución atribuye al ámbito competencial exclusivo del Estado.

El dictamen proponía en consecuencia que se impugnasen las resoluciones de la comunidad autónoma que infringían estos principios, analizando para ello las distintas vías existentes en sede constitucional y contencioso-administrativa. Y finalmente concluía que el gobernador civil de Barcelona debía obtener copia de los acuerdos del COPCA objeto de impugnación para la formulación de recurso de reposición ante el propio COPCA, debiéndose remitir los antecedentes posteriormente a la Subdirección General de lo Contencioso a fin cursar las oportunas instrucciones al Servicio Jurídico del Estado en Barcelona para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

El dictamen ilustra cómo la regulación de la actividad económica se enfrenta en nuestro país desde hace años a la dificultad de hacerla compatible con la distribución de competencias entre las distintas Administraciones territoriales. Y ante este tipo de conflictos una de las cuestiones principales que se suscita, tal y como también muestra el Dictamen, es el concreto mecanismo de impugnación de las actuaciones que se examinan, ámbito en el cual la función de la Abogacía del Estado resulta esencial por motivos obvios.

1.2. El artículo 27 de la LGUM

Si bien la LGUM no pretende regular directamente las medidas de fomento que puedan adoptar o gestionar las distintas Administraciones, la ley sí establece una serie de

³ Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 24 de abril de 1989 sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de comercio exterior, publicado en los *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado de 1989*, pág. 133.

principios y de normas básicas en el ámbito de la regulación económica que resultan de aplicación a cualquier actuación administrativa. Además, la LGUM introduce cambios relevantes en los mecanismos procesales a disposición de las distintas Administraciones y de los propios operadores para poder impugnar las actuaciones administrativas que infrinjan tales principios.

El objetivo de la LGUM, en palabras del propio legislador, es establecer los principios y normas básicas que garanticen la unidad de mercado para crear un entorno más favorable a la competencia y a la inversión. Lo que la LGUM pretende, en definitiva, es eliminar las trabas y los obstáculos derivados del crecimiento de la regulación, para hacer frente a la fragmentación del mercado nacional que, según manifiesta el legislador, dificulta la competencia efectiva e impide aprovechar las economías de escala que ofrece operar en un mercado de mayores dimensiones.

Entre estos mecanismos destaca especialmente la legitimación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), conforme al artículo 27 de la LGUM, para la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a cualquier disposición de carácter general, acto, actuación, inactividad o vía de hecho que se considere contraria, en los términos previstos en la LGUM, a la libertad de establecimiento o de circulación procedente de cualquier autoridad competente, de acuerdo con el nuevo procedimiento que se incorpora en la LJCA.

El artículo 27 de la LGUM establece que la CNMC podrá actuar de oficio o a petición de los operadores económicos, que podrán dirigirse a la misma antes de iniciar un procedimiento contencioso-administrativo. La competencia para conocer de estos recursos corresponde en única instancia a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, conforme al artículo 11.1.h) LJCA y, una vez adoptada la decisión de interponer el recurso contencioso-administrativo por la CNMC, corresponde normalmente a la Abogacía del Estado la representación y defensa de la CNMC en el procedimiento contencioso-administrativo. Durante la tramitación del procedimiento, podrá solicitar su intervención además, como parte recurrente, cualquier operador económico que tenga interés directo en la anulación del acto, actuación o disposición impugnada y que no la haya recurrido de forma independiente.

A la vista de todo ello parece oportuno abordar esta novedad en una obra como ésta, de homenaje al gran jurista D. Manuel Goded Miranda y que presta una especial atención a las funciones de los abogados del Estado. Este nuevo procedimiento contencioso-administrativo especial constituye una novedad que no existía cuando se elaboró el Dictamen de la Dirección General de lo Contencioso de 24 de abril de 1989 anteriormente reseñado. Sin embargo, de haber existido, es muy probable que este nuevo mecanismo de impugnación procesal de actuaciones administrativas hubiera merecido la atención de D. Manuel Goded Miranda al tiempo de su elaboración.

2. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

Cualquier análisis de la aplicación de este nuevo procedimiento exige recordar en primer término que este procedimiento ya ha sido examinado por el Tribunal Constitucional. Si bien el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del régimen de suspensión automática de actos que inicialmente contempló el legislador en la regulación del procedimiento, podemos decir que, en términos generales, ha mantenido su vigencia.

En su Sentencia 79/2017, de 22 de junio⁴, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto de diversos preceptos de LGUM, y, en particular, en relación con el artículo 27 LGUM y la introducción de un nuevo procedimiento contencioso-administrativo en la LJCA.

El Parlamento de Cataluña discutía principalmente el nuevo régimen de medidas cautelares, conforme al cual la CNMC podía decidir la suspensión de la resolución con carácter previo a su impugnación. A juicio del Parlamento, este nuevo mecanismo otorgaría una situación exorbitante de privilegio procesal a la CNMC, en relación con la otra parte implicada, es decir, respecto de la Administración de la que dimana el acto o disposición, con unos efectos que irían mucho más allá de la «salv guarda de la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» y que se proyectarían en detrimento del ejercicio de las competencias de la Administración de la Generalitat de Cataluña, lo que supondría un fuerte ataque a las instituciones de su autogobierno y, concretamente, a la potestad legislativa del Parlamento de Cataluña.

El Parlamento de Cataluña criticaba que a este procedimiento especial se le habían otorgado las prerrogativas propias de un recurso de inconstitucionalidad, alterándose de facto la distribución competencial de los artículos 148 y 149 de la Constitución y el sistema de resolución de conflictos de competencias definido en la misma.

Se denunciaba asimismo que un organismo como la CNMC pudiese controlar las disposiciones generales de una comunidad autónoma por suponer un control que va mucho más allá de lo previsto en el artículo 153 de la Constitución, que establece quiénes están constitucionalmente legitimados para ejercer el control de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas.

En la Sentencia 79/2017, el Tribunal Constitucional descarta en primer lugar que el nuevo procedimiento recogido en la LGUM permita que la CNMC interponga un recurso contencioso-administrativo contra una ley de un Parlamento autonómico. El Tribunal Constitucional considera evidente que el control de las disposiciones normativas con fuerza de ley corresponde al Tribunal Constitucional ex artículo 153 de la Constitución, por lo que rechaza la interpretación que a este respecto se hacía en el recurso.

Pero al margen de lo anterior y en relación con la suspensión automática de los actos por la propia CNMC, consideró el Tribunal Constitucional que el legislador ordinario había pretendido asegurar la supremacía, en el mejor de los casos temporal, de la decisión de un concreto órgano estatal frente a determinadas decisiones autonómicas definidas en términos muy amplios. A juicio del Tribunal Constitucional, esa pretensión es en sí misma incompatible con el principio de autonomía constitucionalmente garantizado que no puede verse limitado de ese modo, salvo en los casos constitucionalmente previstos. Así, el Tribunal Constitucional recuerda que si el Estado estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional y respetando en todo caso las competencias que la Constitución (que se entiende que también ha valorado el interés general) ha reservado a otros entes territoriales, lo que excluye las posibilidades de control en supuestos no previstos por el texto constitucional. Por todo ello declara inconstitucional esta concreta previsión de la LGUM.

⁴ Sentencia 79/2017 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 22 de junio de 2017, recurso de inconstitucionalidad núm. 1397-2014 [ponente: *Excma. Sra. Doña Encarnación Roca Trías*], BOE núm. 171, de 19 de julio de 2017, páginas 63054 a 63104, ES:TC:2017:79.

Posteriormente, en su Sentencia 110/2017, de 5 de octubre⁵, el Tribunal Constitucional resolvió el recurso planteado contra la LGUM por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña que planteaba motivos de impugnación adicionales contra este nuevo procedimiento jurisdiccional.

En primer lugar, se cuestionaba la propia legitimación de la CNMC para interponer el recurso. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que la CNMC actúa en defensa de la legalidad y que el hecho de que por ello puedan verse beneficiados los intereses de determinados operadores económicos no supone un tratamiento procesal privilegiado de estos últimos, ni tampoco un menoscabo del tratamiento procesal de sujetos con intereses contrapuestos o de las Administraciones autoras de las disposiciones y actos que resulten impugnados, por considerar la CNMC que los mismos contravienen la libertad de establecimiento o de circulación en los términos previstos en la LGUM. El Tribunal Constitucional entiende que la legitimación de la CNMC se fundamenta en la defensa y promoción de aquellos fines de los que el ordenamiento jurídico le hace garante, los cuales se insertan en la protección de intereses generales vinculados con la garantía y defensa de objetivos económicos, que el Tribunal considera legítimos.

En segundo lugar, se impugnaba la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento del nuevo recurso especial, alegándose que se altera de forma sustancial la distribución competencial prevista en la LJCA, motivo que también fue desestimado en la sentencia.

A la vista de estos pronunciamientos, podemos concluir que se han despejado ya las dudas más relevantes que existían en relación con la posible inconstitucionalidad del procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado.

3. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Tras esta aclaración inicial, procede ya abordar la forma en que la Audiencia Nacional ha venido resolviendo algunos de los primeros procedimientos de los que ha conocido hasta ahora, para valorar el alcance que presenta en estos momentos este nuevo mecanismo procesal, así como sus perspectivas de futuro.

Se distinguirán para ello los asuntos en los que la Audiencia Nacional ha considerado que el recurso no entraba, por diversos motivos, en el ámbito de aplicación de la LGUM, de aquellos otros en los que la Audiencia Nacional ha estimado los recursos planteados por la CNMC. Ello permitirá una mejor comprensión de cuáles son en estos momentos los límites y el futuro ámbito de aplicación de este nuevo tipo de recurso.

⁵ Sentencia núm. 110/2017 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 5 de octubre de 2017, recurso de inconstitucionalidad núm. 1411-2014 [ponente: *Excmo. Sr. D. Pedro José González-Trevijano Sánchez*], BOE núm. 256, de 24 de octubre de 2017, páginas 102482 a 102500, ES:TC:2017:110.

3.1. Límites a la aplicación de la LGUM

3.1.1. *El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado no es el cauce adecuado para denunciar una invasión competencial*

En primer lugar, puede mencionarse la Sentencia de la Audiencia Nacional 118/2016, de 31 de marzo⁶, que resolvió el recurso interpuesto por la CNMC, al amparo de la LGUM, contra el artículo 4 del Decreto 72/2014 de 23 de julio, del Principado de Asturias, que regula los requisitos y ámbito de actuación de las unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales.

La Sala apreció en este caso que la CNMC discutía la competencia autonómica para adoptar la norma impugnada y consideró que, en esas circunstancias, la LGUM no resultaba de aplicación, de forma similar a las consideraciones que a este respecto hizo con posterioridad el Tribunal Constitucional en su Sentencia 79/2017.

En concreto, la Audiencia Nacional precisó (i) que dicho tribunal no realiza ningún pronunciamiento sobre a quién corresponde la titularidad de la competencia para legislar sobre una concreta materia, ni tampoco en qué categoría debe adscribirse la regulación contenida en el precepto impugnado, pues ello excede manifiestamente de la competencia de dicho órgano y (ii) que existen mecanismos jurisdiccionales y constitucionales sobradamente conocidos para resolver dicho conflicto. Recordó también que si el Estado estima que sus competencias han sido invadidas por una regulación autonómica que regula materias que le están vedadas, deberá impugnar dicha normativa, si así lo estima oportuno, por los medios establecidos al efecto que, también sin género de dudas, no se encuentran en la LGUM, norma que parte de presupuestos distintos.

3.1.2. *Imposibilidad de denunciar actuaciones que están amparadas en la normativa estatal*

También resulta oportuno reseñar brevemente la Sentencia de la Audiencia Nacional 119/2016, de 31 de marzo⁷, que resolvió el recurso interpuesto por la CNMC al amparo de la LGUM contra la resolución del director general de la Salud Pública de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de fecha 20 de noviembre de 2014, por la que se denegó a una empresa la renovación de una autorización sanitaria de funcionamiento del servicio de prevención ajeno referida a la unidad de medicina del trabajo o Unidad Básica Sanitaria.

En esta ocasión, la Sala declaró que los actos recurridos tenían amparo en determinada normativa estatal y, en particular, en un real decreto. La Audiencia Nacional consideró que el Estado había ejercido sus propias competencias en la materia, por lo que no podía invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni por tanto aplicarse la LGUM. Señaló en concreto que siendo la normativa estatal la que justificaba la adopción de los actos recurridos, no resultaba de aplicación la LGUM, ya que puede razonable-

⁶ Sentencia núm. 118/2016 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 31 de marzo de 2016, recurso núm. 50/2015 [ponente: *Excmo. Sr. D. Santiago Pablo Soldevila Frago*], Roj: SAN 1147/2016, ES:AN:2016:1147.

⁷ Sentencia núm. 119/2016 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 31 de marzo de 2016, recurso núm. 396/2015 [ponente: *Excmo. Sr. D. Santiago Pablo Soldevila Frago*], Roj: SAN 1148/2016, ES:AN:2016:1148.

mente concluirse que cuando es el Estado quien ejerce su propia competencia al regular una materia, y lo hace de forma plena, no puede invocarse frente al mismo la fragmentación del mercado, ni la necesidad de acudir a mecanismos de garantía de unidad de mercado, pues no cabe duda de que una regulación uniforme y homogénea es una fórmula que evita con toda seguridad cualquier tipo de fragmentación o dispersión.

3.1.3. Imposibilidad de denunciar actuaciones que están amparadas en la legislación autonómica

También podemos referirnos a la Sentencia de la Audiencia Nacional 89/2017, de 28 de febrero⁸, que analizó el recurso interpuesto por la CNMC, al amparo de la LGUM, contra la resolución de 24 de abril de 2015, dictada por la directora general de Comercio y Empresa actuando por delegación del consejero de Economía y Competitividad del Gobierno Balear, que denegó la autorización de gran establecimiento comercial para la implantación de un centro comercial colectivo en el sector de planeamiento Ses Fontanelles I, término municipal de Palma de Mallorca.

En este asunto se discutía esencialmente sobre la aplicación del artículo 5, apartado 4 de la Ley 11/2014, de 15 de octubre, de Comercio de las Illes Balears, el cual prohíbe expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelo que no tenga la clasificación de suelo urbano definido en la legislación urbanística vigente. El suelo en el que se ubicaba el centro comercial para el que se solicitaba la autorización no tenía la clasificación de suelo urbano.

En su sentencia, la Sala recordó en primer término, que la legislación autonómica no podía ser directamente inaplicable al amparo de la LGUM. En concreto, la Sala consideró que en el supuesto analizado, un primer planteamiento dirigido a soslayar directamente la Ley autonómica por razón de los principios reconocidos por la LGUM e invocados por la parte recurrente (Abogado del Estado y operador económico afectado), debía rechazarse, sin que la misma LGUM proporcione mecanismo alguno que habilite la inaplicación de la Ley 11/2014, del Gobierno Balear, por la sencilla razón de que no puede hacerlo sin socavar la estructura territorial del Estado acogida en la Constitución y la potestad legislativa reconocida a las Comunidades Autónomas por el mismo texto constitucional.

A continuación, la Audiencia Nacional abordó la posibilidad de interpretar la legislación autonómica de un modo conforme con los preceptos de la LGUM. Consideró a este respecto que, una vez abandonada una interpretación que cabría considerar de máximos, procede plantearse si, admitida la vigencia y necesaria aplicación del requisito y consiguiente prohibición previstos en la Ley 11/2014, cabe una interpretación de los mismos que resulte conforme con los principios de la LGUM.

Y en este concreto ámbito de la interpretación conforme, la Audiencia Nacional no encontró en ese caso una posibilidad que le permitiese interpretar la norma autonómica en el sentido solicitado por la CNMC y por el operador económico, por ser clara la norma autonómica que prohibía expresamente la implantación de establecimientos comerciales en suelos que no tuviesen la clasificación de suelo urbano.

⁸ Sentencia núm. 89/2017 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 28 de febrero de 2017, recurso núm. 463/2015 [ponente: *Excmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías*], Roj: SAN 761/2017, ECLI: ES:AN:2017:761.

3.2. Recursos estimados por la Audiencia Nacional

3.2.1. *Valoración de planes de formación profesional: mayor valoración de sistemas de la propia comunidad autónoma*

Pasando ya a los recursos de la CNMC que han sido estimados por la Audiencia Nacional, podemos referirnos en primer lugar a Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de diciembre de 2017⁹ que resolvió el recurso contra la Orden de 25 de noviembre de 2015, de la Consejería de Economía, Empresas y Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que regula el desarrollo de la formación profesional para el empleo y que incluía una mayor valoración o puntuación de la implantación del sistema de calidad de Castilla-La Mancha frente a otros sistemas o certificados de acreditación de calidad equivalentes.

La Audiencia Nacional estimó el recurso de la CNMC por considerar que la potestad reglamentaria reconocida a las comunidades autónomas no da cobertura a la distribución de puntos que recogía el apartado impugnado de la norma, cuando el mismo resultaba abiertamente contrario a una norma con rango de Ley, como es la LGUM. Asimismo, la Sala apreció que era la notable desproporción en la valoración del mérito la que debía conducir a su anulación, pues implicaba que se viesen afectados, precisamente, el libre establecimiento y circulación que protege el artículo 18 de la LGUM.

3.2.2. *Planificación geográfica de salones recreativos*

En la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2018¹⁰ se examinó el recurso interpuesto por la CNMC contra el Reglamento de Salones Recreativos y Salones de Juego de la Comunidad Valenciana aprobado por Decreto 55/2015, de 30 de abril, en lo relativo a la prohibición de instalación de nuevos salones de juego cuando exista otro u otros salones de juego autorizados dentro de un radio de 800 metros.

La Audiencia Nacional realizó las siguientes consideraciones respecto de la planificación geográfica de esta actividad: (i) la prohibición de establecimiento de nuevos salones recreativos o de juego en un radio inferior a 800 metros respecto de los ya existentes constituye una limitación al ejercicio de una actividad económica, limitación que es objetiva por basarse en un dato, la distancia, susceptible de ser constatada por la simple medición, sin que requiera de valoración alguna y que, al propio tiempo, resulta eficaz en cuanto limita necesariamente el número de posibles negocios de esta clase en las zonas en las que pudieran ser comercialmente rentables al autorizarse un número menor de ellos por superficie, con la consiguiente restricción de la posibilidad de ejercer la actividad económica correspondiente y (ii) dicha limitación, objetiva y eficaz, para el ejercicio de la actividad económica que se desarrolla en los salones recreativos o de juego, ha de justificarse en una razón imperiosa de interés general de las comprendidas en la LGUM y, además, en caso de constatarse la existencia de dicha razón, resultar la medida proporcionada a la misma.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 22 de diciembre de 2017, recurso núm. 163/2016 [ponente: *Excmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías*], ES:AN:2017:5438.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 8 de marzo de 2018, recurso núm. 549/2015 [ponente: *Excmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías*], ES:AN:2018:964.

Tras realizar las consideraciones anteriores, la sentencia estimó el recurso de la CNMC por falta de motivación de las concretas distancias que se habían incluido en el Decreto. La Audiencia Nacional aclara que no se cuestiona en la sentencia que la determinación de la distancia entre esta clase de locales sea una competencia autonómica, sino que la distancia fijada concretamente por el Decreto 55/2015 carezca de una motivación suficiente anclada en razones imperiosas de interés general, en el entendido de que el ejercicio de aquella competencia encuentra como límite necesario el libre acceso y ejercicio de las actividades económicas en los términos que resultan de la LGUM. Por ello, la sentencia recuerda que su pronunciamiento no implica que no puedan fijarse distancias mínimas para la ubicación de los locales destinados a salones recreativos o de juego ya que esta posibilidad que está admitida tanto en la legislación estatal, como en la propia legislación autonómica.

3.2.3. Horarios comerciales

Se mencionará a continuación la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2018¹¹, que trae causa de la impugnación por la CNMC de una resolución de las autoridades de la Generalitat Valenciana, en virtud de la cual se rechazaba la solicitud de concesión de un régimen de horarios comerciales o, en su caso, de declaración de Zona de Gran Afluencia Turística en relación con la actividad desarrollada por un centro comercial, que si bien se ubica en la trama urbana o núcleo urbano de Valencia, sin embargo, no está situado en el término municipal de dicha ciudad, sino en un municipio limítrofe. Se alegaba que esta situación provocaba un efecto de discriminación entre dicho centro comercial y los restantes centros comerciales de la ciudad de Valencia, todos los cuales actúan conforme a un régimen de libertad horaria derivado de que todos ellos están ubicados en Zonas de Gran Afluencia Turística.

La Audiencia Nacional valoró que la Generalitat Valenciana había denegado la libertad de horario comercial solicitada por el centro comercial apoyándose exclusivamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación autonómica sectorial, pero sin tener en cuenta en su interpretación los principios de necesidad y de proporcionalidad, lo cual creaba barreras anticompetitivas que podrían haberse evitado, ya que no se había acreditado que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente del lugar donde se realiza la actividad que aconsejaran no conceder la libertad de horarios a dicho centro.

La sentencia explica que los principios de necesidad y de proporcionalidad obligan a motivar y a justificar la necesidad de exigir límites para el acceso a una actividad económica —en este caso para conceder al centro comercial la libertad de horario comercial— en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general. Y considera que en este caso la autoridad autonómica competente no valoró adecuadamente que, de acuerdo con la legislación autonómica, podían concederse horarios excepcionales al régimen general valorando, entre otras circunstancias, la localización del establecimiento y los hábitos de compra como supuestos que podían permitir la autorización de horarios excepcionales. La sentencia considera que si los requisitos que fija la legislación autonómica se hubieran interpretado de acuerdo con los principios de necesidad y de proporcionalidad se habría evitado la creación de barreras anticompetitivas que habían perju-

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 14 de mayo de 2018, recurso núm. 201/2015 [ponente: *Excm. Sra. Doña Berta Santillán Pedrosa*], ES:AN:2018:2026.

dicado al centro comercial, por cuanto no se le había reconocido la misma situación de horarios comerciales que al resto de los centros comerciales situados en la misma trama urbana de la ciudad de Valencia.

Admite igualmente la sentencia que la autoridad autonómica no se apoyó en razones de interés general para poder denegar la libertad de horarios comerciales solicitada por el centro comercial cuando, por el contrario, la legislación autonómica permite que la declaración de Zona de Gran Afluencia Turística pueda extenderse a todo o a parte del territorio municipal o del núcleo urbano.

La Audiencia Nacional aclara que su pronunciamiento no cuestiona ni la competencia ni la regulación de la comunidad autónoma en materia de horarios comerciales. Únicamente revisa que la autoridad autonómica haya dictado la resolución impugnada apoyándose exclusivamente en las limitaciones previstas en la legislación autonómica sectorial, sin tener en cuenta que las excepciones previstas en la legislación autonómica en esta materia, interpretadas con arreglo a los principios de necesidad y de proporcionalidad, previstos en una norma con rango de ley dictada por el Estado (la LGUM) al amparo de los artículos 149.1.1, 149.1.6, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución, hubieran permitido acceder a la solicitud del centro comercial al no concurrir (o al menos, no se acreditó que concurrieran) razones de interés general que pudieran justificar esas limitaciones con una interpretación menos restrictiva.

3.2.4. *Reservas de actividad*

En las Sentencias de la Audiencia Nacional de 10 de septiembre de 2018¹² y de 31 de octubre de 2018¹³, la Audiencia Nacional ha estimado sendos recursos de la CNMC relativos a actuaciones autonómicas y locales que impedían a los ingenieros industriales suscribir inspecciones técnicas (ITES) de edificios o que denegaban ciertas subvenciones porque el informe de evaluación del edificio que se había de acompañar a la solicitud no estaba firmado por técnico competente, que a estos efectos sería solo un arquitecto o un arquitecto técnico, alegándose además, por el mismo motivo, que el proyecto de instalación de un ascensor no cumplía los requisitos exigibles.

La Audiencia Nacional ha recordado en estas sentencias que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las ITES, no corresponde al Estado la determinación de las condiciones en las que se debe llevar a cabo la ITE, dado que su regulación, salvo lo referente al certificado energético del edificio, no puede fundamentarse en el artículo 149.1.23 de la Constitución (legislación básica de medio ambiente), ni en el artículo 149.1.25 de la misma (bases del régimen minero y energético). Tampoco puede fundamentarse su regulación por el Estado en el artículo 149.1.1 de la Constitución (condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), ni en su artículo 149.1.13 (planificación general de la actividad económica), ni en el artículo 149.1.18 (bases del régimen jurídico de las administraciones públicas).

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 10 de septiembre de 2018, recurso núm. 10/2017 [ponente: *Excm. Sra. Doña Ana Isabel Resa Gómez*], ES:AN:2018:3388.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 31 de octubre de 2018, recurso núm. 5/2017 [ponente: *Excmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal*], ES:AN:2018:4173.

Por tanto, la sentencia admite que corresponde a las comunidades autónomas la regulación en materia de ITES en virtud de las competencias sobre vivienda y urbanismo. No obstante, la Audiencia Nacional también aprecia que las ITES constituyen un servicio sometido a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en virtud de la cual el establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional y no discriminatorio.

Aclara que la necesidad implica que la restricción aparezca justificada por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente y que la proporcionalidad implica que el régimen restrictivo sea el medio más adecuado para garantizar el objetivo que se persigue, porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. Explica también que la no discriminación exige que el régimen restrictivo no discrimine directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o del lugar de ubicación del domicilio social. Se remite para ello también al artículo 129 de la Ley 49/2015, de Procedimiento Administrativo Común, el cual establece que las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.

En relación con las subvenciones, tras recordar que se había declarado inconstitucional la normativa estatal que en su momento sirvió de fundamento para la adopción de las resoluciones impugnadas, declara que dichas actuaciones también están sometidas a la LGUM y que, por tanto, deben quedar sujetas a control conforme a los principios de proporcionalidad y de no discriminación.

En ambas sentencias, la Audiencia Nacional considera que no se justificaron las razones invocadas por las Administraciones demandadas pues no se acreditó, en virtud de los principios de necesidad y proporcionalidad, que concurrieran razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente que justificasen las reservas de actividad examinadas impuestas a aquellas titulaciones concretas, con exclusión de las demás, en lugar de optar por la vinculación a la capacitación técnica del profesional en cuestión.

4. LA SENTENCIA 921/2018 DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS VTC

Especial atención merece la Sentencia 921/2018, de 4 de junio, del Tribunal Supremo¹⁴. Se trata del recurso interpuesto por la CNMC contra el Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT).

Frente a los asuntos que se han venido comentando hasta aquí, este asunto presenta diversas particularidades que merecen ser especialmente destacadas.

En primer lugar, se trata de un recurso que, si bien se interpuso inicialmente por la CNMC ante la Audiencia Nacional, tras declararse ésta incompetente, fue conocido por el Tribunal Supremo, el cual confirmó su competencia para conocer de este tipo de re-

¹⁴ Sentencia núm. 921/2018 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), de 4 de junio de 2018, recurso núm. 438/2017 [ponente: *Excmo. Sr. Eduardo Espin Templado*], ES:TS:2018:1913.

cursos, cuando los mismos se dirigen, como ocurría en este caso, contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, conforme al artículo 12.1.a) LJCA.

En segundo lugar, se trata de un recurso en el que la Abogacía del Estado defendía la validez de la disposición general impugnada por tratarse de un real decreto, no representando, por tanto, en este caso, a la CNMC.

El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de la CNMC. Lo hizo en lo relativo a la exigencia de una flota mínima de siete vehículos para el ejercicio de la actividad de arrendamiento de vehículos de turismo con conductor o VTC. A juicio del Tribunal Supremo, este requisito constituye una limitación al ejercicio de esta actividad que excluye a pequeños empresarios del ejercicio de la misma y que carece, sin embargo, de una razón de interés general o de necesidad que la justifique, por lo que resulta contraria a derecho.

La sentencia desestimó el recurso en todo lo demás. Más allá de las concretas razones por las que lo hizo en relación con cada uno de los motivos alegados, interesa aquí reflejar las consideraciones que se contienen en la sentencia respecto del posible enjuiciamiento de una norma estatal como la que se examinaba en el asunto, tomando como parámetro de validez a la LGUM.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que un planteamiento de este tipo debe ser atendido tanto por razones de carácter general, como por expresa disposición de los preceptos de la propia LGUM.

Desde una perspectiva general, el Tribunal Supremo recuerda en su sentencia que una disposición reglamentaria ha de respetar toda norma de rango superior y por tanto, en principio, todas las leyes que puedan afectarle, y no sólo aquella de la que sea directo desarrollo. La sentencia afirma que la prevalente relación entre una disposición reglamentaria y la ley que desarrolla no excluye la necesidad de que el reglamento no incurra en vulneraciones de otras normas del ordenamiento de rango superior que puedan incidir en la materia regulada.

La sentencia refuerza este razonamiento recordando que en este caso, además, ha de tenerse en cuenta que la LGUM se dicta inmediatamente después de la Ley 9/2013, que modificó la LOTT y determinó la necesidad de las modificaciones reglamentarias impugnadas, y que además la propia LGUM, norma posterior, hace expresa referencia a su incidencia en el sector de los transportes. De ello deduce el Tribunal Supremo que el legislador era perfectamente consciente de las repercusiones de la LGUM sobre la Ley sectorial en esta materia.

El Tribunal Supremo afirma también que en este asunto la invocación de la LGUM como parámetro de legalidad tiene un especial interés por el carácter transversal de la misma. Considera así la sentencia que no puede aducirse su desplazamiento por razón del criterio norma general versus norma especial (la LOTT), puesto que la LGUM tiene como finalidad específica y expresamente declarada precisamente la de incidir en la interpretación y aplicación de las normas sectoriales sobre las que se proyecta, efecto transversal sin el cual en puridad carecería de eficacia normativa.

El Tribunal Supremo recuerda a este respecto que en el preámbulo de la LGUM se dice taxativamente que *«todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía»*. Reitera el Tribunal Supremo que otra cosa es el preciso efecto de la LGUM

sobre una concreta regulación sectorial, pero que está fuera de duda la aplicabilidad de la LGUM a este tipo de litigio en el sentido de que es preciso examinar las alegaciones de ilegalidad del real decreto impugnado basadas en la supuesta vulneración de dicha ley.

Además de estas consideraciones generales, el Tribunal Supremo considera que hay que estar a las expresas determinaciones de la propia LGUM y, en este caso, de la Ley 9/2013 que reformó la LOTT y que dio lugar a la modificación de su reglamento por el real decreto impugnado.

En este punto se remite nuevamente a la exposición de motivos de la LGUM, cuyo valor interpretativo, a su juicio, no puede ser minusvalorado y que es terminante al referirse a la aplicación de la ley al sector del transporte. Destaca a este respecto que, además del mandato dirigido a las Administraciones Públicas de respetar los principios recogidos en la ley, se alude a la Ley 17/2009, de trasposición de la Directiva de Servicios, como *«precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas»*, añadiendo que *«esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación»*.

El Tribunal Supremo recuerda también que el preámbulo contiene incluso una referencia expresa al sector del transporte urbano, en particular a los taxis y al arrendamiento de los vehículos con conductor, lo que evidencia la clara idea del legislador sobre la aplicabilidad de la LGUM a la materia objeto del litigio.

En la explicación del contenido de la ley y al referirse al capítulo IV de la misma (que versa sobre las garantías al libre establecimiento y circulación), el legislador menciona los tres instrumentos posibles para el ejercicio de actividades económicas, la comunicación, la declaración responsable y la autorización. Y tras referirse a los motivos que justifican el empleo del mecanismo más restrictivo, la autorización, afirma que *«la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de esta Ley»*.

La sentencia concluye que la expresa mención de la materia sobre la que versa el recurso, evidencia la aplicabilidad de la LGUM a la materia litigiosa y obliga a examinar la conformidad de los preceptos reglamentarios impugnados con dicho texto legal.

5. VALORACIÓN GLOBAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

La primera reflexión que merecen todas las sentencias que se han citado anteriormente es que, frente a la visión del procedimiento especial para la garantía de la unidad

de mercado como un instrumento a disposición exclusiva de la Administración del Estado y que sería principalmente empleado para limitar el ámbito de autonomía de otras Administraciones territoriales, el mismo se ha revelado como un mecanismo transversal que pretende favorecer el ejercicio de las actividades económicas y que permite a la CNMC impugnar actos o disposiciones de todas las Administraciones públicas, incluida la Administración estatal. Esta circunstancia permite contestar a aquellas voces críticas con el nuevo mecanismo por su carácter supuestamente invasivo de las competencias de las restantes Administraciones y muy especialmente, de las competencias de las comunidades autónomas.

En segundo lugar, se aprecia también en todas estas sentencias que el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado no resulta un procedimiento idóneo para resolver conflictos estrictamente competenciales. Así, tanto el Tribunal Constitucional como la propia jurisdicción ordinaria parecen ser conscientes de que el conflicto sobre la titularidad de la competencia y muy en especial, la manifestación de este conflicto cuando el ejercicio de la competencia se ha producido mediante la aprobación de normas de rango legal, excluye la aplicación del mecanismo.

No obstante, se plantean dudas cuando la disposición impugnada tiene rango reglamentario y de lo que se trata es de valorar su adecuación, no sólo a la legislación que dicha disposición desarrolla, sino también a la propia LGUM.

Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 921/2018, de 4 de junio, ha declarado que la LGUM sirve como parámetro de enjuiciamiento de una norma reglamentaria estatal sectorial, más allá de lo que disponga la propia legislación sectorial, también estatal, que la norma reglamentaria desarrolla. Por el contrario, la Audiencia Nacional, en su sentencia 89/2017, de 28 de febrero consideró que le estaba vedado anular la norma reglamentaria autonómica porque ello habría supuesto la inaplicación de la legislación autonómica objeto de desarrollo, sin que en aquel caso cupiese tampoco el instrumento de la interpretación conforme para acomodar ambas realidades normativas.

Parece claro que la aplicación de este nuevo procedimiento requiere todavía de una mayor interpretación jurisprudencial para que se vayan solventado las dudas que se van suscitando a medida que este mecanismo comienza a aplicarse.

No resulta muy acertado en todo caso excluir la aplicación del procedimiento por considerar que la disposición o actuación autonómica o local impugnada cuenta con un expreso respaldo en una determinada disposición estatal. Tal y como ha recordado el Tribunal Supremo, toda norma reglamentaria debe respetar los preceptos de las normas de rango legal, entre las cuales se encuentra la LGUM. Por ello, en los casos en los que una disposición o actuación autonómica o local cuente con más o menos respaldo en una determinada disposición estatal, ello no debería excluir sin más la utilización de la LGUM como parámetro para el enjuiciamiento de dicha actuación o disposición autonómica o local, precisamente porque la disposición normativa estatal también debe respetar los principios que impone la LGUM.

De este modo, si la propia disposición estatal que supuestamente da cobertura a la norma autonómica o local enjuiciada no respeta los principios de la LGUM, dicha actuación autonómica o local debería ser también anulada. Y esta es una cuestión que debería valorar la jurisdicción ordinaria cuando conoce de este tipo de recursos, sin excluir el análisis con el único argumento de que existe una disposición estatal que da cobertura a la actuación impugnada.

Una tercera reflexión que resulta conveniente realizar, sobre todo teniendo en cuenta que esta obra presta especial atención a la función de la Abogacía del Estado, es la relativa al papel que desempeñan los abogados del Estado en la tramitación de estos recursos. En muchas ocasiones, representarán y defenderán a la CNMC, cuando se impugnen actuaciones procedentes de las Administraciones autonómicas y locales. En otras ocasiones, por el contrario, defenderán a la Administración del Estado, cuando lo que la CNMC impugne sean actuaciones o disposiciones estatales. Ello supone un indudable reto para la Abogacía del Estado, del que seguro saldrá airoso con la profesionalidad que siempre la ha caracterizado.

También merece una especial mención el papel que en estos recursos desempeñan los operadores económicos privados. Una de las principales novedades procesales de este procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado es que los particulares ya no comparecen únicamente en calidad de codemandados en apoyo de la Administración, sino también como correcurrentes, pudiendo incluso instar a la CNMC la presentación del recurso.

La participación de los operadores económicos en estos recursos resulta particularmente útil en muchas ocasiones para un adecuado funcionamiento del mecanismo y, en definitiva, para una correcta aplicación de la LGUM. Así, los operadores a menudo conocerán de primera mano la realidad sobre la que se discute y podrán aportar datos e informaciones al procedimiento que a buen seguro contribuirán a que los órganos jurisdiccionales puedan adoptar decisiones con el mejor fundamento. Por ello, no parecen acertadas determinadas interpretaciones rigurosas de las disposiciones procesales que dificultan su participación en el procedimiento, cuando dicha participación puede ser uno de los elementos que en mayor medida contribuyan a la consecución de los objetivos que se ha marcado la ley.

Conviene recordar que en otros Tribunales para los que la interpretación de la regulación de la actividad económica constituye uno de sus cometidos principales, la participación de los operadores afectados resulta esencial para un adecuado funcionamiento del procedimiento. Puede citarse como ejemplo la tramitación de las cuestiones prejudiciales que se plantean ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que la participación de las partes del procedimiento nacional, tanto en la fase escrita, como en la fase oral del procedimiento, permite a dicho Tribunal una mejor comprensión de la realidad económica de la que se discute.

Por último, no está de más hacer también una breve reflexión sobre la circunstancia de que el ámbito de aplicación judicial de la LGUM no se limita, ni mucho menos, al procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado. Como es evidente, esta ley resulta de aplicación, por ejemplo, a cualquier otro procedimiento contencioso-administrativo no instado por la CNMC y en el que se plantee el examen de validez de una determinada actuación administrativa tomando como parámetro de enjuiciamiento alguno de los principios que la propia LGUM recoge. Desde esta perspectiva, el ámbito de aplicación de la LGUM resulta enormemente amplio.

Pero, dicho esto, el procedimiento especial para la garantía de la unidad de mercado presenta la particularidad de que su conocimiento se atribuye a determinados órganos jurisdiccionales (Audiencia Nacional y también Tribunal Supremo), por lo que la aplicación que dichos órganos realicen de la mencionada ley constituirá sin lugar a dudas un punto de referencia para su aplicación por cualquier otro órgano jurisdiccional.

EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN: PARADOJAS

Pilar Cancer Minchot

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL OJO DE LA AGUJA.—2. CARGA DEL RECURRENTE Y DISCRETIONALIDAD DEL TS EN ORDEN A LA APRECIACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO.—3. BREVE REFERENCIA A LOS SUPUESTOS JUSTIFICATIVOS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO.—4. SOBRE EL CONTENIDO Y EFECTOS DEL AUTO DE ADMISIÓN.—5. LA SENTENCIA Y EL IUS LITIGATORIS

1. INTRODUCCIÓN: EL OJO DE LA AGUJA

Con este trabajo quiero rendir homenaje a nuestro querido maestro, don Manuel Goded. Porque él se habría dado cuenta a la primera lectura —como lo hizo mi padre, compañero suyo en el TS, que mucho lo apreció— de que el supuestamente tan nuevo recurso de casación —introducido por la Ley LO 7/2015, de 21 de julio y que entró en vigor el 22-7-2016— tiene mucho que ver con la antigua apelación ante el TS que ellos vivieron. Porque si el interés casacional objetivo es el ojo de la aguja, por él se entra en el Reino de los Cielos.

Así, en principio, el «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» se ha convertido en la piedra angular de la nueva casación, pues condiciona la propia admisión del recurso, y, en definitiva, que el Tribunal de Casación (normalmente el Tribunal Supremo, por ello, por simplificar, me referiré a él) tenga ocasión de pronunciarse sobre el fondo del asunto. La LJCA destaca su importancia incluso configurando una sección de la Sala Tercera del TS dedicada a la admisión (art. 90.2), y se ocupa de dar especial publicidad a sus decisiones.

Se ha dicho así que en el nuevo recurso prevalece en el «*ius constitutionis*» en una forma tal que lo aproxima al *certiorari* del Tribunal Supremo de Estados Unidos; en fin, si buscamos similitudes patrias, resulta el concepto de «interés casacional objetivo» similar, en mi opinión, a la necesaria «relevancia constitucional» del recurso de amparo español como presupuesto de su admisión, introducida en la reforma de la LOTC de 2007. Como ha dicho el propio TS en el ATS de 25-1-2017, RCA 15/2016, y repite entre muchos otros el ATS de 27-11-2017, RCA 4616/2017, estamos «*en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme*».

Y, en orden a la apreciación de la concurrencia de este presupuesto de admisión, la discrecionalidad otorgada por la reformada LJCA al Tribunal Supremo para decidir qué tiene «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» es amplísima, —salvo en un único supuesto, y en menor grado, en otro—. Por ello, aunque aparentemente el elenco de resoluciones susceptibles de casación de ha ampliado —todas las sentencias, salvo las susceptibles de apelación, si bien con ciertas limitaciones en el caso de las sentencias de los Juzgados, arts. 86 y 87 LJCA—, lo cierto es que no puede hablarse en modo alguno de la existencia de una condición objetiva de recurribilidad en las resoluciones judiciales en principio susceptibles de casación, en sí mismas consideradas; y la realidad práctica es que, a esta fecha, las admisiones se han reducido a menos del 20% de los recursos preparados.

Eso sí, el «*ius litigatoris*» reverdece, y de qué forma, una vez admitido el recurso.

2. CARGA DEL RECURRENTE Y DISCRECIONALIDAD DEL TS EN ORDEN A LA APRECIACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

En el nuevo recurso, es carga del recurrente invocar y justificar la concurrencia un supuesto de interés casacional objetivo; pero el Tribunal Supremo no está vinculado por la justificación y/o concurrencia del supuesto o supuestos alegados por el recurrente, ni para admitir, ni para inadmitir el recurso, salvo en un único supuesto-apartamiento deliberado de la Jurisprudencia (y, en menor medida, en otro, anulación de disposición general).

Así, el art. 89.2 f) exige en la preparación del recurso (art. 89.3 «in fine»), «especialmente» que el recurrente *«fundament(e) con singular referencia al caso»* que la resolución judicial recurrida incurre en alguno de los supuestos del 88.2 y 3. En caso contrario, se incurre en causa de inadmisión, no por carencia de interés casacional, sino por *«incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación»*, ex art. 90.4 b) LJCA.

La «singular referencia al caso» viene justificada porque ya el ATS de 21-3-2017, RCA 308/2016, explica que el nuevo recurso no persigue la formación de jurisprudencia *«en abstracto, sino en relación con las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto de la Sentencia o debieran haberlo sido, y ello en cuanto que sigue siendo un recurso extraordinario para la tutela de los derechos subjetivos hechos valer por las partes en el proceso...»*.

Pero, se justifique o no un supuesto, el Tribunal siempre puede inadmitir por falta de interés casacional objetivo (90.4 d). Por ello, el TS ha interpretado el art. 89 en el sentido de que exige que el escrito de preparación fundamente no solo los supuestos que permiten apreciar la concurrencia de interés casacional, sino también la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo en la cuestión planteada.

Como recuerda, entre muchos otros, el ATS de 3-4-2017, RCA 411/2017, hay que justificar interés casacional objetivo respecto del «asunto» planteado en torno a las infracciones denunciadas, y *«por tal “asunto” ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso»*.

En todo caso, insistimos, la alegación y justificación de que la resolución incurre en alguno o algunos de los supuestos del reformado art. 88.2 y 3 de la LJCA, no vincula al Tribunal Supremo, ni impidiéndole inadmitir (lo que es obvio), ni impidiéndole admitir (lo que ya no resulta tan obvio).

Esta discrecionalidad o amplísimo margen de apreciación otorgada al Tribunal de casación resultaba evidente del tenor del propio art. 88: Así, en cuanto al margen de apreciación otorgado al TS para apreciar que no existe «interés casacional objetivo» aún «fundamentado» en la preparación, y que por tanto procede inadmitir, basta (i) observar que el art. 88 utiliza los verbos «estimar» en el 88.1 para referirse a la constatación por el TS de la existencia de interés casacional, y «apreciar» en el 88.2 y 3; (ii) utiliza el potestativo «podrá» para referirse a la apreciación por el TS del interés casacional objetivo (y, en definitiva, a la admisión del recurso) en los supuestos del párrafo 2; (iii) que tal artículo 88 permite incluso que, aun concurriendo los supuestos que podríamos llamar «reforzados» del párrafo 3 (en que se presume el interés casacional), se inadmita —quiera sea motivadamente— el recurso por falta —si bien sea «manifiesta»— de interés casacional (salvo en el supuesto ya destacado); y (iv), en definitiva, la LJCA no obliga a motivar en todos los casos la decisión que se adopte sobre admisión del recurso.

Los supuestos del art. 88.2 se configuran como meramente indicativos o indiciarios —el TS «podrá apreciar» la existencia de interés casacional—, y los del 88.3, como pre-

suntivos—; se «presumirá» que existe interés *casacional objetivo* y sólo se podrá inadmitir cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece «manifiestamente» de interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia.

Solo en un caso la concurrencia del supuesto implica la existencia de interés casacional objetivo, pues se elimina tal posibilidad de acordar la inadmisión: el caso del apartamento deliberado de la Jurisprudencia del 88.3 b).

Y existe un supuesto en que el margen de apreciación no se elimina, pero se limita, el del art. 88.3 c) («cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general»), pues en este caso, manteniéndose pese a la inicial presunción favorable la potestad del Tribunal de casación de apreciar la carencia de interés casacional objetivo, queda limitado en su apreciación a que «esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente».

En cuanto a qué significa que la falta de interés casacional objetivo sea «manifiesta», p. ej., el ATS de 23-3-2017, RCA 565/2017, con cita del Auto de 6-3-2017, señala que «implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (...) como puede ocurrir, por ejemplo, cuando se planteen cuestiones que ya han sido abordadas y resueltas por una consolidada jurisprudencia, sin aportar argumentos sólidos a favor de una reconsideración de la doctrina jurisprudencial asentada». En general, se inadmite cuando el asunto incurre en «casuismo», p. ej., en el ATS de 8-5-2017, RCA 1439/2017, se dice que en la inexistencia de Jurisprudencia del 88.3 a) no «(cabe) incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo»; y p. ej., el ATS de 6-2-2017, rec. cas. 35/2016, inadmite pues «la cuestión planteada en casación, en consecuencia, carece de la nota de generalidad que vendría a justificar un pronunciamiento de esta Sala para establecer una pauta que pudiera servir de orientación para la eventual resolución de otros casos, al margen de las singulares circunstancias concurrentes en ellas».

En fin, el TS se ha abierto en la teoría a que se aleguen supuestos de interés casacional no enumerados en la LJCA, pero exige una justificación reforzada, como señaló el ATS de 29-3-2017, RCA 302/2016, apartado 6.1, aunque no nos consta, de momento, que se haya fundado la admisión en un supuesto no enunciado en el 88.2 o 3; podrían ser orientativos los enumerados en la STC 155/2005 sobre la «relevancia constitucional».

La diferencia entre la alegación de supuestos que hemos llamado «indiciarios» y «presuntivos» se manifiesta incluso formalmente: en los supuestos del 88.2 se motiva la admisión —por auto—, y no la inadmisión —por providencia— (salvo que el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión favorable a la admisión del recurso, en cuyo caso la inadmisión se acordará por auto motivado —art. 90.3—), y en los en los supuestos del 88.3 se motiva la inadmisión—por auto— y no la admisión— por providencia—. Pero esto es lo que dice la ley, y no lo que está haciendo el TS. Sin duda por vocación doctrinal, bastantes inadmisiones iniciales en base a supuestos indiciarios han revestido forma de auto y, lo que es más importante, el TS resuelve inadmitir por providencia aquellos recursos en que se ha alegado un supuesto presuntivo pero el TS considera que no se ha justificado suficientemente: en muchas providencias se dice simplemente (como en la de 16-3-2017, RCA 161/2017) que no concurre interés casacional objetivo «sin que, en lo que atañe a la invocación del artículo 88.3 de la LJCA, la parte recurrente justifique la concurrencia del supuesto para que opere la presunción que dicho precepto establece».

Pero es que, además del margen para inadmitir que acabamos de analizar, debe observarse que la LJCA confiere al Tribunal Supremo la facultad de apreciar la concurren-

cia de «interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia» (y admitir el recurso, en suma), aunque no concurra un supuesto de los art. 88.2 o 88.3 LJCA: Así, en el art. 88.2 no vincula al TS a los supuestos allí enumerados, sino que utiliza la expresión «entre otras circunstancias» («El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna...»). Ello se ha afirmado expresamente con reiteración por el TS, p ej en el ya citado ATS de 29-3-2017, RCA 302/2016.

Casi por último, y en cuanto a quién corresponde valorar la concurrencia de interés casacional objetivo, aunque el Tribunal de instancia puede informar sobre la concurrencia de dicho presupuesto —informe que se prodiga muy poco—, el TS se reserva dicha apreciación, correspondiendo al Tribunal de instancia meramente «la verificación de si el escrito de preparación cumple con las exigencias previstas en el art. 89.2 LJCA. Le incumbe, en particular y desde una perspectiva formal, el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, así como la constatación de que en el escrito de preparación hay un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo» (AATS de 2-2-2017, queja 110/2016, y 22-3-2017, queja 18/2017).

En cuanto a la apreciación de si las infracciones denunciadas tenían relevancia para el fallo, el Tribunal Supremo, sin embargo, en ocasiones posteriores ha ratificado que la instancia no sólo se limite a comprobar si se ha hecho un esfuerzo argumentativo, sino incluso si lo alegado tiene fundamento (ATS queja 477/2018).

Recordemos que el recurrido sólo puede alegar sobre la carencia de interés objetivo para la formación de jurisprudencia en el término de personación del art. 89.6 LJCA, siendo la audiencia en fase de admisión excepcional (ex art. 90.1), y señalando el art. 92 que «En el escrito de oposición no podrá pretenderse la inadmisión del recurso».

Cerremos este epígrafe recordando que, consistiendo los únicos instrumentos contra la inadmisión sólo en incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo, el control de la discrecionalidad de admisión que la LJCA otorga al TS es muy escaso.

Cierto es que algún supuesto excepcional el incidente de nulidad contra una resolución de inadmisión de casación ha prosperado, pero lo cierto es que son pocos los ejemplos; y, en cuanto al amparo, la doctrina del propio TC es poco favorable a revisar las decisiones sobre acceso a la vía de recurso, considerando que el derecho a la revisión de una resolución judicial es —con la excepción de la materia penal—, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio «pro actione», a salvo «arbitrariedad» (que parece identificarse con la falta total de motivación o la irracionalidad de la misma) o «error material» (STC STC 7/2015, con cita de otras muchas; el reciente ATS de 8-1-2019, RCA 4346/2018, resolutorio de incidente de nulidad contra resolución de inadmisión, sobre el que volveremos seguidamente, recoge mucha doctrina al respecto).

3. BREVE REFERENCIA A LOS SUPUESTOS JUSTIFICATIVOS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

Dando por reproducido lo ya dicho sobre su carácter «presuntivo» o «indiciario», señalemos que llama la atención el carácter heterogéneo de los supuestos enunciados en el art. 88.2 y 3 LJCA, pues algunos se refieren a la propia cualidad del acto recurrido o

del órgano que lo dictó —88.2 g), 88.3 d), 88.3 e)—; otros a la calidad de la infracción denunciada —88.2 a), d), e), f) y g) y 88.3 c)—; otros al eventual impacto de la doctrina sentada —88.2 b) y 88.2 c)—; y, en fin, alguno está directísimamente relacionado con la propia causa justificativa de la existencia del recurso, la creación de jurisprudencia —88.3 a) y b), este último más bien desde la perspectiva de la garantía de su aplicación—.

Más interesante que hacer un repaso uno a uno de los mismos, nos parece destacar en qué la doctrina judicial está corrigiendo ya la percepción que pudiera tenerse por su mera lectura.

Así, reiteremos, por su importancia, que la mera invocación del supuesto más directamente relacionado con el objetivo de este recurso, cual es la creación de jurisprudencia —88.3 a): inexistencia de la misma— no garantiza siquiera que se inadmita por resolución motivada (auto).

Ello, puesto que no basta una mera «afirmación apodíctica», p. ej., ATS 11-12-2017, RCA 4927/2017 (y cuán difícil resulta probar un hecho negativo); y además el TS también puede inadmitir aunque exista razonamiento suficiente sobre la inexistencia de Jurisprudencia, si considera que se trata de una cuestión no susceptible de generalización: (p. ej., Auto TS 8-3-17, RCA 46/2017), o referida a un precepto que no se encuentra ya en vigor, por haber sido modificado o ser transitorio (p. ej. ATS de 22-3-2017 RCA. 218/2016: en tales caso exige un adicional razonamiento sobre la persistencia del interés).

Es muy ilustrativo el reciente y ya citado ATS de 8-1-2019, RCA 4346/2018, desestimatorio de incidente de nulidad contra resolución de inadmisión, que señala al respecto que «... resultando necesariamente limitados los recursos de este órgano judicial, el nuevo sistema de casación en el ámbito de lo contencioso-administrativo no obliga a pronunciarse a esta Sala en todo caso en que no exista jurisprudencia sobre la interpretación de un determinado precepto, sino sólo [y en tal sentido la exigencia contenida en el artículo 89.2.f) de la LJCA, antes referido] cuando tal pronunciamiento sea conveniente para el interés general, como ocurriría por ejemplo cuando se requiera una posición de este Tribunal en aras al principio de seguridad jurídica. En efecto, podrían plantearse supuestos (v. gr. derogación normativa, particularidad de los casos con ausencia de la necesaria fuerza expansiva que requiere el actual sistema casacional, existencia de otros pronunciamientos del Tribunal que no alcancen el carácter de doctrina jurisprudencial, etc.) en que, a pesar de no existir “jurisprudencia”, debe entenderse innecesario que este Tribunal se pronuncie sobre el concreto supuesto planteado. De ahí que, en tales casos, no basta con argumentar que el precepto cuya infracción se denuncia carece, objetivamente, de doctrina jurisprudencial que lo interprete, sino que además ha de razonarse la existencia de interés casacional en la impugnación formulada...».

El TS, por otra parte, admite en ocasiones en que, aunque haya Jurisprudencia, sea necesario incluir matizaciones o complementos a la ya existente, por no haberla «en el sentido y perspectiva que aquí interesa que permita dar respuesta al problema jurídico planteado» (ATS de 9-2-2017), RCA 21/2017; «estando llamado el Tribunal Supremo a intervenir, no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia» (ATS de 29-3-2017, RCA. 302/2017).

La cuestión de si basta una sentencia de la nueva casación para que se entienda que hay Jurisprudencia es vidriosa: se entendía por los operadores jurídicos que sí, si bien la

STS de 27-11-2018, RCA 1049/2017 sobre el IAJD de las hipotecas lo niega de forma tajante. Quizá no sea el mejor ejemplo para inferir una doctrina general al respecto.

Eso sí, aunque ya haya una STS de la nueva casación, el TS admite el recurso si entiende que el tribunal de instancia no ha tenido tiempo de conocerla (ATS de 26-2-2018, RCA 5743/2017).

En fin, diríamos que, pese a encabezar el elenco de supuestos presuntivos, el 88.3 a) LJCA no es el supuesto que resulta más atractivo a nuestro TS.

Si asegura la admisión el «*apartamento deliberado de la Jurisprudencia*» del 88.3 b), supuesto en que el TS carece de margen de apreciación. Pero su utilidad es limitada, pues se trata de un supuesto de interpretación estricta, en que la doctrina ya existente del TS lo limita al caso en que el Tribunal de instancia «(i) haga mención expresa a la misma, (ii) señale que la conoce y la valore jurídicamente, y (iii) se aparte de ella por entender que no es correcta» (p. ej., ATS de 27-3-2017, RCA 263/2017; no es muy frecuente, pero se da: ATS de 3-10-2018 RCA 3893/2018).

En cuanto al supuesto de 88.3 c), en que ya hemos señalado que el margen de apreciación es más limitado, en todo caso el TS ha considerado que la valoración de su trascendencia puede referirse al «asunto»(no a la norma) —p. ej., ATS de 3-4-2017, RCA 506/2017—; o puede ser referida a que la propia norma carezca de entidad suficiente: p. ej, ATS de 29-9-2017 RCA 1025/2017.

Los supuestos referidos al autor del acto, como el 88.3 d), no son suficientes en general por sí solos, sino que el TS exige una proyección general para no tildarlos de casuísticos y, por tanto, carentes de interés casacional: entre otros muchos, ATS de 24-10-2017, RCA 3727/2017.

Por el contrario, entre los meramente indiciarios, hay uno que es la estrella: el supuesto del 88.2 a) LJCA: que «*la resolución que se impugna... Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido*». Si se justifica su concurrencia, la admisión está asegurada. p. ej., entre muchos otros, ATS de 10-4-2017, RCA. 981/2017.

Ahora bien, con un matiz: la admisión está prácticamente asegurada si hay contradicción doctrinal entre órganos jurisdiccionales de instancia, o incluso con otras Salas del TS (p ej, ATS de 27-9-2017 RCA 1168/2017, ATS de 19-6-2017 RCA 346/2017; no de la misma Sección, p ej Providencia de 27-9-2017, RCA 3844/2017).

Pero el TS está admitiendo recursos al amparo de este supuesto incluso en recursos en que se alega contradicción entre la sentencia recurrida y sus propias Sentencias, caso más complejo. En tal caso, el motivo (la infracción de Jurisprudencia) y el supuesto justificativo del interés casacional se confunden, y bien se podría alegar que no es necesario el pronunciamiento del TS porque ya hay Jurisprudencia.

La doctrina al efecto no es clara, ni permite observar una pauta: En algunos casos el TS está declarando —canónicamente, si se nos permite— que si la Jurisprudencia está «*formada*», «*el interés casacional objetivo del recurso preparado en esta concreta cuestión sólo existiría*» si es necesario «*matizarla, concretarla o precisarla*», p. ej., el ATS de 15-3-2017, RCA 91/2017. Por el contrario, p ej, en el Auto 29-3-17, RCA 176/2017, sólo valoró que la doctrina de la sentencia recurrida era «*frontalmente contraria a la sentada por esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional para una cuestión igual*». Y el Auto 22-3-17, RCA 261/2017, se limita a constatar la contradicción.

El tan citado ATS de 8-1-2019, RCA 4346/2018 resulta, a este respecto, restrictivo, cuando dice que «... la falta de seguimiento de dicha doctrina jurisprudencial por un juez o tribunal a quo —del mismo modo que cuando no se sigan las sentencias de la Sala—, no requerirá siempre y necesariamente un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por cuanto que la función nomofiláctica del recurso de casación impide atender a situaciones concretas, particulares o patológicas, debiendo —por el contrario— considerarse situaciones generales y aplicables a un gran número de sujetos. Por ello, el hecho de que una resolución judicial singular, referida a un supuesto aislado y anecdótico, no siga la jurisprudencia existente en un determinado ámbito no requiere necesariamente que este Tribunal se pronuncie, como parece entender la hoy promotora del incidente de nulidad. Y todo ello porque —indudablemente— existen sentencias que, aun siendo erróneas, conllevan vulneraciones jurídicas que no presentan interés casacional alguno, siendo así que en tales casos no resultará imprescindible —y ni tan siquiera conveniente— un pronunciamiento de esta Sala». (Y alude seguidamente al supuesto sí vinculante del 88.3 b).

En fin, la STS de 27-2-2018 de RCA 170/2016, en sentido opuesto, admitía y luego estimaba por contradicción con su Jurisprudencia, señalando que la lectura del 88.1 LJCA «no nos debe(n) llevar a la conclusión precipitada de que únicamente en los casos en que no hubiera jurisprudencia establecida acerca de la interpretación de uno o varios preceptos —cuando concurriera la necesidad, pues, de su formación en sentido estricto—, sería viable o tendría sentido el recurso de casación, pues no es desdeñable afirmar que el designio de este recurso es también, junto al anterior, el de fortalecer o mantener la doctrina ya establecida, o extenderla a supuestos semejantes pero no estrictamente comprendidos, en principio, en su ámbito objetivo».

Por tanto, se trata de un supuesto muy útil, pero que debe usarse, si se alega contradicción, precisamente, con SSTS, con precaución y sin garantías.

De los demás supuestos solo diremos que la afectación al interés general y a gran número de situaciones —88.2 b) y c)— suelen apreciarse de modo conjunto y como supuestos complementarios de otros. No pudiendo extendernos, sobre las exigencias jurisprudenciales en orden a su alegación nos remitimos al Auto 15-3-17, RCA 91/2017, destacando que, respecto del 88.2 c), se trata de un supuesto que se refiere a la doctrina de la sentencia recurrida, y no al impacto fáctico.

En el 88.2 b), no podemos privarnos de añadir que muy discutiblemente, el TS está considerando que el interés general no se puede identificar sin más con el interés defendido por las AAPP (p. ej., AATS de S 29-3-17, RCA 256/2017; o, de forma aún más explícita, el de 27-3-2017, RCA. 263/2017). Lo que, entendemos, supone negar la intención del Legislador, que, por una parte y según la doctrina, ha tratado de englobar en este supuesto la antigua casación en interés de ley, de limitada legitimación; y, por otra, es muy cuidadoso (el Legislador) al referirse al «interés público» (y no al «interés general») en supuestos en que aquél puede no coincidir con el general asumido por las AA. PP. Y supone además hacer supuesto de la cuestión, pues —obviamente—, que la interpretación que hace el recurrente de la norma jurídica sea la que satisface el bien jurídico amparado por la norma o el principio constitucional que la inspira (si eso fuera el interés general), será el objeto último que habrá de dirimirse en el recurso; y, entre tanto, es lógico que se considere como interés general el tutelado por las AA. PP., tutora del mismo conforme a la CE, en satisfacción del cual ostenta el legítimo ejercicio de las potestades que tiene legalmente atribuidas.

Y, en fin, hay supuestos que, exigiendo acreditar una suerte de indicio de la existencia de infracción de doctrina del TC o TJUE, llevan a una preparación que, en su argu-

mentación, poco se diferencia de una verdadera interposición, y a autos de admisión que parecen prejuzgar el asunto...

4. SOBRE EL CONTENIDO Y EFECTOS DEL AUTO DE ADMISIÓN

El art. 90.4 LJCA señala: «4. Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso».

En esta cuestión, solo vamos a hacer varios apuntes de interés.

El primero, que no se admiten, como antes, todos o alguno de los «motivos» del recurso de casación, sino el recurso como tal, como indica, por ejemplo, el ATS de 3-5-2017, RCA. 212/2017: «El nuevo recurso de casación no se articula en torno a motivos, sino a la noción de «interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», de modo que, estando presente en alguno de los aspectos suscitados, el recurso resulta admisible, haciéndose innecesario todo pronunciamiento sobre los demás que carezcan de él».

El segundo, que, precisamente por ello, el TS considera innecesario, una vez constatada la concurrencia de algún supuesto justificativo de interés casacional objetivo, entrar en la concurrencia de otros alegados.

Por otra parte, la delimitación hecha por el auto no afecta al contenido de la interposición, dado que el art. 92.3 señala, como contenido del escrito de interposición, que deberá «a) Exponer razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces, debiendo analizar...». Por tanto, lo que delimita las infracciones sobre las que ha de extenderse la interposición no es la resolución de admisión y su referencia a las infracciones cuya interpretación reviste interés casacional objetivo, sino el escrito de preparación.

Por último, señalemos que, pese a lo que podría deducirse de la lógica del sistema, la correspondiente Sección de enjuiciamiento, aunque generalmente comienza su «ratio decidendi» ciñéndose a los términos del debate delimitados por el auto de admisión (sin perjuicio de lo que se expondrá en el epígrafe siguiente), no siempre se considera vinculada a los mismos.

Algunos pueden considerarse supuestos patológicos, en los que la Sección de enjuiciamiento considera que la Sección de admisión no ha enfocado correctamente los términos del debate, pero lo cierto es que hay ejemplos de ello.

Buen ejemplo es la STS de 17-7-2018, RCA 3960/2017, en que se afirma que «la Sección Primera de esta Sala obvia la cuestión litigiosa y la transforma en una completamente distinta (...) La confusión se traslada, como se ha dicho, a la parte dispositiva, pues en ella se identifican las siguientes cuestiones como necesitadas de aclaración por la Sala: (...) 7. Como puede fácilmente comprobarse, los interrogantes que suscita la Sección Primera de esta Sala resultan ajenos a la cuestión litigiosa y, además, su respuesta es completamente innecesaria para resolver el presente recurso de casación...».

En tal caso, la STS afirma que no puede inadmitir porque la Sección de Enjuiciamiento «tiene la potestad de declarar su inadmisión (artículo 92.4) solo en un supuesto: cuando el escrito de interposición no cumpla las exigencias previstas en el artículo 92.3, esto es, no exponga razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia

que como tales se identificaron en el escrito de preparación, o no precise el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita.

»2. No cabe en esta fase procesal, por tanto, inadmitir el recurso —como se solicita por la parte recurrida— por su «indebida preparación»; y mucho menos hacerlo porque el auto de admisión haya precisado de manera errónea la cuestión con interés que entendió que debe ser aclarada...».

Y concluye: «5. A nuestro juicio, por tanto, debemos resolver el litigio en los términos que nos impone el artículo 93.1 de la Ley Jurisdiccional: interpretando las normas estatales aplicables (...) y decidiendo, con arreglo a aquellas normas “y a las restantes que fueran aplicables” las pretensiones deducidas en el proceso, para lo cual hemos de prescindir de las cuestiones suscitadas en el auto de admisión para determinar...» (y reformula el «asunto»).

En fin, quizá el TS no podía hacer otra cosa, pero se echa de menos un trámite específico de alegaciones a las partes que permitiese reformular su recurso a la vista de la a su vez reformulación de la Sala, puesto que, como se comprenderá, tanto la interposición como la oposición estaban condicionadas por los términos del auto de admisión.

Por otra parte, también ha habido supuestos ajenos al error en que, de un modo menos palmario, se evidencia la desconexión entre la admisión y el enjuiciamiento: la admisión delimitaba una cuestión que después la Sala de Enjuiciamiento ha venido, en definitiva, a considerar más bien fáctica y, como tal, ajena a su competencia revisora, p ej, STS de 21-12-2018, RCA 5720/2017 o de 8-1-2019 RCA 5618/2017.

5. LA SENTENCIA Y EL IUS LITIGATORIS

Desde luego, ya leyendo el texto de la reforma, se evidenciaba que no estamos ante un recurso similar al desaparecido recurso en interés de ley, que respetaba la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida; seguramente porque de haberse configurado así, se hubiera condenado la nueva casación contencioso-administrativa a la irrelevancia, ante lo limitado de los posibles interesados en recurrir. El «ius litigatoris» se manifiesta, y de qué modo, en la fase decisoria.

Por ello, pese a que el auto de admisión delimite la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo, se añade en el art. 90.4 que ello es, «sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso»; y el 93.1 añade a lo citado que «la sentencia... con arreglo a ella (la doctrina fijada) y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso...», con el efecto de «anula(r) la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos. Podrá asimismo, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación». Todo, hay que entender, sujeto a la regla general de congruencia de los arts. 33.1y 67.1 LJCA, expuesta ahora en el 87 bis.2 «in fine»: «2. Las pretensiones del recurso de casación deberán tener por objeto la anulación, total o parcial, de la sentencia o auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate».

Pero estaba por decidir si el «ius litigatoris», en la decisión de fondo, resultaba meramente accesorio del objetivo fundamental del recurso, que es la formación de jurisprudencia.

Ya que las infracciones expuestas en el escrito de interposición se delimitan en la Ley, como hemos visto, por referencia al de preparación, resulta que el recurrente puede alegar en la interposición cuestiones ajenas al «asunto» sobre el que el auto de admisión resolvió que existía interés casacional. Pero ¿cuál es la virtualidad de las cuestiones jurídicas ajenas al asunto que fundó la admisión? ¿La Sección de Enjuiciamiento puede entrar en tales cuestiones e incluso estimar la casación aunque desestime la interpretación del recurrente en lo referido a la cuestión que ha fundado el interés casacional que motivó la admisión?

La Abogacía del Estado advirtió incluso en sus escritos desde un principio que si se entendiera que la admisión del recurso es un mero trámite que permite acceder a la casación, y una vez admitido pudieran suscitarse cualesquiera cuestiones de Derecho planteadas y citadas en el escrito de preparación, por desligadas que estuvieran de la que reviste interés casacional objetivo, el recurso de casación se convertiría en un recurso de apelación, si bien ceñido a cuestiones de Derecho, tengan o no interés casacional objetivo previamente declarado y admitido.

Y entendíamos que ello resultaba contrario al espíritu y finalidad del nuevo recurso: basta acudir al artículo 88.1 LJCA, del que se deduce que la admisión del recurso es en cuanto a las invocadas concretas infracciones del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia. Por ello, entendíamos que el artículo 93.1 debía interpretarse en el sentido de que la sentencia resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, esto es, las cuestiones que han sido objeto de admisión por tener interés casacional objetivo, y, en su caso, las que resulten accesorias, no otras. Delimitando el auto de admisión el ámbito máximo del debate; que podría restringirse, no ampliarse, en función de las pretensiones que se ejercitasen en el escrito de interposición, y pudiendo alegarse en el escrito de interposición las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, pero referidas a las cuestiones suscitadas en el recurso que hubieran sido admitidas. Por cuanto el auto de admisión se identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación —artículo 90.4 LJCA—, lo que permite que puedan alegarse otras normas o jurisprudencia, dentro siempre de la cuestión o cuestiones admitidas.

Por lo mismo, se entendía que la sentencia fijaría la interpretación de las normas consideradas, en principio, en el auto de admisión y a las restantes normas que fueren aplicables —ampliadas en el escrito de interposición o de oficio con aplicación del artículo 33.2 LJCA—, pero con referencia siempre a la cuestión o cuestiones admitidas a trámite.

Si no, no se entiende bien el sentido y finalidad de la nueva casación expuesta en el Preámbulo de la Ley 7/2015, de 21 de julio, que modificó el recurso de casación, señala en su apartado XII:

En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho...

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional...

Pues si se entendiera que el recurso de casación constituye, una vez admitido a trámite, una apelación ceñida cuestiones jurídicas, perdería su función nomofiláctica.

El TS no ha seguido nuestra tesis, pero tampoco sigue una línea interpretativa clara:

Por una parte, se están produciendo estimaciones que responden a los parámetros previsibles, en que el TS acoge la interpretación del recurrente sobre el «asunto» delimitado por el auto de admisión, y, casando la sentencia, resuelve todas las cuestiones objeto de debate, o decide retrotraer a la instancia para que resuelva con arreglo a tal interpretación (generalmente, esto último si el tribunal de instancia no entró en otras cuestiones alegadas por resolver erróneamente sobre la principal —STS de 21-1-2019, RCA 1053/2017—, o cuando ha de valorarse prueba: p. ej., STS de 10-12-2018, RCA 6224/2017).

Pero también el Alto Tribunal ha estimado casaciones pese a desestimar la alegación del recurrente sobre el «asunto» que revestía interés casacional objetivo: ejemplares en este sentido son, p. ej., las SSTS de 31-10-2018, RCA 5920/2017, o de 8-11-2018, RCA 4055/2017, que no acogen la interpretación del recurrente sobre la cuestión planteada en el auto de admisión, desestimando tal alegación del recurso de casación (p. ej., concepto de publicidad encubierta, o autopromoción), pero estiman la casación al acoger una alegación del recurrente sobre una cuestión ajena completamente a tal debate, sobre la que no se había pronunciado el auto de admisión y escasamente se puede justificar su interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia: si había o no infracción continuada (en todo caso, sobre si reviste o no interés casacional esta cuestión, nada dice el TS)... Estas SSTS muestran, (y sin mayor razonamiento doctrinal al efecto) que, una vez admitida, la casación se convierte en una apelación, si bien excluidas las cuestiones de hecho.

Lo lógico en tales casos, entendemos, hubiera sido, desestimada la alegación que fundó la admisión del recurso, desestimar la casación y no entrar en las demás alegaciones efectuadas, ayunas de interés casacional alguno...quizá a salvo que la propia Sección de Enjuiciamiento justificase su interés casacional.

Una interpretación distinta, más en línea con lo que sostenemos, ha hecho la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 enero 2019, RCA 212/2017, que señala: *«Esta Sección, sin embargo, en el ejercicio de su competencia, va a limitar su análisis a la cuestión casacional objetiva identificada en el auto de admisión, soslayando, por tanto, el resto de las alegaciones que, ciertamente, con carácter subsidiario, se hacen en relación con la liquidación tributaria, el procedimiento o la sanción impuesta, por no estimarlas relevantes, sin perjuicio del interés que pueda tener la parte recurrente, para cumplir la función que este Tribunal tiene encomendada con el nuevo recurso de casación de crear jurisprudencia y unificar criterios o, lo que es igual, porque entendemos que la decisión sobre esas otras cuestiones que se suscitan carecería de utilidad para crear pautas interpretativas del ordenamiento jurídico aplicables en otros supuestos».*

En fin, lo expuesto evidencia la dispersión de criterio del alto tribunal en este punto.

Aunque no es objeto de este trabajo extendernos en un juicio crítico, sí mostraremos sorpresa sobre la aparente deriva de un recurso en que, como hemos anticipado, ser admitido es más difícil que pasar con un camello cargado de fardos por la famosa puerta de Jerusalén, pero, una vez se ha entrado, se puede (o no, a la vista de la última STS citada) tener el raro privilegio —recordemos la falta de generalización de la segunda instancia en el orden contencioso— de someter de nuevo todo el debate procesal de la instancia —salvo el fáctico— al escrutinio del Alto Tribunal, con completa desvinculación de la cuestión que motivó la admisión...

No parece muy acorde con la importancia dada al trámite de admisión y con la propia justificación de la reforma.

La solución más coherente con la naturaleza de la nueva casación sería limitar el enjuiciamiento a las infracciones a las que se refiere el «asunto» que reviste interés casacional según el auto de admisión, y otras infracciones que se pudieran razonablemente considerar accesorias. Y si el TS insiste en que debe extender el ámbito de su enjuiciamiento a otras infracciones expuestas en la interposición aun desligadas del «asunto» que hubiera fundado la admisión, al menos que se haga con el presupuesto de su interés casacional, es decir, que la propia Sección de Enjuiciamiento justifique su interés casacional.

LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL: SITUACIÓN ACTUAL

Jesús Rodrigo Fernández

«Algunos miran las cosas como son y se preguntan por qué; yo prefiero mirar las cosas como podrían ser y preguntarme ¿por qué no?».

Pedro Duran Farell, expresidente de Gas Natural.

SUMARIO: 1. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.—2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—3. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.—4. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LAS MEDIACIONES INTRAJUDICIALES EN EJECUCIONES DE SENTENCIAS.—5. CARACTERES Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN.—6. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN. HOMOLOGACIÓN. EL AUTO DE FINALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN.—7. CONCLUSIONES.—8. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.—9. ABREVIATURAS

1. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales firmes, en un tiempo razonable, cada vez se percibe más como parte del núcleo duro del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la CE, tanto a los ciudadanos como a las Administraciones Públicas.

El Tribunal Constitucional, en su Auto 119/2018, de 13 de noviembre¹, ha ratificado su doctrina sobre la ejecución de sentencias y recuerda que la STC 92/2009, de 20 de abril, en su FJ 3 b) declaró, en relación con la ejecución de las sentencias y las resoluciones judiciales firmes, que ésta forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones, y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial. No obstante, se ha destacado, también, que la interpretación del sentido y alcance del fallo de una resolución judicial es una cuestión que corresponde resolver a los jueces y tribunales, por lo que el Tribunal Constitucional no puede ejercer más control sobre esta actividad jurisdiccional que velar para que tales decisiones se adopten en el seno de un procedimiento de ejecución de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que haya de ejecutarse. Añade que, a los efectos de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos², la ejecución de una sentencia, cualquiera que sea la jurisdicción, debe ser considerada como parte integrante del artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

¹ Pág. 73.

² Asunto Flores Quirós contra España, Sentencia de 19 de julio de 2016.

Sin embargo, pese a su importancia, la ejecución de sentencias se ha considerado desde siempre como una de las zonas grises de la Jurisdicción contencioso-administrativa³ y por ello la LJCA de 1998, hace ya veintiún años, incorporó reformas para incrementar las garantías de la ejecución de sentencias. Pero en 2011, en todas las Jurisdicciones, continuaban acumuladas un número elevado de sentencias sin ejecutar, algunas durante más de cinco años. El Pleno⁴ del Congreso de los Diputados al analizar la Memoria presentada por el CGPJ con los datos correspondientes al año 2011 solicitó que se analizarán las razones por las cuales existía un volumen de sentencias no ejecutadas que superaban, entonces, los dos millones en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así lo ha hecho el CGPJ en el anexo II de las memorias anuales presentadas con posterioridad, donde se distingue entre las sentencias ejecutadas voluntariamente, de las que no se han cumplido voluntariamente y se ha solicitado su ejecución y todavía no se ha obtenido. Se destaca en la Memoria de 2015 que el CGPJ tiene, como así se ha hecho, entre sus preferencias de actuación habilitar la máxima agilización de las ejecuciones que así se insten, así como mejorar las estadísticas disponibles.

En la Memoria de 2015 se destaca que en 2012 el dato real en la actividad de ejecuciones vendría determinado por la diferencia entre las 1.219.800 ejecuciones que se instaron y las que se ejecutaron ese mismo año, 1.311.207, es decir más de las que ingresaron, evolución que se sigue manteniendo hasta la fecha.

En la Memoria del ejercicio 2017, aprobada en 2018, los datos sobre ejecución de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en 2017 eran:

Órgano Jurisdiccional	Registradas	Resueltas	En trámite al final del año
Jdos. Cont.-administrativo	8.961	9.547	8.307
Jdos. Central Cont.-administra.	281	252	146
T.S.J. Sala Cont.-administrat.	4.756	5.708	6.326
A.N. Sala Cont.-administrativo	325	336	422
Tribunal Supremo: Sala 3. ^a	265	67	218
TOTAL	14.588	15.910	15.419

Se comprueba comparando con los datos de 2016 y 2015 que, en general, la situación se encuentra estabilizada, salen más ejecuciones que las que ingresan, pero hay que dar mayor importancia al factor tiempo en la valoración de la tutela judicial obtenida, y la mediación intrajudicial en los incidentes de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo, puede solucionar situaciones que en la actualidad no tienen una solución jurisdiccional eficaz y que afectan tanto al interés general, como a los legítimos intereses de los particulares.

El objeto de la presente comunicación es exponer que está aportando, desde un punto de vista práctico, la mediación intrajudicial, en la jurisdicción contencioso-administrativa.

³ Exposición de motivos de la LJCA, apartado VI 3.

⁴ En su sesión de 14 de febrero de 2013.

nistrativa, a la ejecución de sentencias y resumir la forma en que se está llevando a la práctica en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Se resalta por gran parte de la doctrina, en relación con las ejecuciones de sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa, que una parte significativa del problema proviene de los privilegios de la Administración y de la regulación en la LJCA de la ejecución de las sentencias, pero esas no son las únicas causas significativas que motivan las dilaciones en las ejecuciones de sentencias. El artículo 118 CE ordena que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, mandato refrendado en los artículos 17.1 LOPJ y 103.3 LJCA, así como en otras leyes procesales.

Mas en la práctica, en muchas ocasiones, la dificultad de la ejecución de las sentencias se encuentra en la degradación que produce en las relaciones jurídicas, incluidas las administrativas, el paso del tiempo así como en la falta de voluntad de las partes de insertar el fallo de la sentencia en una realidad transformada por el paso del tiempo, desde que se presentaron las pretensiones y se realizó la prueba en el proceso. La tramitación del proceso lleva un tiempo que, por el momento, es inevitable:

Duraciones medias estimadas ⁵ en meses	2016	2017	Evolución
1.ª Instancia	12,0	10,5	-12,5%
2.ª Instancia	10,6	10,6	+0,1%
Supremo	14,5	17,1	+17,9%
Total	37,1 meses	38,2 meses	

En los recursos en los que ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo, hasta que la sentencia es firme han transcurrido más de tres años. El demandante ha tenido que concretar sus pretensiones al formalizar la demanda⁶ sin que las Administraciones Públicas puedan formular reconvencción al contestar a la demanda y la prueba, en general, se ha practicado en primera instancia y en muchos casos, especialmente en la ejecución de obligaciones de hacer, la situación de hecho ha cambiado respecto a la situación contemplada en el fallo de la Sentencia.

Por ello, en el momento de ejecutar la sentencia las circunstancias en muchas ocasiones han cambiado, y aunque el fallo es inmutable en el momento de ejecutarlo, en muchas ocasiones es de difícil cumplimiento sin la voluntad y buena fe de las partes, por ello, cada vez con mayor frecuencia, cuando hay ocasión y medios los órganos jurisdiccionales dan la oportunidad a las partes de acudir a la mediación intrajudicial, que les permite pasar de la pura ejecución de la sentencia, vía artículo 109 LJCA al cumplimiento voluntario, de común acuerdo, previsto en el artículo 104 LJCA, pudiendo obtener un Auto que declare ejecutada la sentencia.

⁵ CGPJ: *La Justicia dato a dato 2017*, duraciones medias estimadas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

⁶ Art. 33 LJCA.

2. LA MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL EN LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En todos los programas de modernización de la justicia se ha incluido el fomento de la utilización de formas alternativas (ADR) de resolución de los conflictos, incluso en la jurisdicción contencioso-administrativa, pero hasta el momento todavía no se han generalizado de una forma homogénea en todo el territorio nacional, y no se utilizan por la Administración del Estado y las comunidades autónomas, por no existir legislación que permita un uso generalizado, más allá de las pruebas piloto. Las corporaciones locales, por su composición y por los procedimientos administrativos que tienen establecidos han sido más participativas en la utilización de estos medios alternativos; pero su implantación está siendo lenta y falta un modelo teórico en España, de la posición de la Administración en las ejecuciones de sentencias y en las mediaciones intrajudiciales en lo contencioso-administrativo. Por ello, es necesaria una nueva ley, para una implantación generalizada de la mediación intrajudicial en lo contencioso-administrativo, en especial en la Administración del Estado.

Situación que contrasta con la del resto de Estados de la Unión Europea, donde en la mayoría de ellos, especialmente Francia, Alemania y Reino Unido, se utilizan desde hace años modos alternativos de finalización de los procesos contencioso-administrativos, adaptados a sus respectivos sistemas administrativos y jurisdiccionales, para evitar y finalizar, incluso en el ámbito tributario y de recaudación, los procesos contencioso-administrativos. Existen, en algunos de estos Estados, planes ambiciosos a medio plazo, 2023, basados en experiencias piloto que ya se llevan realizando desde hace tres o cuatro años. La mediación en este orden, se ha incorporado en el ámbito del derecho administrativo a través de la Recomendación Rec (2001) 9⁷, del Consejo de Europa, que fomenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas, pero su implementación es lenta en los países, como España, que no tienen tradición, ni se ha enseñado en las facultades de Derecho ni exigido en los programas de oposición la utilización de medios alternativos de resolución de conflictos en el ámbito contencioso-administrativo.

La mediación intrajudicial es la que se produce una vez iniciado el proceso, como complemento al proceso. En España, por el momento, se produce, generalmente, a iniciativa del órgano jurisdiccional, cuando entiende que, por las características del proceso y de las partes, todavía es posible que estas alcancen una solución y ellas voluntariamente aceptan participar en el proceso de mediación.

La mediación intrajudicial no es un procedimiento administrativo, y tampoco se desarrolla en el seno del proceso, sino que es una actividad que desarrollan voluntariamente las partes complementariamente al proceso, en la institución de mediación a la que se ha derivado la mediación intrajudicial, siguiendo sus Estatutos, lo que da una mayor seguridad jurídica, o a través de las unidades de mediación de los Tribunales.

En el ámbito de la Unión Europea la Comisión optó por la mediación como forma de mejorar el acceso a la Justicia. La Directiva 2008/52 armonizó ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles transfronterizos, que debían estar incorporados al Ordenamiento Jurídico de los Estados miembros antes del 21 de mayo de 2008, su transposición ha supuesto un impulso de la mediación en todas las jurisdicciones, aunque por el momento todavía no se han obtenido los resultados esperados, debiendo destacarse que por el momento no consta que se haya utilizado, o previsto, ninguna

⁷ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2b59

dotación presupuestaria complementaria a los medios que están utilizando los órganos jurisdiccionales e Instituciones que participan en las pruebas pilotos y la actuación voluntaria de los mediadores; al margen de la mediación familiar, con más de treinta años de trayectoria, y algunas mediaciones retribuidas en la jurisdicción civil y mercantil.

El legislador español, mediante el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, y en especial la Ley 5/2012, de 6 de julio⁸, ha incorporado la directiva y ha regulado la mediación en asuntos civiles y mercantiles, tanto internos como transfronterizos, supone el reconocimiento de la mediación, que se estaba aplicando en el ámbito familiar, en España, desde hace más de treinta años y contaba con regulación de las comunidades autónomas desde 2001 (Cataluña y Galicia), que se extendió progresivamente a otras once comunidades autónomas, que aprobaron leyes de mediación familiar, la mayoría de las cuales permanece vigente.

La Ley 5/2012 es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que afecten a derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. El artículo 2.2 de la Ley 5/2012 excluía, expresamente, de su ámbito de aplicación, en todo caso, a la mediación penal, la mediación con las Administraciones públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Sin embargo, en su preámbulo, expresamente declara que las exclusiones previstas en dicha ley, para delimitar su ámbito de aplicación, no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren, sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes; a diferencia de los restantes sectores excluidos ni en la legislación contencioso-administrativa ni en la administrativa se ha regulado la mediación ni la capacidad de disposición de las Administraciones Públicas, como había indicado el Consejo de Estado⁹.

Es muy ilustrativo de esta situación, que la exclusión subjetiva que la Ley 5/2012 extiende a todas las Administraciones públicas, la Directiva 2008/52/CE, lo aplica sólo a materias concretas: asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, junto con las cuestiones de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*). La forma como se ha incorporado la directiva en este ámbito plantea, en primer lugar, dudas legales respecto a la extensión que se da a la exclusión.

Aunque hubo un proyecto de ley en 2011, en tramitación en el Congreso, para regular la mediación intrajudicial contencioso-administrativo decayó por la convocatoria de elecciones y no se ha propuesto ninguna nueva regulación. En 2015 hubo una reforma integral del procedimiento administrativo común y del sector público. Se dictaron las Leyes 39/2015 y 40/2015, de 1 de octubre (BOE día 2), de «Procedimiento Administrativo Común de las AA PP» y de «Régimen Jurídico del Sector Público», que han entrado en vigor a partir del 1 de octubre de 2016, pero no definen cuál es el espacio material de disponibilidad en que resulta posible la mediación en el ámbito administrativo, como deberían haber hecho, tal como había propuesto el Consejo de Estado, en el informe anteriormente citado de 2010. Es especialmente destacable que en la tramitación parlamentaria de dichos proyectos de ley, no hubo ni una sola enmienda que propusiese regular la mediación intrajudicial en la vía contencioso-administrativa o en la vía administrativa.

⁸ El Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 ha aprobado un Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, a través de medidas procesales, en cuya exposición de motivos reconoce que la Ley 5/2012 no ha conseguido desarrollar la potencialidad asegurada desde su gestación.

⁹ Dictamen de 17 de febrero de 2011, n.º 2222/2010 (Justicia) al Proyecto de Ley de Mediación de 2011.

La mediación está científicamente construida¹⁰ «en torno a la intervención de un profesional neutral, experto en comunicación, que se limita a facilitar la racionalización de la solución del conflicto por las propias partes. No puede ser confundida con las actividades de negociación que realizan los abogados, ni con la conciliación judicial o extrajudicial¹¹ ni con el arbitraje, puesto que el mediador no propone, no aconseja y no decide».

Es un medio de solución del conflicto mediante la autocomposición por las partes, a diferencia de la heterocomposición, como el arbitraje, en el que decide un tercero, nombrado por las partes cuya decisión se comprometen a acatar y ejecutar. También se diferencia de la autotutela, situación de base que se reconoce a la Administración, y que constituye el punto de partida de las relaciones jurídicas sometidas al derecho administrativo, y muy especialmente en el ámbito tributario, pero que en el momento de realizar la mediación intrajudicial no tiene disponible la Administración, que se encuentra sometida a la decisión de los tribunales, que son quienes tienen atribuido el control de la Administración, mientras no se dicte la resolución, a través de algunos de los medios previstos en la LJCA, que ponga fin al proceso.

De conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, se define la mediación como «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el derecho de un Estado miembro».

Es muy ilustrativa la definición que se contiene en el Código Nacional de Deontología del Mediador en Francia, de 5 de febrero de 2009, que define a la mediación, sea judicial o convencional, como aquel proceso estructurado que descansa en la responsabilidad y autonomía de los participantes que voluntariamente, con la ayuda de un tercero, neutral, imparcial e independiente, sin poder decisorio o consultivo, en el que las partes, a través de reuniones confidenciales, establecen, o reestablecen, sus relaciones y previenen o solucionan conflictos.

La mediación intrajudicial contencioso-administrativa, como hemos visto, está excluida expresamente de la aplicación de la Ley 5/2012, pero ha sido objeto de un impulso continuo y sostenido por el Consejo General del Poder Judicial, y aplicada por los protocolos de Tribunales Superiores de Justicia, que la han implantado.

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, ya el 26 de junio de 2011, creó un grupo de expertos para redactar un protocolo para una prueba piloto para implantación de la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa, en colaboración con la Fundación Valsain. Prueba piloto que, se realizó, y continua, en el Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Las Palmas y se ha ido extendiendo al TSJ y juzgados de lo contencioso-administrativo de Murcia, y siete juzgados de lo contencioso-administrativo de Barcelona y desde junio de 2018 a los juzgados contencioso-administrativos de Madrid.

¹⁰ José Pascual Ortuño Muñoz y Javier Hernández García, *Sistemas alternativos a la resolución de conflictos* (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, página web Mediación es Justicia, Gemme, pág. 7.

¹¹ La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 de enero de 2018 (BOE 13 de febrero) define perfectamente el ámbito de la conciliación extrajudicial, sus diferencias con la mediación y arbitraje y la forma de realizarla. Esta conciliación extrajudicial no es aplicable a las Administraciones Públicas.

En 2013 el CGPJ publicó una guía para la implantación de la mediación intrajudicial en las jurisdicciones civil, social y contencioso-administrativo. Guía que ha sido actualizada con la guía de 7 de noviembre de 2016, extendiéndola también a la jurisdicción penal, donde se está implantado con éxito. La guía otorga carta de naturaleza a la mediación intrajudicial en vía contencioso-administrativa, contemplando tres posibles formas de organización, que se están aplicando en las diferentes pruebas piloto en curso, a efectos de su valoración.

En la implantación de la mediación intrajudicial en España también ha tenido una especial importancia la actuación de la sección española de GEMME, que se constituyó en 2007 y que promueve, divulga, y acredita la calidad de la mediación como metodología del sistema de Justicia, participando especialmente en la formación de todos los que deben de intervenir en el proceso de mediación colaborando con instituciones como el Colegio de Abogados de Madrid, que prestan su infraestructura y medios para realizar las pruebas piloto que se están desarrollando a lo largo de 2018 y 2019¹².

La falta de una normativa específica que regule la mediación en el ámbito o de lo contencioso-administrativo y de lo administrativo, no es nuevo en la extensión a nuevos campos de la mediación, como por ejemplo en el ámbito familiar, penal y social. Si bien en este ámbito tiene una mayor significación, por el principio de legalidad que rige toda la actuación de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, en el desarrollo de los proyectos piloto se está probando que las Administraciones Públicas tienen atribuidas potestades suficientes para disponer de la acción procesal y respecto al fondo pueden disponer del mismo y presentar propuestas de acuerdo conforme a la legislación que sea de aplicación. El hecho de participar en una mediación intrajudicial no modifica, ni afecta, las potestades del Administración o los órganos encargados de adoptar las decisiones y el procedimiento de mediación se adapta para que el acuerdo de mediación se someta al órgano competente de la Administración para su aprobación. El procedimiento de mediación no es solo complementario del proceso, sino, también, del procedimiento administrativo.

Con carácter general son aplicables los artículos 86, 112 y en su caso 90.4 y 91.1 de la Ley 39/2015, así como el artículo 77 de la LJCA y, en cuanto sea necesario, el artículo 19 de la LEC, en virtud de lo establecido en la disposición final primera de la LJCA.

A efectos de realizar las pruebas piloto con seguridad jurídica son aplicables la guía para la práctica de la mediación intrajudicial, del Consejo General del Poder Judicial presentada en noviembre de 2016, y los Protocolos que han aprobado los respectivos Tribunales Superiores de Justicia de Murcia en 2016 y Madrid el 5 de marzo de 2018.

En el caso de la Comunidad de Madrid son también aplicables las normas que regulan la actuación de MediaICAM, como institución de mediación, desde un punto de vista subjetivo, en especial la Ley 5/2012, y las normas que regulan el Colegio de Abogados de Madrid y los estatutos de MediaICAM, de 27 febrero de 2018, para administrar las mediaciones que se deriven al Colegio de Abogados de Madrid.

Estos protocolos, por lo que respecta al ámbito de la Comunidad de Madrid, se han completado con el Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid de 20 de junio de 2017, renovado por un año el 7 de junio de 2018,

¹² En noviembre de 2018, GEMME ha presentado su «Aproximación valorativa de la implantación de la mediación intrajudicial en España», y respecto a la mediación contencioso-administrativa (apartado 10) propone que se amplíe el convenio suscrito GEMME/CGPJ al orden contencioso-administrativo, apoyando el mantenimiento de proyectos en curso e impulsando la progresiva implantación de otros.

para aplicar la mediación en el ámbito de los conflictos con la Administración Pública, marco convencional en el que se inscribe el proyecto piloto que mediante dicho Protocolo se puso en marcha. Para concretar los aspectos organizativos y de funcionamiento entre los tribunales y MediaICAM se aprobó el Protocolo de Mediación intrajudicial contencioso-administrativo 2018.

Como sucedió al iniciarse la mediación familiar, ya una comunidad autónoma, la de Valencia, ha regulado la mediación en el ámbito de la Comunitat Valenciana, incluyendo, en el ámbito de sus competencias, la mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo, aprobando la Ley 24/2018, de 5 de diciembre¹³. El artículo 22 incluye como legitimados para ser parte de un procedimiento de mediación a todas las personas físicas o jurídicas, ya sean éstas públicas o privadas que se vean afectadas por un conflicto o litigio en el que dos o más personas, o grupos de personas, se encuentran en oposición o desacuerdo porque sus posiciones, intereses o necesidades son percibidas como incompatibles y versan sobre materias de libre disposición, y aquellas sobre las que las partes pueden presentar propuestas de acuerdo, en virtud de la legislación que sea de aplicación cuando la normativa estatal lo permita.

Por las limitaciones de espacio de la publicación, a continuación se resume la forma en la que se está desarrollando la mediación intrajudicial contencioso-administrativa en el territorio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

3. MEDIACIÓN INTRAJUDICIAL Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Conforme al artículo 103.1 de la LJCA, la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde al juzgado o tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia. La ejecución de sentencias se regula en los artículos 103 a 113 de la LJCA y el Tribunal Supremo¹⁴ ha declarado que cuando existe una regulación de la ejecución en la LJCA, aunque sea escueta, no cabe aplicar supletoriamente la LEC, especialmente en materia de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia.

El artículo 112 de la LJCA ordena que, trascurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Entre las medidas que disponen los órganos jurisdiccionales para lograr la efectividad de lo mandado, especialmente en los territorios en los que se han suscrito convenios por el CGPJ o se han aprobado protocolos para aplicar en la mediación intrajudicial cuentan con la posibilidad de derivar a las partes a una sesión informativa y exploratoria sobre la mediación intrajudicial y si estas lo aceptan voluntariamente que pueda desarrollarse una mediación intrajudicial, en la forma que describimos, a continuación. El artículo 108.1 b) de la LJCA, para los supuestos de condenas a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, entre otras actuaciones, permite al Juez adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada, y a la que puede coadyuvar de forma especial la derivación a la mediación intrajudicial.

La ejecución de sentencias presenta caracteres específicos en la mediación intrajudicial contencioso-administrativa, ya que existe una sentencia previa, en primera o se-

¹³ Entra en vigor el 7 de marzo de 2019.

¹⁴ STS 12 5 2009, recurso 5101/2007, FJ 3.º.

gunda instancia que ha resuelto, de una forma declarativa y definitiva, ya que la sentencia es firme, el conflicto que han presentado las partes al órgano jurisdiccional para que conforme al artículo 106 de la CE la actuación administrativa fuera controlada por el poder judicial.

La mediación intrajudicial, como ya se ha señalado, no es parte del proceso, es complementaria al mismo y tampoco es procedimiento administrativo, del que también es complementario; la que se realiza en instituciones de mediación, como MediaICAM, es un procedimiento que se rige por sus estatutos, el convenio firmado con el CGPJ (Convenio CGPJ-ICAM), el Protocolo TSJ Madrid 2018, la Guía CGPJ 2016 y la normativa aplicable a las potestades que ejercite la Administración en el procedimiento de mediación, ya que siempre actúa en el ejercicio de potestades que el ordenamiento jurídico la ha atribuido y que le atribuyen la posibilidad de hacer propuestas en el procedimiento de mediación y ejecutar la sentencia.

Sin embargo, en cuanto a la ejecución del fallo, hay que cumplir, también en la mediación, los límites que fija el artículo 103.2 LJCA que ordena que las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignen con los caracteres que ha establecido el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en múltiples autos y sentencias y que a efectos de la mediación intrajudicial se destacan:

- a) El fallo es intangible para las partes y para el órgano jurisdiccional, lo que determina su inmodificabilidad, que atribuye a la parte beneficiada un derecho subjetivo del justiciable que se integra en el artículo 24.1 CE¹⁵, carácter que, evidentemente, se extiende a la mediación intrajudicial. El fallo no es objeto de la mediación.
- b) El cumplimiento o incumplimiento de una sentencia firme, tiene una relevancia institucional que es ajena al principio de disposición de las partes, lo que es índice de la carencia de relieve del desistimiento, desfallecimiento o abandono de una o ambas partes en instar la ejecución¹⁶. La mediación intrajudicial no se refiere al fallo, sino a la forma de ejecutarlo y en la mediación intrajudicial es el propio órgano jurisdiccional encargado de la ejecución, el que propone a las partes la mediación para completar elementos, generalmente de hecho, imprescindibles para el debido cumplimiento del fallo e insertarlo en la realidad que existe en el momento de ejecutar la sentencia, que es muy posible que difiera de la que existía en el momento de formular las pretensiones o practicar la prueba.
- c) El cauce procesal para instar la ejecución es el incidente de ejecución previsto en el artículo 109 LJCA, es en este incidente donde habitualmente se produce la derivación a mediación intrajudicial. El Tribunal Supremo ha precisado las características de este incidente, entre muchos otros, en su Auto 3308/2002, de 16 de noviembre de 2002 (recurso 533/1994), y en su Sentencia 1900/2017, de 4 de diciembre de 2017 (recurso de casación 832/2016).
- d) Para respetar ese derecho fundamental las decisiones que se adoptan en una pieza de ejecución de sentencia deben ser razonablemente coherentes con el contenido de la sentencia que se ejecuta¹⁷ y congruentes con las pretensiones que ejercitaron las partes y la prueba practicada; en la pieza separada de ejecución no pueden incluirse cuestiones nuevas, ya que sobre estas cuestiones nue-

¹⁵ STC 86/2005, de 18 de abril, recurso de amparo 379172000, Sala Segunda.

¹⁶ STS 14 6 2011 FJ 4.º, recurso casación 6795/2009.

¹⁷ STS de 30 de diciembre de 2011, fund. de derecho primero.

vas no existe fallo judicial en fase declarativa, pero en la mediación intrajudicial pueden tratar las cuestiones e intereses que de mutuo acuerdo acepten.

Ya desde el protocolo para la implantación de un plan piloto de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa de 2011 se incluía la ejecución de sentencias entre las materias que podían ser objeto de mediación, en todos los protocolos que ha seguido, incluido el Protocolo TSJ Madrid 2018 se incluyen como materia apta para la mediación la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales.

Sin embargo, en el borrador de anteproyecto de la Ley de Impulso de la Mediación, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de enero de 2019, en el apartado IV de su exposición de motivos, se declara que en el ámbito de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que es el objeto de dicho anteproyecto, se ha descartado la regulación de la mediación intrajudicial equivalente a la que opera en el ámbito del proceso declarativo, al no considerarse proporcionada, con carácter general, cuando ya existe una decisión judicial que ha resuelto el conflicto, salvo en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias y en los procesos de familia y todo ello, sin perjuicio, de que las partes puedan acudir a ella si así lo desean.

Dicho anteproyecto no incluye la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, pero por las características de las normas de la LJCA que regulan la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales, tal como han recogido los protocolos aplicables a la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, la ejecución de sentencias es una de las materias, en las que puede operar la mediación intrajudicial, ya que si las partes voluntariamente lo acuerdan se produce una modificación del ámbito en el que actúan las partes, produciéndose de hecho una traslación del incidente de ejecución de sentencia previsto en el artículo 109 de la LJCA al cumplimiento voluntario previsto un en el artículo 104 de la LJCA, las partes son las que mejor pueden definir sus intereses, entre los que se incluye el interés general.

4. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN LAS MEDIACIONES INTRAJUDICIALES EN EJECUCIONES DE SENTENCIAS

En el Protocolo del TSJ Madrid 2018 se definen los asuntos que se consideran más aptos para su derivación a la mediación intrajudicial, entre ellos se incluyen las ejecuciones de sentencia, en cuanto al momento de derivación se especifica que la mediación es susceptible en cualquier momento del procedimiento, siendo muy recomendable en todas las ejecuciones de hacer cuando exista un incidente de ejecución que evidencie un conflicto sobre el cumplimiento exacto de la sentencia.

Criterios que se irán concretando con los resultados que se obtengan en la prueba piloto que se está desarrollando, y que podrá ser coordinando, en su caso, por la Unidad funcional de mediación, que ya está actuando, con eficacia.

Por el momento, el inicio del proceso de mediación intrajudicial se produce en general, de oficio, por decisión del órgano judicial que conoce el asunto, que en materia de ejecución de sentencias son los Juzgados de lo contencioso-administrativo, que han conocido en primera, o única, instancia del proceso en el que se ha dictado la sentencia o resolución judicial. Se efectúa por una resolución motivada, Diligencia de Ordenación del Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, y, en su momento, por el presidente de la Sección o de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. En dicha resolución de derivación, en el caso de ejecuciones de sentencias, se favorece el desarro-

llo de la mediación cuando el órgano jurisdiccional que deriva concreta los hechos o cuestiones que propone a las partes concreten en el procedimiento de mediación para la ejecución de sentencias.

El órgano jurisdiccional, a través de sus representaciones procesales, cita a las partes a una primera sesión informativa, mediante el protocolo operativo establecido entre MediaICAM y el TSJ; el órgano jurisdiccional señala el día y hora de la sesión informativa, que se desarrolla en los locales específicamente establecidos en la sede de los juzgados a de lo contencioso-administrativo. Previamente a la celebración de la sesión informativa, MediaICAM confirma la asistencia de las partes a la sesión informativa, para informar a los mediadores.

Conforme al artículo 3 de los Estatutos del Centro de Resolución de Conflictos, es MediaICAM quien administra, a partir de su inicio los procedimientos de mediación que se someten o se solicitan al Colegio de Abogados de Madrid, y, por ello, el contacto con las partes a y/o sus abogados, fuera de las sesiones de mediación, se realiza por los servicios administrativos de MediaICAM.

En la sesión informativa se informa a las partes de las características del procedimiento de mediación que se explican a continuación y se solicita a las partes que expongan sus intereses respecto al cumplimiento del fallo de la sentencia, que es intangible e inmodificable para las partes, se explora el conflicto con las aportaciones de las partes, ya que en el ámbito contencioso-administrativo el mediador únicamente conoce la diligencia de ordenación y es preferible que sean las partes, por el orden que estas decidan, quienes informen del conflicto y, en su caso, de los documentos que se consideran imprescindibles, que en el caso de las ejecuciones de sentencias es el fallo de la sentencia, y, en su caso, los hechos o cuestiones que se hayan podido especificar en la diligencia de ordenación de derivación. Se firma un acta de la sesión informativa, en la que se incluye la programación de las sesiones que las partes quieran programar. Si las partes, de común acuerdo, deciden incorporar al procedimiento de mediación a alguna otra persona, física o jurídica, previamente a su incorporación se celebrará una sesión informativa para quien se incorpora y se firma un acta de sesión informativa adicional, en especial para que conozca los principios y caracteres del procedimiento de mediación y la obligación de confidencialidad. A fin que puedan prepararse los poderes y que el órgano competente de la Administración acepte la mediación es habitual que las partes establezcan un plazo de 7 días para comunicar si aceptan, o no, el procedimiento de mediación. Comunicación que se hace por escrito a MediaICAM y de la que se da cuenta a la otra parte.

A diferencia de las mediaciones civiles y mercantiles, MediaICAM solo informa al órgano jurisdiccional, a través de la Unidad Funcional de Mediación, si se ha iniciado el procedimiento de mediación, pero no informa de quien ha asistido a la sesión informativa, o quien no ha asistido, por no aplicarse la Ley 5/2012, que lo autoriza expresamente.

La sesión constitutiva de la mediación una vez aceptada por ambas partes, se realiza en la sede de MediaICAM, junto con las restantes sesiones, se levanta un acta de sesión constitutiva, donde se incluye el objeto del procedimiento de mediación, que puede ser el del proceso en el que se ha realizado la derivación a mediación o aquellos otros asuntos que las partes de común acuerdo quieran incorporar, siendo ésta una de las diferencias principales entre el incidente de ejecución y el ámbito de la mediación, que se extiende no solamente al momento en el que se formalizó la demanda estableciendo las pretensiones, sino también hacia el futuro, donde pueden incluirse los cambios normativos y de la circunstancia de hecho que se hayan producido debe que ser

formalizaron las pretensiones y se practicó la prueba y tratarse los intereses reales de cada parte.

Una vez celebradas las sesiones de mediación, se constata si existe un acuerdo parcial o total, y se levanta un acta final, de la que se informará al órgano jurisdiccional, este acta se firma por las partes y por los mediadores. El Acuerdo de mediación se firma por las partes, no por los mediadores, y son las partes las que dan traslado del mismo al órgano jurisdiccional, junto con su pretensión de la forma de finalización del proceso y, en este caso, del incidente de ejecución. Son los órganos jurisdiccionales los que ponen fin al proceso y, en su caso, a la pieza separada de ejecución.

5. CARACTERES Y PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN

Los caracteres y principios del procedimiento de mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa se han concretado en las Guías del CGPJ, el Convenio CGPJ-ICAM, los Estatutos de MediaICAM y, en particular, en el Protocolo TSJ Madrid 2018, no es aplicable la Ley 5/2012, pero son los clásicos de las mediaciones en España:

- a) Voluntariedad. Las partes son libres para iniciar o permanecer en el procedimiento de mediación, no afecta a las potestades de las Administraciones Públicas, y esto permite la igualdad de oportunidades de las partes en el procedimiento de mediación, a diferencia de la situación en el procedimiento administrativo y en parte en el proceso. En la mediación no hay ninguna presunción de legalidad del acto administrativo, no tienen que convencer al mediador de nada, son las partes las que tienen que transmitir sus intereses a la otra parte, incluido el interés general y en una situación de igualdad de oportunidades en el procedimiento de mediación alcanzar acuerdos, que pueden ser homologados por el órgano jurisdiccional siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros y en el caso de ejecuciones de sentencias el acuerdo sea razonablemente coherente con el contenido de la sentencia que se ejecuta.
- b) Confidencialidad. Desde que se inicia el procedimiento de mediación, acta inicial, hasta que se finaliza, acta final, lo tratado en la mediación es confidencial, este es un principio básico de la mediación. Es un principio disponible para las partes, en especial si se establece una condición suspensiva a los acuerdos alcanzados, para que los apruebe el órgano competente de la Administración y para el cumplimiento de la Ley 19/2013 por parte de las Administraciones. Los mediadores deben velar por la igualdad de las partes a efectos del cumplimiento de este principio.
- c) Neutralidad e imparcialidad de los mediadores.

La Guía CGPJ 2016 también incluye los principios de bilateralidad, buena fe, flexibilidad, profesionalidad, y garantías legales que en el Protocolo TSJ Madrid 2018 se concreta recomendando que en la diligencia de ordenación se indique a las partes que deberán asistir personalmente y la conveniencia de que acudan acompañadas de sus letrados, presencia especialmente relevante en la Jurisdicción contencioso-administrativa, a efectos de preservar la igualdad entre las partes y para redactar los acuerdos que puedan alcanzarse.

La Ley 24/2018, además de los anteriores principios, añade el carácter presencial (artículo 10) y la flexibilidad (artículo 11), por el que las partes en conflicto, junto a la

persona mediadora y con su acompañamiento, tienen libertad para organizar la mediación de la manera más adecuada posible, a su caso y materia, siempre que se cumplan los principios esenciales anteriormente expuestos.

6. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN. HOMOLOGACIÓN. EL AUTO DE FINALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN

En el procedimiento de mediación las partes pueden alcanzar un acuerdo, total o parcial, sobre la ejecución de la sentencia o resolución judicial, en razón de las cuales el órgano jurisdiccional ha derivado, o pueden terminar sin acuerdo, en cuyo caso continúa la pieza separada de ejecución, a continuación se exponen algunas cuestiones prácticas que se dan en la realidad.

Usualmente la derivación a mediación intrajudicial para la ejecución de sentencias se está produciendo en el seno de un incidente de ejecución de sentencia, de los previstos en el artículo 109 LJCA. Conforme al artículo 19.3 de la LEC¹⁸, los actos de disposición de las partes sobre el proceso pueden realizarse según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia.

Si en la ejecución de sentencia se alcanza un acuerdo total, de hecho, se produce una modificación de la situación de las partes respecto al cumplimiento del fallo, de una ejecución impuesta por el órgano jurisdiccional a instancia de una de las partes, se pasa a un cumplimiento voluntario, de común acuerdo, de la sentencia, de los previstos en el artículo 104 de la LJCA. Las partes pueden solicitar, de común acuerdo, que se termine la pieza de ejecución, con un Auto en el que se declare que la sentencia ha sido ejecutada en sus propios términos, con lo que a efectos de las Administraciones Públicas se restringe el ámbito de la transacción, en estas mediaciones,, ya que no hay incertidumbre y la decisión la ha adoptado el órgano jurisdiccional con su Sentencia declarativa y se ratifica en el Auto que declara ejecutada dicha sentencia. La firmeza del auto que declara la adecuada ejecución de la sentencia, asume el acuerdo alcanzado las partes y presentado de común acuerdo al órgano jurisdiccional lo que le otorga una nueva dimensión, que tiene incidencia en el ámbito administrativo ya que no hay transacción, han sido los órganos jurisdiccionales los que han decidido, tanto en la fase declarativa, como en la fase de ejecución, declarando que la sentencia ha sido bien ejecutada.

Aun cuando es una cuestión que deberá ser decidida por el órgano jurisdiccional, las partes pueden decidir en el ámbito del acuerdo de mediación, que de común acuerdo van a solicitar dicho auto y la Administración adoptar su acuerdo sometido suspensivamente a la homologación del acuerdo por el órgano jurisdiccional.

Respecto al margen que tienen las partes en el ámbito de la mediación intrajudicial para la ejecución de sentencia, son aplicables los límites establecidos en reiteradas sentencias y autos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional para el propio órgano jurisdiccional. El contenido del fallo es inmutable y los acuerdos que se alcancen deben ser razonablemente coherentes con el contenido de la sentencia que se ejecuta¹⁹ y congruentes con las pretensiones que ejercitaron las partes y la prueba practicada en el proceso y en el procedimiento administrativo; en la pieza separada de ejecución no

¹⁸ El artículo 19 de la LEC es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera de la LJCA, en concordancia con el artículo 4 de la LEC.

¹⁹ STS de 30 de diciembre de 2011, fund. de derecho primero.

pueden incluirse cuestiones nuevas en el incidente de ejecución, ya que sobre ellas no existe fallo judicial en fase declarativa. Este es, también, el límite para la homologación del acuerdo por el órgano jurisdiccional, ya que sólo se pueden homologar los acuerdos que se refieren al objeto del proceso, y en el caso de las mediaciones intrajudiciales para ejecuciones de sentencia que exista una sentencia declarativa y el acuerdo sea razonablemente coherente con el contenido de la sentencia.

Más una diferencia relevante entre la resolución judicial que ponga fin al incidente de ejecución, donde no se pueden incluir cuestiones nuevas y el acuerdo en la mediación intrajudicial es que en esta las partes pueden tratar las cuestiones que deseen, que estén dentro de su ámbito de disposición y puedan facilitar el acuerdo, proyectar el acuerdo hacia el futuro y practicar las pruebas que deseen, adaptándose a los cambios normativos que puedan haberse producido en el trascurso del proceso contencioso-administrativo, incluyendo una cláusula en la que acuerden someterse a una mediación extrajudicial si surgen nuevas cuestiones respecto al objeto del conflicto o en sus relaciones futuras.

A fin de facilitar la homologación del acuerdo, desde un punto de vista formal, en el acuerdo que se alcance conviene deslindar y separar los acuerdos que se refieren estrictamente a la ejecución de sentencia, del resto de acuerdos que se puedan haber alcanzado. Aunque no exista homologación de una parte del acuerdo, todo él es vinculante para las partes, y así deben informarlo los mediadores, pero las Administraciones deberán comprobar las potestades que han ejercitado, que no se modifican por la mediación, y en caso de cualquier duda aplicar las normas que regulan las transacciones, para lo que pueden condicionar el acuerdo a la aprobación por el órgano competente de la Administración.

Como ya se ha señalado, el acuerdo de mediación es un documento que firman solo las partes, a diferencia del acta final de la mediación que también se firma por los mediadores.

La institución de mediación, donde están integrados los mediadores que han actuado comunica al órgano jurisdiccional el resultado de la mediación, si ha habido acuerdo total o parcial o no ha habido acuerdo, pero son las partes las que trasladan el acuerdo al órgano jurisdiccional, indicando si solicitan, o no la homologación la declaración mediante auto de haberse ejecutado la sentencia en sus propios términos, y, en su caso, la forma en la que solicitan se finalice el incidente de ejecución. Es muy conveniente que, si es posible, se solicite auto de finalización de la pieza separada, declarando por ejecutada la sentencia, con lo que se modifica la naturaleza jurídica del acuerdo, en cuanto a la ejecución de la sentencia. Sí existe este auto, el acuerdo de mediación no equivale a transacción ya que se ha limitado a cumplir voluntariamente el fallo de la sentencia y este acuerdo deberá ser refrendado por el órgano competente, salvo que se haya otorgado poderes al respecto en el decreto o acto administrativo que haya apoderado a los representantes de la Administración.

Respecto a las otras cuestiones que hayan tratado las partes en la mediación intrajudicial, habrá de examinarse si se ha producido una transacción, y en este caso será el órgano competente para aprobar transacciones de la Administración el que deberá hacerlo y en los protocolos que regulan estas mediaciones intrajudiciales se prevé la posibilidad de condicionar el acuerdo alcanzado a la aprobación del órgano competente.

Conforme al artículo 7 de la Ley 19/2013, las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán los acuerdos planteados por particulares, en la medida en que supongan una interpretación del derecho o tengan efectos jurídicos, mandato que tiene un alcance diferente en los supuestos de ejecuciones de sentencias, en los que la interpretación del derecho se ha producido en el fallo de la sentencia.

7. CONCLUSIONES

En los territorios en los que existen convenios con el CGPJ firmados por instituciones de mediación y los Tribunales Superiores de Justicia, han elaborado protocolos de actuación basados en la Guía del CGPJ 2016. La mediación intrajudicial es una realidad, ya, en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, se tratan de pruebas piloto.

Los órganos jurisdiccionales, previo examen de las pretensiones de las partes, les derivan a mediación intrajudicial para dar oportunidad a las partes a que sean ellas las que solucionen el conflicto, ofreciendo la posibilidad de homologar los acuerdos alcanzados. Las partes también pueden solicitar la mediación intrajudicial. La derivación a mediación intrajudicial no suspende la tramitación del proceso, ni la ejecución de la sentencia, aunque si se ha iniciado y progresa las partes de común acuerdo pueden pedir la suspensión, que generalmente se concede.

Para facilitar la ejecución de determinadas sentencias los órganos jurisdiccionales están derivando a las partes a sesiones informativas sobre la mediación para que las partes decidan si inician una mediación. Desde un punto de vista procesal es posible realizar las pruebas piloto. Las mediaciones intrajudiciales respecto a las ejecuciones de sentencias tienen caracteres propios que las diferencian de las mediaciones intrajudiciales antes de dictarse sentencia.

La posición jurídica de las Administraciones frente a las pruebas piloto varía: a) las corporaciones locales tienen mayor facilidad, por ser más rápido el procedimiento para aprobar transacciones, a través de acuerdos del Pleno y por estar en marcha proyectos de mediación en vía administrativa²⁰, que se podrán incluir en ordenanzas sectoriales; b) las comunidades autónomas tienen capacidad normativa, como ha efectuado la Comunidad Valenciana, con su Ley 24/2018, que ha entrado en vigor e 7 de marzo de 2019; y c) la Administración del Estado por los requisitos para transigir, en especial en relación al dominio público, tiene mayor dificultad para alcanzar acuerdos, pero como la sesión informativa, e incluso el inicio de la mediación no afecta a sus potestades puede participar en mediaciones ya que la mediación no es equivalente a transacción.

Una vez transcurrido un plazo razonable de las pruebas piloto, que podrían ser de dos años de mediaciones intrajudiciales, en este ámbito se deben evaluar los resultados obtenidos y valorar una reforma legislativa que cumpla las cuestiones que ha suscitado el Consejo de Estado en el informe anteriormente citado.

8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- AVILÉS NAVARRO, M.: *La mediación intrajudicial en el orden contencioso-administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez. Universidad Carlos III de Madrid, 2015. *
- CARBALLO MARTÍNEZ, G.: *La mediación administrativa y el Defensor del pueblo*. Editorial Thomson Aranzadi. Madrid, 2008.

²⁰ El artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, ordena que el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo, entre los que puede incluirse la mediación.

- CALDERÓN GONZÁLEZ, J. M.^a: *La ejecución de sentencias tributarias, régimen legal y jurisprudencial*. Editorial Thomson Aranzadi. Madrid, 2014.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.: *Avenencia o ADR, Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación y Transacciones*. Edit IURGIUM. Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ CUETO, T: La ejecución de sentencias que condenan a la Administración a realizar una actividad o a dictar un acto. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 26, enero 2012.
- GONZÁLEZ MARTÍN, L A. «La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación». *Revista de Mediación*, n.º 9, primer semestre de 2012. *
- GRUPO EUROPEO DE MAGISTRADOS POR LA MEDIACIÓN DE ESPAÑA, GEMME. Debate asociativo sobre el diseño de un modelo de derivación a mediación y control de calidad de la actividad mediadora desde los tribunales de justicia. Documento interno de trabajo. Octubre 2015. *
- MARÍN ÁLVAREZ, C.: La mediación intrajudicial: La experiencia de la Unidad de mediación intrajudicial del TSJ de Murcia. Disponible en Centro de Estudios Jurídicos Ministerio de Justicia, 2016, en <http://www.cej-mjusticia.es/>
- MARTÍN DIZ, F.: *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*, Editorial Thomson Aranzadi 2018.
- MEJÍAS GÓMEZ, J. F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho, Madrid, 2009.
- MEMENTO EXPERTO FRANCIS LEFEBVRE: Mediación.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J.: «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal», Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*. *
- «Panorama de los medios alternativos de resolución de controversias, y su impacto en la modernización de la justicia». *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 1, 2016. *
- PARRA GARCÍA, J. L.: La Unidad de mediación intrajudicial de Murcia: Mediación en el ámbito contencioso-administrativo. Disponible en Centro de Estudios Jurídicos Ministerio de Justicia, 2016, en <http://www.cej-mjusticia.es/>
- QUINTANA GARCÍA, A., «El papel de las instituciones de mediación», 35 Lawyer Press, 27 de abril de 2013. Disponible en: http://www.lawyer-press.com/news/2013_04/2704_13008.html.
- «Hacia la obligatoriedad de la sesión informativa de mediación», Lawyer Press. *
- «Las Corporaciones profesionales como instituciones de mediación». *Revista profesiones*, n.º 155, mayo-junio 2015, págs 48 y 49. *
- SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (coords.): *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Tecnos, Madrid, 2.^a edición 2013.

* Disponibles en <https://mediacionesjusticia.com/biblioteca>.

9. ABREVIATURAS

ADR	Medios alternativos de resolución de conflictos
CE	Constitución española de 1978
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Convenio CGPJ-ICAM	Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid de 20 de junio de 2017, renovado por un año el 7 de junio de 2018
Directiva 2008/52	Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
Guía CGPJ 2016	Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, Consejo General del Poder Judicial. Presentada en noviembre de 2016
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
Ley 5/2012	De 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
Ley 19/2013	De 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
Ley 30/1992	De 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común
Ley 34/2015	De 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003 LGT
Ley 39/2015	De 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
Ley 40/2015	De 1 octubre, de régimen jurídico del sector público
Ley 24/2018	De 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación en la Comunitat Valenciana
MediaICAM	Centro de resolución de conflictos del Ilustre Colegio de abogados de Madrid, que se rige por sus Estatutos de 27 de febrero de 2018
Protocolo TSJ Murcia 2016	Protocolo de derivación a mediación en el ámbito contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, enero de 2016.
Protocolo TSJ Madrid 2018	Infraestructura organizativa de la mediación conectada a los juzgados y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de marzo de 2018.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo

LA LEY CONCURSAL COMO NORMA ESPECIAL

Francisco Pérez-Crespo Payá

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INCIDENCIA DE LA ESPECIALIDAD CONCURSAL EN EL CRÉDITO PÚBLICO. 2.1. La preferencia del crédito público debe resultar de la Ley Concursal. 2.2. La determinación del carácter concursal del crédito debe ser conforme con la Ley Concursal. 2.3. El ejercicio de los derechos a través de la vía de apremio debe atender al principio de especialidad concursal.—3. LA INCIDENCIA DE LA ESPECIALIDAD CONCURSAL EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 3.1. La apreciación y decisión sobre las causas de resolución. 3.2. La liquidación del contrato y las limitaciones que resultan de la especialidad concursal.—4. EL FUTURO: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA. 4.1. La ausencia actual del crédito público en los acuerdos de reestructuración preventiva. 4.2. El contenido de la propuesta de directiva. 4.3. Las decisiones que se deben adoptar respecto al crédito público.—5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El principio de especialidad normativa es un criterio general, junto con el de jerarquía y el de temporalidad, de solución de las antinomias del ordenamiento jurídico, aparentes o reales, que se producen cuando ante unas mismas circunstancias de hecho se imputan soluciones jurídicas que no pueden observarse simultáneamente. La especialidad hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma. Supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. En otros términos, se aplicará la norma general a menos que en el supuesto de hecho de la vida real se den las circunstancias más específicas y, en su caso, divergentes del supuesto de hecho de la norma especial, supuesto en el que se aplicará esta última¹.

Se ha señalado que la norma especial prevalece sobre la general porque la norma específica es más apta para regular lo específico. Presupone y no elimina la simultánea vigencia de la norma general y de la especial. La especial se aplica con preferencia a la general cuando su supuesto de hecho se ajusta más al supuesto de hecho concreto, pues, de otra forma, quedaría ineficaz ya que nunca sería aplicable. Por el contrario, la ley general se aplicaría a todos los supuestos no encuadrables en la especial y sería, por tanto, también eficaz en su ámbito. Con una matización adicional: como recoge nuestra jurisprudencia, la norma general será aplicable al supuesto regulado en la norma especial en todos aquellos elementos no previstos por la norma especial. Lo expuesto no agota el problema. Es preciso incluir una cuestión adicional que se debe resolver previamente ante cada supuesto de hecho, el de la relatividad del criterio general especial. La relación especial general es bipolar, invertible en determinados supuestos. De esta forma, muy a menudo, para resolver el concurso de normas no basta con aplicar el principio de especialidad, porque cualquiera de ellas podría ser norma especial respecto de la otra en función de cuál sea el punto de vista que se adopte. Es necesario identificar correcta-

¹ TARDÍO PATO, JOSÉ ANTONIO, El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003.

mente la norma que incluye la regla especial o, en su defecto, puede ser razonable proponer que se aplique el criterio de consunción conforme al cual aquella norma que contempla de modo completo el valor que el ordenamiento pretende preservar en relación con un determinado tipo de supuestos de hecho deber prevalecer sobre —o absorber a— la norma que protege ese valor de un modo solo parcial. Posteriormente se volverá sobre este criterio.

Este es en realidad el supuesto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Frente al régimen de quien puede cumplir regularmente sus obligaciones; la situación ordinaria de todo deudor que responde del cumplimiento de sus obligaciones en los términos del artículo 1911 del Código Civil, con todos sus bienes presentes y futuros, la Ley Concursal contempla el supuesto anómalo de cuando tal garantía patrimonial es insuficiente. Se imponen así unas reglas especiales, las concursales, que pueden afectar tanto al contenido del derecho —su modificación sin consentimiento de su titular por acuerdo colectivo objeto de sanción judicial— como al modo de ejercicio —sustitución de la ejecución individual conforme a las normas procesales generales por un medio de ejecución colectiva que puede recaer, además, no solo sobre bienes individualmente considerados, sino también sobre unidades productivas consideradas como conjunto—.

Puede parecer innecesario esta introducción pues naturalmente la Ley Concursal es la regla legal aplicable al ejercicio de los derechos contra un deudor concursado, pero cuando se trata del crédito público —titularidad de un ente público, consecuencia del ejercicio de una potestad pública y por tanto definido por un acto administrativo con presunción de validez y ejecutividad— esta advertencia no es baladí ni puede considerarse innecesaria. Junto con pronunciamientos expresos del Tribunal Supremo sobre el carácter de ley especial de la ley concursal², nos seguimos encontrando con sentencias que parten de que la existencia de una norma administrativa, de rango legal, excluye la aplicación de reglas generales de la ley concursal (como la suspensión del devengo de intereses del artículo 59) porque, tratándose de un «*mecanismo especial*», sujeto a su norma propia, ésta prevalece respecto a la general que supone la Ley Concursal³. En los apartados siguientes se recogen supuestos de aplicación de este principio de especialidad que ha determinado la interpretación, aplicación e incluso corrección de las normas que disciplinaban la regulación de una obligación legal como el crédito público.

² Como ejemplo baste citar la STS 113/2018, de 29 de enero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, ponente Recuero Ibañez, que señala cómo «la Ley Concursal es aplicable como ley especial en caso de mercantiles en concurso. Así lo prevé el artículo 22. 2.º de la LGSS según el cual “en caso de concurso, los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre aquéllos procedan, así como los demás créditos de Seguridad Social, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal”. Tal criterio se confirma si se tiene presente que, a efectos tributarios, el artículo 77.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la redacción vigente al tiempo de las actuaciones enjuiciadas en la instancia, preveía que “en el proceso concursal, los créditos tributarios quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

³ Así se indica en la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, de 14 de febrero de 2018, sobre la aplicación o no del artículo 59 de la Ley Concursal a la liquidación de intereses realizada por el Ministerio de Fomento respecto a las cuentas de compensación que mantiene una sociedad concesionaria de autopistas de peaje con la Administración General del Estado, de conformidad con la disposición adicional 8.ª de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre. En este caso, se considera correcta ya no solo su liquidación, sino incluso la procedencia del anatocismo, el devengo de nuevos intereses por los intereses devengados en el ejercicio anterior estando todos ellos la sociedad concesionaria en concurso de acreedores.

2. LA INCIDENCIA DE LA ESPECIALIDAD CONCURSAL EN EL CRÉDITO PÚBLICO

2.1. La preferencia del crédito público debe resultar de la Ley Concursal

La primera cuestión que debemos considerar por la especialidad de la Ley Concursal es el de graduación de créditos. En este ámbito no debe haber otras preferencias legales que las reconocidas por la Ley Concursal. La pretendida defensa de preferencias al margen de la ley concursal bajo el amparo de otra norma especial no puede admitirse salvo en los términos que la propia Ley Concursal reconozca. Así, la Administración Tributaria planteó que la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), debía considerarse *norma especial* con relación a la Ley Concursal a efectos de la graduación de sus créditos, lo que suponía que solo resultaría aplicable ésta en el supuesto de convenio, pero no de liquidación concursal, supuesto en la que debía aplicarse exclusivamente el mejor trato que a los créditos públicos reconocía la LGT pues así lo reconocía la redacción original de la LGT de 2003 en su artículo 77.2⁴. El Tribunal Supremo fue tajante a este respecto. La Sentencia 657/2011, de 3 de octubre, que recoge la doctrina de sentencias anteriores (564/2010, de 29 de septiembre, 1231/2009, de 21 de enero, 492/2009, de 22 de junio, y 589/2009, de 20 de septiembre), establece la preferencia de la Ley Concursal sobre la LGT en materia de clasificación de créditos tributarios. Otra solución, «*defender, con la afirmación de una contradicción entre dicha Ley y la 22/2003, la derogación tácita y parcial de ésta en un punto capital para el sistema que establece, como es el régimen de los privilegios, no resulta respetuosa con el canon hermenéutico de la totalidad y, al fin, ha de ser rechazada*».

La misma solución ha de aplicarse al pago de los créditos contra la masa que se sujeta exclusivamente a la Ley Concursal —y por tanto a un criterio de vencimiento y no de grado— y ha de regir la solución de cualquier otra pretendida preferencia legal como ha sido el caso de los créditos por justiprecio en expropiaciones. Este último supuesto merece unas consideraciones adicionales.

El Consejo de Estado, en su dictamen de 23 de julio de 2014 (expediente 1122/2013), consideró que la posición de los expropiados en el concurso de sociedades concesionarias tiene determinadas singularidades que les diferencian del resto de acreedores. Esa posición derivaría de que los expropiados no establecieron relaciones económicas con las concesionarias de manera voluntaria y de que su crédito está especialmente protegido al configurarse como una garantía constitucional. Por ello, señalan que los créditos por justiprecio de los expropiados son calificables como créditos con privilegio general del artículo 91. 3.º de la Ley Concursal como «créditos de derecho público». El dictamen señala que «*es palmario*» que los créditos de los expropiados tienen tal carácter público pues nacen del ejercicio de una potestad pública, como es la expropiación forzosa. Además, señala que no obsta a tal calificación el hecho de que el expropiado sea, en la mayoría de los casos, una persona jurídico-privada, puesto que la calificación como crédito privilegiado general no requiere que el titular sea una administración

⁴ Que indicaba que «*en caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*». El apartado se modificó por la disposición final 11 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción dada por el art. único 117 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio. La técnica legislativa no deja de ser curiosa: se modifica una disposición final de la Ley Concursal que modificó tras su entrada en vigor la LGT. Solo una pretensión de regulación unitaria de la materia parece justificar esta solución.

pública⁵. Esta interpretación entra en clara contradicción con lo establecido por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 16 de julio de 2013, respecto a la definición de créditos de derecho público «a los que se refiere la Ley Concursal como susceptibles de ser clasificados con privilegio general» al exigir el doble requisito de titularidad de una Administración Pública y derivar de potestades administrativas. Sin que haya llegado a haber pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) en su sentencia 79/2017, de 17 de febrero, ha confirmado el carácter de crédito ordinario del justiprecio en el concurso de la sociedad concesionaria beneficiaria de la expropiación. El fundamento es el expresado: no tienen las características de créditos públicos a los que se les pueda reconocer el privilegio general, pues su titular no es una Administración Pública con independencia de la responsabilidad que le pueda incumbir. Adicionalmente, lo relevante es que se parte de que esta es una atribución en exclusiva del juez del concurso, que no tiene que plegarse, al realizar esa labor, a otras referencias que las que le marca la Ley Concursal que es norma especial en esta materia. Por ello, cuál deba ser tal clasificación no puede venir condicionada por las decisiones de otros tribunales, tales como los de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2.2. La determinación del carácter concursal del crédito debe ser conforme con la Ley Concursal

Al ser la clasificación de los créditos competencia exclusiva del juez del concurso, se atenderá exclusivamente a las reglas de la Ley Concursal para determinar el carácter concursal o no del crédito. Esta decisión no puede descansar exclusivamente en las reglas de liquidación y exigibilidad que disciplinan la obligación legal.

Este principio se ha aplicado sucesivamente por el Tribunal Supremo para la ruptura de los períodos de declaración de las retenciones por IRPF o pago del IVA con independencia de lo previsto para los plazos de declaración y liquidación contenidos en las normas tributarias.

La sentencia 10/2011, de 31 de enero de 2011, es suficientemente expresiva. La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y a la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente, lo que constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Este principio no puede verse alterado en función de la mejor adaptación a los principios del derecho tributario, los cuales deben ceder para hacer posible el cumplimiento de los principios del derecho concursal sobre igualdad entre los acreedores y restricción de los privilegios que se les reconocen. La disposición adicional octava de la LGT establece que, en materia de «procedimientos concursales», «lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento». Por ello, el carácter de obligación legal del crédito por retenciones por el IRPF, sujeta a la legislación especial tributaria, no

⁵ Sobre el hecho de que el Consejo de Estado señale que la condición de privilegiado se extienda también a los intereses devengados por el impago de los justiprecios, puesto que no tienen naturaleza moratoria ni penitencial, sino que tienen el carácter de mecanismos de actualización de la cantidad debida y que además admita que a estos créditos no les afecta la limitación del 50% establecida en el artículo 91.3.º LC, pues dicha limitación únicamente se refiere a Hacienda Pública y Seguridad Social, no existe pronunciamiento expreso pero su falta de adecuación a los principios de la Ley Concursal son evidentes.

comporta alteración alguna en cuanto a la determinación del momento de nacimiento del crédito, ni la existencia de una obligación compleja (retener, declarar e ingresar) puede ser objeto de consideración. En fin, como resume la sentencia 436/2018 de 11 de julio, como obligación tributaria autónoma, la obligación de retener nace con el abono de las rentas o salarios y es este hecho el que determina el carácter concursal, aunque el plazo establecido por la norma tributaria para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad.

El mismo criterio se ha aplicado al IVA. En este ámbito, y con independencia de la modificación de la ley del IVA por la Ley 7/2012, de 29 de octubre, a fin de adaptarla a la ruptura del periodo de declaración en función de la fecha de declaración del concurso que responde a lo ya expresado, dos cuestiones adicionales merecen especial mención en cuanto afirmación de la especialidad concursal: la calificación que han recibido los créditos resultantes de las facturas rectificativas y el ejercicio del derecho a la deducción de cuotas soportadas con anterioridad al concurso determinando la oportuna liquidación, que ha de respetar la prohibición general de compensación recogida por el artículo 58 de la Ley Concursal.

Las sentencias del Tribunal Supremo 140/2011, de 3 de marzo, 701/2011, de 3 de octubre, y 968/2011, de 10 de enero de 2012, no hacen sino reiterar que la necesidad de atender a la fecha del nacimiento de la obligación para fijar el carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente, impuesta por la legislación concursal, exige que los créditos por IVA transmitidos a la Administración Tributaria como consecuencia del mecanismo de la rectificación de facturas, por corresponder a hechos impositivos anteriores a la declaración de concurso, merezcan necesariamente la consideración de créditos concursales. La modificación subjetiva realizada no altera el principio anterior ni da lugar al nacimiento de un crédito nuevo.

En cuanto a la liquidación del IVA devengado y deducible, la sentencia 10/2018, de 11 de enero, del Tribunal Supremo, reiterando la posición de la sentencia 214/2017, de 31 de marzo, señala que con independencia del momento en que se haya hecho valer, el que surgió con anterioridad a la declaración de concurso debe deducirse con cargo al IVA devengado en aquel mismo periodo de liquidación. Por ello, en la liquidación practicada, como consecuencia de las facturas rectificativas que los acreedores concursales emitieron a la vista de la declaración de concurso, si afloró un IVA a ingresar, daría lugar a un crédito a favor de la AEAT que es concursal y, por ello, se hubiera podido compensar con el IVA a devolver de ejercicios anteriores a la declaración de concurso, pero no con el IVA a devolver de ejercicios posteriores al concurso. Por esta razón, una liquidación que no responda a estos criterios supone una compensación practicada por la AEAT que no está justificada conforme a la citada jurisprudencia y contradice la prohibición de compensación del art. 58 Ley Concursal.

Respecto al crédito con origen en una sanción administrativa, el criterio del Tribunal Supremo (sentencias 55/2011, de 23 de febrero; 253/2011, de 5 de abril y 504/2011 de julio) es claro. El elemento que determina el carácter concursal de la sanción es la fecha de la infracción con independencia de la fecha de la resolución administrativa que la impone. Las justificaciones son varias: que la obligación para el deudor dimana de la infracción de determinados deberes legales, aunque la adquisición de los derechos por la Administración esté sometida a una especie de condición suspensiva de la que depende su perfección y cuantificación, que no es otra que la decisión sancionadora, acontecimiento hasta el cual la obligación no es exigible; que no cabe disociar la infracción de la consecuencia jurídico administrativa, puesto que la sanción, como relación autónoma respecto de la infracción, no explicaría la hipótesis de la destipificación de la conducta o

de la retroacción de la norma más favorable, como procede desde luego en el ámbito sancionador administrativo, y, en fin, que desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la interdicción del arbitrio, resulta difícilmente compatible el modelo del devengo del crédito con ocasión de la sanción al hacer depender la calificación de una decisión del que podría beneficiarse de ella, la Administración pública.

En materia de créditos derivados de devolución de subvenciones, se ha discutido si el carácter concursal depende de la fecha de la resolución ordenando el reintegro de la subvención, de la fecha del incumplimiento o de la fecha de la subvención. La sentencia 645/2018, de 20 de noviembre, señala que la fecha relevante a efectos de la clasificación del crédito de reintegro es la fecha de la subvención. Se apoya en la jurisprudencia de la Sala 3.^a (sentencias de 12 de mayo de 2004, 17 de octubre de 2005, 25 de abril de 2007 y 10 de marzo de 2009, entre otras), respecto a la naturaleza modal o condicional de las subvenciones o ayudas públicas, en tanto que comportan una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento, por lo que se ha de partir de este carácter para establecer que, en caso de que la ayuda pública deba ser devuelta, dicha devolución es un efecto inherente al acto de otorgamiento de la subvención, que, en sentido propio, ni se revisa ni se anula, sino que la denegación o devolución representa la eficacia que corresponde al incumplimiento de la condición resolutoria con que se concede la ayuda. En fin, configura este reintegro de modo semejante al que se establece en el derecho privado para las obligaciones sometidas a condición resolutoria expresa, contemplado en el art. 1123 CC. La subvención surte sus efectos mientras no acontezca la causa de reintegración, pero cuando esta acaece decaen los derechos adquiridos y procede la restitución de las prestaciones ejecutadas. En obligaciones de tracto único, la regla general es la retroacción absoluta o con efectos *ex tunc*, lo que conlleva que la relación habrá de retornar al estado que tenía antes de constituirse, por lo que los intervinientes deben quedar en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación para cada parte de restituir lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe. Por ello, y acudiendo como regla de cierre al artículo 37.1 de la Ley 38/2003, de Subvenciones, se deben reintegrar las cantidades percibidas con el interés de demora correspondiente desde el momento del cobro de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Finalmente, se afirma que tal solución, permite atender a la «propia naturaleza concursal del procedimiento concursal», es decir, a la especialidad que consagra la Ley Concursal.

2.3. El ejercicio de los derechos a través de la vía de apremio debe atender al principio de especialidad concursal

Junto a la referencia al ejercicio de los derechos de la Administración Pública en el proceso concursal partiendo de su clasificación y graduación, es necesario considerar el posible ejercicio de la potestad de autotutela a través de la vía de apremio concurriendo un proceso concursal. Ya se ha indicado que la concursalidad se manifiesta en la necesaria ejecución colectiva de los derechos concurrentes. De hecho, la Ley Concursal, frente a normas anteriores, pretende garantizar este derecho afirmando la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado. Por ello, impide las ejecuciones de otros órganos judiciales, en particular de la jurisdicción laboral, paraliza las ejecucio-

nes de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas de bienes necesarios para la continuidad de la actividad del deudor —correspondiendo tal decisión al juez del concurso en exclusiva— e impide su continuación si no se han iniciado o reiniciado tras la suspensión abierta la fase de liquidación. En este contexto, concurre la Administración Pública y el posible ejercicio de su vía de apremio. Su eficacia real se ha delimitado por los tribunales a fin de garantizar los principios concursales que garantiza el juez del concurso.

En primer lugar, si bien se mantiene la regla tradicional de preferencia de concurrencia de procedimientos administrativos y concursales atendiendo a la fecha de declaración del concurso y la fecha del embargo, corresponde al juez concursal decidir en exclusiva sobre la necesidad del bien para la continuidad de la actividad sin que tal cuestión pueda ser objeto de apreciación por la Administración. Esta decisión determina que pueda ser planteado el conflicto hasta el *agotamiento efectivo* de la vía de apremio, el pago que, de facto, excluye el conflicto y sin que pueda ser equiparado al pago la consignación de la deuda planteada tercería (sentencia del Tribunal de Conflicto de Jurisdicción 9/2013, de 1 de octubre). Es cierto que el juez no puede acordar el levantamiento de los embargos, ni su nulidad (sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción 2/2014, de 31 de marzo), pero no es menos cierto que la Administración ve limitada la eficacia de su actuación a la previa decisión del juez del concurso.

La reforma del artículo 88.4 de la Ley Concursal por la Ley 38/2011 parece admitir la vía de apremio para la ejecución de los créditos contra la masa. No obstante, esta posibilidad debe ser interpretada estrictamente. La sentencia del Tribunal de Conflictos de 11/2012, de 24 de octubre, reconoce que la determinación del orden de pago de los créditos contra la masa corresponde al juez del concurso sin que pueda ser establecida por la Administración que ejecuta la vía de apremio. Por ello, si bien se admite la posibilidad de adoptar embargos de bienes de carácter cautelar, ha de quedar la cuantía embargada a disposición del juez a los efectos de la realización de la masa del concurso. Adicionalmente, el Tribunal Supremo solo admite (sentencia 237/2013, de 9 de abril) la ejecución de los créditos contra la masa al margen del juez del concurso en el supuesto de aprobación del convenio, con levantamiento de los efectos de la declaración del concurso y mientras no se hubiera procedido a la apertura de la liquidación concursal pues en tal caso no tiene sentido la apertura de ejecuciones al margen del concurso. En este sentido la regla del artículo 56 de la Ley Concursal que impone la ejecución colectiva abierta la liquidación nuevamente se impone.

Cuestión singular ha sido la realización de actuaciones de ejecución por obligaciones del concursado contra masas patrimoniales ajenas al concurso. Evidentemente, no existiendo situación concursal no cabría limitación de la potestad de la Administración. El problema se plantea cuando la deuda reclamada tiene su origen en un concurso, son deudas concursales, o presuponen su existencia, y los sujetos contra los que se dirige la actuación están bajo la supervisión y control del juez del concurso o en esta sede pueden adoptarse pronunciamientos que afecten a los mismos hechos o conductas o a las responsabilidades que se pretende exigir.

En particular, la cuestión se ha planteado respecto a la derivación de responsabilidad a la administración concursal con criterios no siempre coincidentes. Así la sentencia 1/2016, de 27 de abril, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción reconoció la jurisdicción del juez del concurso en cuanto le correspondía la jurisdicción para evitar la interferencia de la AEAT en el proceso concursal en curso respecto a una derivación de responsabilidad tributaria a la administración concursal. Se parte del

reconocimiento de la AEAT para la tramitación de la derivación y de la falta de competencia del juez del concurso para conocer de las acciones ejercitadas por los acreedores, por todos los acreedores incluida la AEAT, respecto a actos y omisiones de los administradores concursales que les causen un daño directo. Por ello, el análisis para despejar la incógnita que en el conflicto se plantea no puede girar, según la sentencia, en torno a la estructura procedimental en la que legalmente se articula uno y otro tipo de responsabilidad, sino en el contenido material de la propia acción que el artículo 36.6 de la Ley Concursal excluye de la competencia del juez del concurso. Ahora bien, atendiendo a las fases y trámite del proceso concursal, para la producción del daño o perjuicio al acreedor, es necesario que la masa activa resulte insuficiente para atender el crédito del acreedor y no pudiera percibirlo en su totalidad, lo que requiere previamente para su verificación que la administración concursal active el régimen excepcional de pago de los créditos contra la masa, art. 176.bis de la Ley Concursal. Todo lo cual conlleva que, hasta que no se aplique este trámite especial y se declare concluso el concurso por insuficiencia de la masa, no puede considerarse lesionados los intereses de los acreedores, esto es, hasta dicho momento no nace, en su caso, la acción prevista en el art. 36.6 de la LC, y por tanto, no es hasta ese momento cuando puede ser ejercitada, que en el caso que nos ocupa se traduce en el inicio del procedimiento y declaración de la responsabilidad solidaria de los administradores concursales efectuada por la AEAT.

No obstante, la tesis anterior se ha corregido en la sentencia 2/2018, de 21 de marzo. Se parte a estos efectos de que el principio de universalidad que consagra la Ley Concursal corresponde exclusivamente al patrimonio del concursado no a otros patrimonio ajenos al concursado y la jurisdicción atribuida al juez del concurso para conocer de cualesquiera cuestiones relacionadas con el proceso universal, con desplazamiento del órgano primariamente competente —sea jurisdiccional o, en su caso, administrativo— supone una excepción al principio de improrrogabilidad y, por ello, debe ser objeto de una interpretación estricta y está sujeta a ciertos límites (recordando a estos efectos la sentencia 1/2013, de 9 de abril). Al mismo tiempo se indica que si la acción del artículo 36.6 no corresponde al juez del concurso no procede limitar por este órgano tampoco la vía administrativa. Finalmente, que el eventual impacto que en la imparcialidad de los administradores concursales y en la independencia del titular del órgano jurisdiccional puede tener el seguimiento por la Administración Tributaria del procedimiento para la eventual declaración de la responsabilidad subsidiaria tributaria de los administradores concursales, que son órganos del concurso y actúan bajo el control del juez de lo mercantil, no pueden ser razones impeditivas para el reconocimiento de la competencia de la AEAT que está sujeta, en el ejercicio de esas competencias, a la ley y al derecho y ha de tomar en consideración también los actos firmes que hayan sido dictados en el cauce del procedimiento concursal y valorar debidamente cuál haya sido la actuación de la propia Administración Tributaria en relación con los pronunciamientos judiciales recaídos. De esta forma, las actuaciones de derivación por responsabilidad, tanto subsidiaria como solidaria, respecto a personas diferentes al deudor concursado no pueden ser objeto de paralización invocando el principio de universalidad del concurso, ni por el carácter de órgano del concurso o de la dependencia y supervisión del juez del concurso ni siquiera por la valoración que realice este juez respecto de los hechos salvo reserva expresa de la norma concursal. Volvemos a la tradicional tesis de que unos mismos hechos pueden ser objeto de apreciación diversa por órganos de diferente jurisdicción siempre que existan.

3. LA INCIDENCIA DE LA ESPECIALIDAD CONCURSAL EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1. La apreciación y decisión sobre las causas de resolución

Frente a la regla general, la Ley Concursal reconoce que los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos administrativos celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en la legislación especial. Es esta una llamada expresa a la normativa de contratación pública que parece operar como ley especial respecto a la concursal. No obstante, esta afirmación debe ser objeto de matizaciones diversas.

La reserva de jurisdicción del concurso respecto a las decisiones sobre resolución o mantenimiento de contratos no se extiende a los contratos públicos. Por ello, el juez del concurso no puede impedir la resolución de un contrato administrativo encontrándose la empresa en concurso⁶ correspondiendo a la Administración la apreciación del interés público que pueda exigir el mantenimiento o la resolución del contrato.

No obstante, el juez del concurso⁷ puede adoptar en la fase de liquidación la declaración de ineficacia sobrevenida del universo de contratos civiles, mercantiles y laborales que se refieran o permitan la ejecución de un contrato administrativo sin que tal competencia pueda hacerse depender de la previa decisión de la Administración sobre la resolución del contrato administrativo que ejecutan. Ello supondría tanto como negar la propia jurisdicción del juez concursal, que sólo la recuperaría cuando la Administración siga el procedimiento resolutorio y establezca los efectos pertinentes de la extinción del contrato administrativo, supeditando la culminación del proceso concursal a la decisión administrativa. Como esto pone de manifiesto la inconsistencia, indeterminación y la aparente falta de coordinación entre ambas legislaciones, la concursal y la de contratación del sector público, debe entenderse que abierta la liquidación concursal procede la resolución *ope legis* del contrato administrativo. De esta forma, el procedimiento de resolución administrativo posterior⁸ no es sino la verificación de la resolución operada por ministerio de la ley, concretada en un acto declarativo en el ámbito administrativo. Acto que es jurídicamente debido, por derivarse directamente de la ley, y no potestativo. Acto que no es constitutivo. Se limita a la mera constatación, fijación o

⁶ Así se estableció en la sentencia 1/2018, de 15 de marzo, al resolver el conflicto de jurisdicción entre la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y un juzgado mercantil. La potestad administrativa de revocación de la licencia otorgada no es una ejecución singular a la que puedan aplicarse los arts. 5 bis.4 o 55.1 Ley Concursal, cuya finalidad es garantizar la integridad de la masa activa de los bienes. El bien jurídico al que atiende la facultad de resolución de los contratos administrativos, también en la modalidad de prestación mediante licencia que regula la Ley 7/2010 General de Medios Audiovisuales, es garantizar la prestación del servicio por estar dirigido a la continuidad en la prestación de un servicio de interés general de la comunidad, como establece el art. 22.1 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, y esta facultad corresponde en este caso a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como autoridad otorgante del título habilitante, en cuyo ejercicio no puede interferir el juez del concurso. En análogo sentido, sentencias de 5 y 15 de diciembre de 2016 (núm. 6/2016 y núm. 5/2016) y 12 de julio de 2017 (núm. 1/2017).

⁷ Con criterio ampliamente justificado, sentencia 3/2017 de 5 de diciembre de 2016, reiterado entre otras por la sentencia 3/2017 de 12 de julio.

⁸ O excepcionalmente permitir la cesión del contrato (artículo 214 2 b de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público) aunque no se haya ejecutado al menos el veinte por cien del importe del contrato o, tratándose de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, no se haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Eso sí, en los «términos previstos en la legislación concursal».

expresión de una situación jurídica preexistente —el efecto resolutorio dispuesto por la ley—, para posteriormente proceder a la liquidación del contrato a la que también extiende la Administración sus competencias sin perjuicio de las que corresponden al juez del concurso para la liquidación, en su caso, del resto de relaciones contractuales. La coordinación necesaria entre ambas actuaciones puede instrumentarse a través del plan de liquidación concursal.

Efecto necesario de la resolución del contrato administrativo será la decisión sobre la incautación de la garantía prestada. Esta decisión solo procede en caso de previa calificación del concurso como culpable, lo que implica supeditar la decisión del órgano de contratación a la previa decisión del órgano jurisdiccional⁹. La Administración no puede pronunciarse sobre la calificación del concurso ni aun como «cuestión previa». La reserva de jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en la materia y el órgano de administración ha de «suspender» cualquier declaración sobre incautación de la garantía¹⁰.

3.2. La liquidación del contrato y las limitaciones que resultan de la especialidad concursal

Esta facultad de resolución y de liquidación del contrato administrativo no puede desconocer la situación concursal. La Ley Concursal regula separadamente los «efectos sobre los contratos» (capítulo III del título III en que se encuentra el artículo 67) de los «efectos sobre los créditos en particular» (sección 3.^a del capítulo II del título III). En la regulación sobre «los efectos de los contratos», el artículo 67 remite a la legislación específica de los contratos administrativos respecto a «los efectos de la declaración de concurso» pero tal remisión se realiza para excluir la aplicación de los artículos precedentes del mismo capítulo de la Ley Concursal que regulan, para los demás contratos, el concurso de acreedores como causa de resolución de los contratos (excluida para los contratos bilaterales pendiente de cumplimiento para ambas partes por el artículo 61 LC frente a legislación de contratos públicos que la habilita siempre con carácter potestativo) o el modo de ejercicio de la facultad resolutoria frente a un concursado (la necesaria intervención del juez del concurso prevista por el artículo 62 frente al ejercicio de la Administración de su potestad de autotutela también en situación concursal). Es en esta materia donde el artículo 67.1 LC tiene su ámbito específico de aplicación. Se admite la «facultad» de resolver el contrato y de liquidar el contrato resuelto en aras a preservar el interés público *«mediante el rescate de la concesión y asumir, en su caso, su explotación directa con recepción de la obras y determinación de las indemnizaciones procedentes, ase-*

⁹ Se trata de una regla que se incluye en la legislación de contratación pública desde el artículo 165 del Reglamento General de Contratación de 1967 (*«la quiebra del contratista sea éste persona natural o jurídica originará siempre la resolución del contrato y se decretará, además, cuando aquella sea culpable o fraudulenta la pérdida de la fianza, que se ingresará en el Tesoro»*), reiterada por el artículo 165 del Reglamento de 1975 y el artículo 111 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que se incorporó a la propia Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público por virtud del Real Decreto Ley 6/2010 de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

¹⁰ Así lo recuerdan los dictámenes de 22 de septiembre de 2016 (expediente 726/2016) y de 2 de junio de 2010 (expediente 745/2010) del Consejo de Estado: *«Por lo que respecta a la incautación de la fianza..., procede esperar a la calificación del concurso pues resulta prematuro proceder a la misma en este momento, debiendo estarse a lo que de ella resulte al alcanzarse sentencia firme en los procedimientos concursales de referencia»*.

gurando la continuidad ininterrumpida del servicio de interés público» en expresión del Tribunal de Conflictos.

Esta competencia de liquidación del contrato no se extiende nunca al efecto del concurso sobre el crédito resultante de la liquidación del contrato que queda sujeto a las previsiones de la Ley Concursal (clasificación y pago). Por ello, como también ha recordado expresamente el Tribunal de Conflictos (sentencia 1/2017, de 9 de mayo), el saldo de liquidación no puede ser objeto de compensación por la Administración pues este es un efecto del concurso sobre los créditos que resulta prohibido por el artículo 58 de la Ley Concursal. La cuestión puede llegar a tener una relevancia esencial. El Tribunal Supremo ha reconocido que no suponen compensación las operaciones que conlleva la liquidación de un contrato ya resuelto¹¹, pero la determinación de qué es liquidación y qué es compensación no es siempre una cuestión pacífica¹².

4. EL FUTURO: LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA

4.1. La ausencia actual del crédito público en los acuerdos de reestructuración preventiva

«La historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas». Así comienza la exposición de motivos de la propuesta de real decreto legislativo correspondiente al texto refundido de la Ley Concursal. Pocas leyes han sufrido tantas y tan profundas modificaciones desde su publicación en el año 2003. Lo relevante ha sido no solo su número sino su intensidad, cuantitativa, por el número de artículos afectados, y cualitativa, se han sustituido principios y decisiones expresas o silencios significativos del autor inicial de la norma y se han incorporado nuevas instituciones y nuevas soluciones. Algunas reformas han sido estables, otras han sido objeto de reconsideración sucesiva en un proceso continuado de reforma sobre reforma y el proceso no ha concluido. No solo está pendiente el texto refundido que preveía la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, y que vuelve a contemplar el pro-

¹¹ Sentencia de 24 de julio de 2014, que cita a su vez a la 188/de 15 de abril. Con una interpretación análoga se encontraría la admisión de la compensación de los créditos conexos admitida por la jurisprudencia en materia de quiebras.

¹² Así se planteará ante la posible deducción a la denominada «RPA» de las cantidades pendientes de pago por expropiación o abonadas por el Estado por justiprecios aplicando la modificación introducida en la Ley de Autopistas de Peaje por el Real Decreto-Ley 1/2014, de 24 de enero, de reforma en materia de infraestructuras y transporte, y otras medidas económicas. Su exposición de motivos, señala como «la reforma que se propone pretende evitar que, si el Estado se encuentra con este tipo de resoluciones judiciales, acabe asumiendo dos veces el pago de la expropiación, en beneficio del concesionario. De un lado paga al expropiado, obligado por resolución judicial, y de otro entregar al concesionario el importe de la responsabilidad patrimonial». Para evitar este doble pago «el precepto que se propone reconoce al Estado, como resultado del pago por cuenta de otro, el derecho a subrogarse en el crédito del expropiado frente al concesionario, procediéndose a minorar el importe de la responsabilidad patrimonial con la parte del crédito no reembolsada por la sociedad concesionaria, garantizándose la indemnidad del Estado frente a los incumplimientos de los concesionarios». Es precisamente esta finalidad de «garantía» la que se pretende asegurar con esta deducción de lo previamente abonado al tercero. Pero si la Administración primero se subroga en el crédito (en los concursos de las concesionarias así se ha reconocido sustituyendo en la lista de acreedores a los expropiados) y luego lo deduce, está compensando efectivamente créditos con una función de garantía lo que no permite la Ley Concursal fuera del marco del artículo 58, cuya interpretación estricta incluso en obligaciones de derecho público se expuso con anterioridad.

yecto de ley de secretos empresariales en tramitación parlamentaria, sino que además por Orden de 28 de diciembre de 2018 se ha constituido una sección especial de la Comisión General de Codificación para la elaboración de un informe y de una propuesta legislativa sobre derecho preconcursal, sobre medidas para aumentar la eficiencia del concurso de acreedores y sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Entre sus objetivos está preparar la transposición de la propuesta de Directiva, de 22 de noviembre de 2016, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE aprobada en diciembre de 2018 y pendiente de publicación.

Es en este nuevo ámbito donde debe volverse a plantear la posición del crédito público y su especialidad en el marco de las situaciones concursales.

El antecedente inmediato de la propuesta de directiva es la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 centrada en la eliminación de los obstáculos a la reestructuración efectiva de empresas viables con dificultades financieras. La recomendación establece la necesidad de que los deudores dispongan de un marco que les permita reestructurar sus empresas a fin de evitar la insolvencia. Este marco debe: ser capaz de realizar la reestructuración en una fase temprana, tan pronto como sea evidente la posibilidad de insolvencia; mantener al deudor en el control de la gestión ordinaria de su actividad; permitir la suspensión temporal de las acciones de ejecución individuales; extender la vinculación del plan de reestructuración acordado por mayoría a acreedores disidentes, una vez confirmado por un órgano jurisdiccional y proteger, evitando su ineficacia, a la nueva financiación necesaria para la ejecución del plan de reestructuración (apartado 6). Todo ello a través de un procedimiento que «no debería ser largo ni costoso», «flexible» y con una intervención del órgano jurisdiccional limitada a «lo necesario» (apartado 7); que se concentra en la intervención para la suspensión temporal de acciones de ejecución individual y en la confirmación del plan de reestructuración para que sea vinculante para los acreedores afectados e identificados (apartado 26), aun disidentes.

Las exigencias de la recomendación están reflejadas actualmente en la Ley Concursal y señalan los problemas a los que las soluciones preconcursales se han ido enfrentando sucesivamente: la necesidad de un periodo de negociación sin ejecuciones de ningún tipo; el blindaje del acuerdo en un concurso posterior de las eventuales acciones de reintegración; la protección del dinero nuevo (el *fresh money*) y, finalmente, la extensión de la vinculación del acuerdo de la mayoría (o mayorías) a los disidentes lo que supone dotar a estos acuerdos una auténtica eficacia concursal.

No obstante, el crédito público se ha mantenido al margen de esta regulación. Por una parte, en cuanto al régimen digamos general porque se excluye de la paralización de ejecuciones que conlleva la comunicación del 5 bis de la Ley Concursal los procedimientos que tenga por objeto hacer efectivo créditos de derecho público (artículo 5 bis 4, último párrafo). Respecto al singular que supone el acuerdo extrajudicial de pagos, el crédito público también permanece al margen. El artículo 231.5 de la Ley Concursal incluye una expresiva declaración de principios: «*los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque gocen de garantía real*». Por ello, si bien se han de incluir en la lista de acreedores «*sin perjuicio de que puedan verse no afectados por el acuerdo*» (artículo 232.2), no se les convoca (también por exclusión expresa, artículo 234.1) ni les resulta de aplicación la paralización de ejecuciones ni la prohibición de embargos o secuestros (artículo 235.2 a), lo que puede permitir la realización efectiva de los derechos de la Administración Pública

con preferencia respecto a otros acreedores que ven paralizadas sus ejecuciones y, quizá lo que pueda ser más relevante, limitar o frustrar la viabilidad del acuerdo por las ejecuciones mantenidas o iniciadas por la Administración. Finalmente, al estar excluidos del acuerdo, la coordinación de intereses se pretende conseguir mediante la regulación del aplazamiento y fraccionamiento que prevé la disposición adicional 7.º de la Ley Concursal, pero esta norma se construye desde y en el marco de la Ley General Tributaria y por tanto fuera de las «especialidades» concursales. En suma, el acuerdo extrajudicial que se hubiera podido alcanzar es una mera referencia temporal que ha de considerarse y «salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario», discrecionalidad que evidentemente descansa en principios y criterios de interés público pero ajenos nuevamente a los criterios concursales.

Esta situación de *singularidad* del crédito público con relación a las reformas del 2014 y 2015 de la Ley Concursal¹³ es lo que debe ser objeto de consideración en la reforma que la propuesta de directiva exigirá.

4.2. El contenido de la propuesta de directiva

La propuesta contempla como necesario un procedimiento de reestructuración preventiva a disposición de deudores con dificultades financieras cuando exista *riesgo de insolvencia* (concepto que debe definir la legislación nacional que, en nuestro sistema, convivirá con el de insolvencia inminente) e impone el establecimiento de un sistema de alertas tempranas.

El plan de reestructuración puede suponer la modificación de la composición, condiciones o estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, e incluir la venta de activos o parte del negocio, cambios operacionales y, si lo admite la legislación nacional, la venta del negocio en continuidad (*as a going concern*), o una combinación de las anteriores circunstancias. Permite al deudor, que conservará totalmente, o al menos en parte, el control de sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa¹⁴ (*debtor in possession*) solicitar una suspensión de las acciones de ejecución individuales¹⁵ y considera la directiva como elementos de necesaria protección, en esta fase, a los contratos bilaterales pendientes de ejecución respecto a los que se prevé la imposibilidad de adoptar acuerdos de modificación, terminación o resolución considerando la situación de riesgo de insolvencia, en especial, si son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

¹³ Sin desconocer que algunas de las decisiones corresponden a la naturaleza y características del crédito público como es la imposibilidad de imponer la cesión en pago a los acreedores públicos (artículo 100.3).

¹⁴ Si bien se contempla excepcionalmente la necesidad del nombramiento de un «experto» en reestructuraciones para asistir al deudor y acreedores en las negociaciones y redacción del plan si se ha concedido una suspensión general de las ejecuciones individuales y la autoridad judicial o administrativa lo considera necesario para salvaguardar los intereses de las partes, sí es preciso la confirmación del plan por la autoridad correspondiente al tratarse de una reestructuración forzada —no aprobada por una categoría de partes afectadas—, o cuando se solicita por el deudor o por la mayoría de los acreedores que en tal caso asumen el coste del experto (artículo 5.3).

¹⁵ Con un plazo máximo de cuatro meses que puede ser objeto de prórroga hasta los doce meses si es debidamente justificada atendiendo a los progresos de la negociación o a que no se causen perjuicios irrazonables a los acreedores afectados (artículo 6.5 de la propuesta de directiva).

El plan de reestructuración vinculará a los *acreedores* afectados que han de aprobar el plan por una mayoría no superior al 75 por ciento del pasivo correspondiente a cada clase o categoría. Las clases han de ser definidas de manera que comprendan créditos o intereses con derechos que sean lo suficientemente similares como para justificar que se considere a sus miembros como un grupo homogéneo con similitud de intereses. Como mínimo, los créditos garantizados y no garantizados serán tratados como clases separadas a efectos de adoptar un plan de reestructuración, pudiendo los Estados considerar a los trabajadores como una clase. También, los Estados pueden determinar que los titulares del capital puedan ser considerados como una clase a efectos del plan de reestructuración y si los excluyen de este concepto deberán velar porque no puedan impedir injustificadamente la adopción o ejecución de un plan de reestructuración que permita restablecer la viabilidad de la empresa.

La gran novedad es la posibilidad de que el plan de reestructuración no aprobado por todas las clases de acreedores pueda ser objeto de confirmación judicial y convertirse en vinculante para una más categoría de acreedores discrepantes. Se requiere que (i) el plan de reestructuración cumpla los requisitos previstos en el artículo 10 (2) y 10 (3) de la directiva¹⁶; (ii) que haya sido aprobado por la mayoría de las clases afectadas incluyendo al menos una clase de acreedores garantizados o senior, a los acreedores ordinarios no garantizados o que haya sido aprobada por, al menos, una clase de acreedores afectados diferente de los socios o de aquella clase de acreedores que, conforme a la valoración del negocio en continuidad, no tendrían derecho a recibir importe alguno si se hubiera aplicado la prelación de pagos prevista en la liquidación por la ley nacional; (iii) que la clase disidente afectada sea tratada al menos igual que otra clase del mismo rango y mejor que otra clase *junior*, de peor condición que ella, y (iv) que ninguna clase reciba más de lo que le corresponde¹⁷.

De esta forma se reflejan los criterios de distribución del valor de la empresa que ha de reflejar el plan. Por una parte, el llamado «mejor interés de los acreedores», esto es, que el acuerdo de reestructuración debe siempre respetar la cuota hipotética de liquidación. Cada acreedor tiene un derecho individual a esta cuota y así se garantiza que el valor de reestructuración es superior al de liquidación. Es decir, que la reestructuración sea eficiente económicamente. Este derecho conlleva que si un acreedor no vota a favor del acuerdo de reestructuración podrá impugnarlo alegando que lo que ha recibido en el plan tiene un valor inferior a lo que hubiese recibido si la empresa se hubiese liquidado.

Por otra parte, reconoce también el mecanismo de distribución del excedente asociado a la reestructuración (el «*going concern surplus*»). A estos efectos, la directiva distingue entre el derecho individual a la cuota de liquidación ya indicado y el derecho a ese excedente. A diferencia del primero, este segundo es un derecho colectivo y por clases. Se supone que la reestructuración es resultado de un esfuerzo colectivo y por lo tanto el reparto del excedente asociado a ella debe ser también objeto de decisión colectiva. No se impone cómo debe hacerse ese reparto, pero sí el criterio que se va a

¹⁶ Es decir (i), que haya sido adoptado conforme a lo previsto en su artículo 9 — ¡por las mayorías expresadas con anterioridad—; (ii) que los acreedores con intereses comunes de la misma clase sean tratados equitativamente atendiendo al importe de sus créditos; (iii) que el plan haya sido notificado conforme a la ley nacional a las partes afectadas; (iv) que respecto a los acreedores disidentes el plan respete el test del *interés superior de los acreedores* (*best interest of creditors*), es decir, que no se vean perjudicados por el plan de reestructuración en comparación con su situación en caso de liquidación y (v) que si el plan contempla nueva financiación esta es necesaria para su implementación y no perjudica injustamente los intereses de los acreedores.

¹⁷ Artículo 11 de la Directiva.

aplicar en el caso de que no haya acuerdo de todas las clases sobre el plan de reestructuración. Este criterio toma como referencia los rangos crediticios y, en consecuencia, tiene un doble componente: vertical y horizontal. En principio, y salvo que se acuerde colectivamente otra cosa, los créditos del mismo rango debe ser tratados igual, y los de rango distinto según su preferencia. La propuesta original de la Comisión optaba por una aplicación estricta de la regla de prioridad absoluta. El texto final es más flexible y deja otras opciones a los Estados miembros si es necesario para conseguir los objetivos del plan y no se perjudica injustificadamente los derechos e intereses de las partes afectadas.

4.3. Las decisiones que se deben adoptar respecto al crédito público

En este marco debe adoptarse la decisión de cuál será el régimen que se aplicará al crédito público tanto en cuanto a su sujeción al régimen de paralización como, en su caso, a su posible consideración de acreedor afectado.

Respecto a la suspensión de ejecuciones, el artículo 6.2 de la Directiva establece que los Estados se aseguran que la suspensión pueda afectar a toda clase de reclamaciones incluyendo a los acreedores con garantía y preferentes. La excepción expresa que incluye en el número 3 hace referencia a reclamaciones de los trabajadores y a salvo que los Estados aseguren que el pago de tales reclamaciones esté garantizado en el marco de la reestructuración con un similar nivel de protección. Los créditos públicos por tanto no están expresamente excluidos de la posible suspensión y debe revisarse la actual exclusión de los mecanismos de ejecución administrativa de los efectos suspensivos generales o particulares que conlleva la comunicación del 5 bis y del acuerdo extrajudicial de pagos.

Junto a esta circunstancia, lo que parece evidente es que la Directiva no impide, sino más bien contempla, que el crédito público puede llegar a ser acreedor afectado por un plan de reestructuración. Su protección procederá, en consecuencia, de la aplicación de las reglas generales predicables para todo acreedor que van desde la definición o no del acreedor público como una clase de acreedor hasta el respeto necesario al test de interés superior de los acreedores y regla de prioridad absoluta «atenuada». No obstante, no hay que ocultar que la nueva situación va a plantear dificultades desde la falta de homogeneización del privilegio del crédito público en concurso y fuera de él a la coordinación interna de todos los acreedores públicos, incluida la Tesorería General de la Seguridad Social. Un nuevo escenario en el que el crédito público deberá respetar las posibles especialidades que ampara la reestructuración preconcursal, ante el riesgo de insolvencia, presupuesto cuyo acreditación y definición será el fundamento y justificación de la modificación del contenido y ejercicio de los derechos que corresponden a todo acreedor, incluido el público.

Una última observación al hilo de la necesaria protección de los contratos bilaterales pendientes de ejecución. La directiva no diferencia en función del carácter o naturaleza, pública o privada, de los contratos y la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, contempla como prohibición de contratar la iniciación de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 71 1. c), que no es sino un mecanismo preventivo de reestructuración. Ello exige ponderar si el marco de protección previo al plan de los contratos en ejecución está al margen de esta prohibición cuando su presupuesto no es la insolvencia sino tan solo el riesgo de insolvencia.

5. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- CARBAJO VASCO, D., *Cuestiones tributarias en los concursos de acreedores*, Tirant lo Blanch, 2017
- CALVO VÉRGEZ, J., *El crédito tributario en el concurso de acreedores*, Lex Nova, 2014.
- GUAYO CASTIELLA, I., «Contratos del sector público y concurso de acreedores», La Ley, Monografía número 14, *Revista Concursal y Paraconcursal*.
- LADO CASTRO-RIAL, C. «Contratación administrativa y concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Administrativo 2017*, Civitas, 2017.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, La Ley, 2016.
- TARDÍO PATO, J. A., «El principio de especialidad normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003.
- THERY MARTÍ, A., «Encrucijada en la armonización de las reestructuraciones e insolvencias en la UE», en *Derecho práctico de reestructuraciones e insolvencias empresariales*, Garrigues Aranzadi, 2017.
- THOMAS PUIG, P., *Administración Pública y deuda fiscal del concursado tras la reforma de 2011*, Civitas, 2012.
- VALERO LOZANO, N., *El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal*, La Ley, 2007.
- VV.AA. MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (directora), *Las Administraciones Públicas en el concurso*, Aranzadi, 2016.

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN ESPAÑA

María Luisa García Blanco, María José García Beato, Isaac Salama Salama

SUMARIO: 1. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958. 1.1. Artículo 46 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. 1.2. Cláusula de compatibilidad. 1.3. Ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York. 1.3.1. Requisitos del laudo o sentencia arbitral. 1.3.2. Requisitos del convenio o acuerdo arbitral.—2. EL RÉGIMEN DEL EXECUÁTUR: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. 2.1. Órgano competente para el conocimiento de la solicitud. 2.2. Procedimiento de homologación. 2.3. Recursos contra los autos de los TSJ.—3. PERSPECTIVAS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK.—4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN CONVENCIONAL AL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS EN ESPAÑA: EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958

La cooperación jurídica internacional deviene fundamental en la política exterior de todo Estado, en particular, dentro de ella, la que se lleva a cabo en materia civil, puesto que, además de solucionar conflictos privados con trascendencia internacional, contribuye a crear espacios jurídicos que sirven para impulsar y facilitar relaciones económicas. Y es que el conocimiento previo tanto de las reglas de competencia internacional de un Estado como de cualquiera que sea el órgano competente que resuelva los conflictos favorece indudablemente la toma de decisiones de carácter económico.

En este sentido, tratando de fomentar las relaciones comerciales internacionales entre Estados y, por tanto, el arbitraje comercial internacional, surgió, en el marco de la Cámara de Comercio Internacional, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958. El Convenio de Nueva York constituye hoy uno de los instrumentos mejor valorados en el comercio internacional, y si bien no regula ni los aspectos sustantivos del arbitraje comercial internacional ni la ejecución del laudo, se erige en eje fundamental de la regulación convencional de este tipo de arbitraje, al reglamentar determinados aspectos del execuátur de los laudos arbitrales extranjeros. Como seguidamente expondremos, el Convenio de Nueva York establece, con ánimo liberal y juicio flexible, un sistema más que favorable al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros basado en la presunción de legalidad del laudo arbitral.

1.1. Artículo 46 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre

Admitiendo la insuficiente regulación en nuestro país del arbitraje comercial internacional, la cuestión del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros es sin embargo atendida por el legislador español mediante diversos instrumentos: desde la perspectiva convencional, destaca el valor nuclear que le otorga al Convenio de Nueva York de 1958, así como los complementos que a este convenio le aportan tanto el Con-

venio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, el 21 de abril de 1961, como los convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución que incluyen en su ámbito de aplicación los laudos arbitrales.

Por su parte, desde la perspectiva de legislación autónoma, el régimen viene establecido en la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre (en adelante, LA), cuyo título IX regula el execuátur de los laudos extranjeros a través de un único precepto, el artículo 46, en cuyo primer apartado se contiene la definición de laudo extranjero que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 LA, reafirma el criterio territorial que informa a la LA desde la perspectiva del laudo arbitral, reputando como laudo interno aquel que ha sido dictado en territorio español, y como laudo extranjero el que no ha sido dictado en dicho territorio, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de las partes. Por tanto, el laudo dictado fuera de España, con independencia también de la materia sobre la que verse o del lugar de desarrollo del procedimiento arbitral, tendrá la condición de laudo extranjero y para que pueda desplegar sus efectos en nuestro país, deberá obtener la previa homologación a través del procedimiento de execuátur.

A continuación, en el apartado segundo del artículo 46 LA se hace un reenvío lineal a los convenios internacionales en los que España sea parte y, concretamente al Convenio de Nueva York de 1958, así como a las normas procesales de nuestro ordenamiento relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Precisamente, en esta remisión por referencia podemos encontrar un reconocimiento expreso de la aplicación del sistema convencional en nuestro país, esto es, que el reconocimiento y ejecución en España de laudos arbitrales extranjeros queda regulado con carácter general en el Convenio de Nueva York, el cual constituye un convenio multilateral en el que se ofrece la posibilidad a los Estados parte de obligarse a una aplicación del texto bien sometida a reciprocidad, bien erga omnes o universal.

El legislador español optó por su aplicación erga omnes al no formular la reserva del artículo I.3 del Convenio que le permitía limitar su aplicación a las «sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente». Concretamente, esta no formulación de reserva condujo a que el Convenio de New York deviniera un texto dotado de eficacia universal aplicable en nuestro país con carácter general al reconocimiento y ejecución de todas las sentencias arbitrales extranjeras independientemente de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo llegue a dictarse en un Estado parte en el Convenio o en uno no parte.

El no hacer uso de esta llamada reserva de reciprocidad originó igualmente, dado el ámbito de aplicación del Convenio, la innecesariedad de establecer un régimen legal interno del execuátur de laudos extranjeros que desaparece prácticamente en la Ley de Arbitraje de 2003 pues queda limitado a una simple referencia en el apartado segundo del artículo 46 cuando se señala que el execuátur se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

1.2. Cláusula de compatibilidad

Realmente, es difícil encontrar un convenio internacional en el área comercial que haya suscitado más adhesiones que el Convenio de Nueva York. En efecto, cerca de doscientos Estados lo han ratificado hasta este momento, y muchos de ellos aplican el con-

venio erga omnes, con alcance universal frente al resto del mundo sin limitar su operación a arbitrajes vinculados a otros Estados parte de ese convenio. Sin duda, esta aplicación universal presenta un efecto multiplicador evidente: para dichos Estados, como hemos visto que ocurre en España, el Convenio de Nueva York se convierte en la norma general de su sistema.

El amplio número de Estados que lo han ratificado indica no sólo el éxito del Convenio en cuanto al objetivo inmediato que pretendía: facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos sino que sus soluciones representan un mínimo común denominador a escala mundial. Pero sin embargo, siendo indudable que un tratado internacional que cuenta con ese gran número de ratificaciones representa una conquista muy importante, este triunfo tiene un precio porque su revisión requerirá de un consenso semejante y reunir el consentimiento de tantos Estados es siempre difícil. El riesgo es que la norma llegue petrificarse porque su reforma o adaptación se haga muy costosa. Precisamente por tal motivo, como más adelante se indicará, se ha presentado en ocasiones como alternativa a la reforma del Convenio de Nueva York, la reforma de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

No obstante ello, el Convenio de Nueva York ha evitado desde su inicio ese riesgo de petrificación mediante la incorporación del principio de aplicación de la regla más favorable, con el que se permite a los sistemas nacionales evolucionar sin perjudicar el papel del Convenio como estándar mínimo internacional.

Efectivamente, si bien el Convenio de Nueva York es el único convenio multilateral aplicable en este ámbito, este Convenio no elimina totalmente la posibilidad de que existan otros regímenes de reconocimiento y ejecución que se apliquen con preferencia al establecido en Nueva York, para que esto ocurra es preciso que el régimen que se presenta como alternativo sea más favorable al reconocimiento que el previsto en el propio Convenio. Así lo establece su artículo VII.1 al consagrar la llamada regla de eficacia máxima que no hace sino trasladar a las relaciones entre convenios el objetivo del texto de Nueva York: favorecer el reconocimiento y ejecución de los laudos.

El artículo VII.1 del Convenio de Nueva York contiene en puridad dos reglas: la de eficacia máxima y la de compatibilidad entre convenios. Esto es, las relaciones entre las fuentes se estructuran en torno a la máxima de que la fuente que prevalece es la que proporciona un régimen más favorable. De esta manera, cuando se trate de resolver los posibles conflictos que surjan entre distintos Convenios susceptibles de aplicación, se ha de tener en cuenta que no prima ni el más reciente, ni el más específico, sino el más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero.

Este principio de mayor favorabilidad se recoge igualmente en nuestra LA, a través de la referencia que realiza el artículo 46.2 LA a la aplicación de aquellos otros convenios internacionales más beneficiosos a la concesión del exequatur de laudos extranjeros. Afirmación en cierta manera redundante, por cuanto que con esta regla se reproduce el mandato del artículo VII.1 del Convenio de Nueva York que ya se encuentra incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la remisión lineal que a tal convenio contiene el propio artículo 46 LA.

Ahora bien, para que este principio llegue a aplicarse tienen que concurrir dos presupuestos: En primer lugar, que España sea parte de algún convenio bilateral o multilateral en esta materia que resulte aplicable, o bien que en nuestro derecho interno se haya adoptado un régimen autónomo de reconocimiento de los laudos extranjeros, régimen propio que, como hemos visto, no puede invocarse al haber optado España por aceptar el alcance universal del Convenio de Nueva York.

En segundo lugar, ha de darse un requisito puramente procesal exigido por el artículo VII.1 del Convenio de Nueva York, y es que el principio de mayor favorabilidad sea invocado por el solicitante del *execuátur* en su demanda, concretamente según el tenor literal del precepto, que la parte interesada debe «hacer valer» su derecho a beneficiarse de un régimen más favorable.

El catálogo de los convenios bilaterales que obligan a España en relación con el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y que incluye los laudos arbitrales extranjeros es amplio, así los tratados celebrados con Suiza, con Francia, con Italia, con Checoslovaquia, con México, con Brasil, con China y con Bulgaria. Es de destacar la circunstancia de que todos los Estados con los que España ha celebrado convenio bilateral, menos Brasil, son parte del Convenio de Nueva York.

Ahora bien, estos textos bilaterales tienen poca utilidad para el operador jurídico pues, por lo general, el régimen de reconocimiento y ejecución que en ellos se diseña es menos favorable que el contemplado en el Convenio de Nueva York. Este hecho se comprende fácilmente si atendemos al origen de tales textos, pues los mismos fueron realmente concebidos desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, antes que desde la perspectiva del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y, en consecuencia, al extender su ámbito de aplicación a este último supuesto, incurrían en una serie de incongruencias que desaconsejan su aplicación. Así, por ejemplo, la mayoría de estos textos no distingue entre motivos de denegación del reconocimiento/ejecución propios de las sentencias judiciales y motivos de denegación del reconocimiento/ejecución propios de los laudos arbitrales, distorsionando gravemente esta circunstancia su correcta aplicación.

En particular, el Convenio de Ginebra de 1961 contiene un régimen que, en algún extremo, resulta más favorable a la concesión del *execuátur* que el régimen del Convenio de Nueva York. Así, mientras que el Convenio de Nueva York prevé entre las causas de denegación del *execuátur* que el laudo haya sido anulado en el Estado de origen, sin especificar la causa de anulación, y por tanto dejando en manos de cada Estado fijar los posibles motivos de anulación de un laudo, el Convenio de Ginebra sólo admite que se deniegue el *execuátur* cuando la anulación se hubiese basado en alguno de los motivos recogidos en su artículo IX. De este modo, vemos que el Convenio de Ginebra no hace una remisión en blanco a los tribunales de la sede del arbitraje en cuanto a los motivos de anulación del laudo sino que restringe el elenco de motivos aceptables y obliga a las autoridades ante las que se solicita el *execuátur* a verificar si la anulación se fundó en uno de esos motivos: incapacidad de las partes o invalidez del convenio arbitral, indefensión en el procedimiento, exlimitación de los árbitros, indebida constitución del tribunal o procedimiento que no se adecua a lo establecido. En consecuencia, cuando el laudo se haya anulado por un motivo diferente de los tasados en su artículo IX, el Convenio de Ginebra no impide que el laudo pueda ser reconocido y ejecutado. Por ejemplo, sería posible reconocer y ejecutar un laudo que haya sido anulado en el Estado de origen por no ser arbitrable la materia cuando ésta sí lo sea en España, o por motivos de orden público que no sean considerados como tales en España.

Sin embargo, el ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra es más limitado que el del Convenio de Nueva York, tanto desde el punto de vista material, ya que solamente es de aplicación en materia comercial, como desde el punto de vista espacial, pues toma como punto de partida para su aplicación general el domicilio de las partes y exige que estos se encuentren localizados en Estados contratantes diferentes (art. I.1a). Además, en el caso específico del reconocimiento y ejecución de laudos anulados, el artículo IX sólo es aplicable entre Estados parte del Convenio de Ginebra. En tal supuesto, por tan-

to, sólo podrá invocarse en España el Convenio de Ginebra en relación con laudos anulados en un Estado contratante y sólo además en materia comercial.

Nuestro Tribunal Supremo ha venido aplicando sistemáticamente al reconocimiento de laudos extranjeros el citado principio de eficacia máxima. La cuestión, suscitada en un número importante de ocasiones ante los tribunales españoles, se ha resuelto siempre rechazando la vía abierta por el concreto convenio bilateral y optando por reconocer la resolución extranjera a través de la aplicación del Convenio de Nueva York, el cual, pese a que el convenio bilateral pueda tener fecha posterior, resulta preferible por la especialidad de su objeto y por la atención al principio de eficacia máxima de cara a la homologación.

1.3. Ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York

De conformidad con lo hasta aquí señalado, parece indudable que para un correcto análisis del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en nuestro país, debemos necesariamente atender al régimen establecido en la Convención de Nueva York de 1958.

La descripción del ámbito de aplicación del Convenio pasará por referirse a los requisitos relativos al laudo o sentencia arbitral así como a los relativos al convenio o acuerdo arbitral. No obstante, conviene recordar previamente que la ratificación por parte nuestro país en 1977 de la Convención de Nueva York supuso incorporar a nuestro derecho interno la nueva concepción del arbitraje internacional y ello significó que el arbitraje pasara a gozar de presunción de legalidad y la sentencia arbitral, como acto jurisdiccional que es, de presunción de veracidad, lo que a su vez se tradujo en una inversión de la carga de la prueba, es decir, la parte contra la que se invoca la sentencia deberá alegar y probar la existencia de los requisitos positivos y negativos que condicionan, en cada caso, la concesión o denegación del ejecutivo. Ello no significa que los poderes de oficio del juez queden suprimidos, pero sí limitados al examen de la arbitrabilidad del litigio y a la apreciación de la eventual vulneración del orden público. De esta forma, cabría afirmar que la Convención de Nueva York pasó a concretar los poderes del juez del ejecutivo a través de la enumeración cerrada que hace de las causas que pueden dar lugar a la concesión o denegación del reconocimiento y homologación solicitados.

1.3.1. Requisitos del laudo o sentencia arbitral

En cuanto a los requisitos relativos al laudo, el Convenio establece, en su artículo I que se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará, también, a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. Sentencias estas que, si bien han sido dictadas en el Estado en el que se pide su ejecución, han sido sin embargo dictadas de acuerdo con la ley de arbitraje de otro Estado.

De este modo, el primer criterio delimitador que se establece es la naturaleza de la sentencia que tiene que ser arbitral. En esta expresión de sentencia arbitral, o laudo en terminología española, el Convenio comprende sin duda tanto las sentencias dictadas

por los árbitros nombrados para casos determinados, supuesto de los arbitrajes ad hoc, como las sentencias dictadas por órganos arbitrales permanentes a los que se someten las partes, en el arbitraje institucional.

Como antes indicamos, en el caso de España, el Convenio se aplica a todo tipo de laudo arbitral, que resuelve litigios surgidos de relaciones jurídicas, contractuales o no, e independientemente de si son consideradas comerciales por el ordenamiento jurídico español o si se trata de relaciones que no poseen tal condición.

Asimismo, en cuanto a la naturaleza de la sentencia arbitral, el Convenio adoptó una posición favorable a la territorialidad pues considera que los laudos dictados en territorio nacional son nacionales y los dictados fuera de las fronteras nacionales poseen la condición de laudos extranjeros. El ámbito de la Convención es pues muy amplio y tiende hacia el principio de la universalidad tratando a los Estados contratantes y a los no contratantes de la misma manera, pues una sentencia dictada en cualquier país extranjero, tanto si es Estado contratante, como si no lo es, cae dentro del ámbito del Convenio.

Pero como el principio de universalidad no estaba citado con carácter general en el momento de la firma del Convenio, su artículo I.3 ofreció la posibilidad a los Estados contratantes de formular una reserva limitando su aplicación a las sentencias dictadas sólo en el territorio de otro Estado contratante. En la práctica, el impacto de esta reserva de reciprocidad, aunque ha sido empleada por aproximadamente dos terceras partes de los Estados contratantes, ha perdido importancia y hoy sus efectos son mínimos al abandonar los países que vienen ratificando el Convenio dicha exigencia de reciprocidad.

Otra particularidad digna de mención es que el campo de aplicación del Convenio, a diferencia de lo que ocurre en la Convención de Ginebra, no depende de la nacionalidad de las partes, lo que significa que es aplicable también a aquellos casos en que la sentencia arbitral se dicta en el extranjero entre partes de la misma nacionalidad. Asimismo, también podrá aplicarse a una sentencia arbitral dictada en un país extranjero en relación con un tema que es puramente doméstico para el país donde se ha dictado la sentencia, y es que, aunque la Convención está principalmente orientada a facilitar el arbitraje en el comercio internacional, no contiene ninguna indicación que diga que la transacción deba ser internacional. Ciertamente, en la práctica estos supuestos apenas suceden pero sería una solución para aquellos casos en los que la LA propia es poco favorable y por tanto las dos partes de la misma nacionalidad pueden realizar un arbitraje en el extranjero sobre un negocio nacional; e igualmente también puede ser una salida para aquellos casos en los que en el país de las partes no existan instituciones de arbitraje adecuadas.

En concreto, en su aplicación en España, el Convenio de Nueva York implica que no existe ninguna limitación relativa a las personas, siendo este criterio el que se aplica también con carácter general para los convenios bilaterales suscritos por España, en los que la nacionalidad o domicilio de las partes en el acuerdo arbitral o el de los interesados en la ejecución del laudo resulta irrelevante para determinar su ámbito de aplicación.

1.3.2. Requisitos del convenio o acuerdo arbitral

Otro elemento que configura el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York es el acuerdo o convenio arbitral.

Tanto por la circunstancia de que, como se ha indicado, el Convenio de Nueva York es, para España, de aplicación universal o erga omnes, es decir, se aplica incluso frente a

Estados no contratantes, como porque nuestro país no hizo uso de la reserva comercial que permite limitar su aplicación a relaciones consideradas comerciales por nuestro derecho interno, se puede decir que el artículo II del Convenio de Nueva York recoge la verdadera norma general del sistema español sobre los acuerdos de arbitraje.

En efecto, si bien, a diferencia de lo que ocurre con la sentencia arbitral, el Convenio no define qué acuerdos arbitrales son susceptibles de ser ejecutados bajo el mismo, sí establece un criterio expreso de determinación de su aplicabilidad en base a la forma del acuerdo arbitral ya que su artículo II.1 señala que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje.

De este modo, el artículo II del Convenio de Nueva York exige la existencia de un acuerdo por escrito y fija las condiciones en que este requisito se entiende satisfecho. Es decir, establece una norma de derecho uniforme relativa a las condiciones de eficacia del convenio arbitral, que se inserta en los sistemas de los Estados parte y desplaza a las normas nacionales que no pueden alterarlo excepto en lo que proceda el principio de mayor favorabilidad que permite liberalizar pero no establecer criterios más estrictos que el Convenio.

Por tanto, la exigencia de forma escrita no tiene solamente una finalidad probatoria, al objeto de evidenciar la existencia del acuerdo arbitral de un modo reconocible por los Tribunales, sino que es ante todo una condición de eficacia del convenio arbitral: forma para la eficacia. De manera que un acuerdo oral, aunque pueda ser probado, no puede reconocerse como un convenio arbitral que obliga a las partes a someterse a arbitraje y a los Tribunales a deferir el asunto a los árbitros o a reconocer el laudo pronunciado en el extranjero.

Además, el artículo II aclara que debe entenderse por acuerdo por escrito señalando que dicha expresión comprenderá tanto una cláusula compromisaria incluida en un contrato como un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas. Realmente, el espíritu de esta referencia al acuerdo por escrito que contiene el Convenio tiende a ser lo más amplio y flexible posible, lo que sin embargo no ha conseguido evitar que surjan algunas dudas de interpretación en la práctica real del mundo mercantil.

Pues bien, resulta evidente que cuando el acuerdo arbitral es objeto de una negociación individualizada como tal, no plantea problemas la aplicación del artículo II del Convenio, sino que tales problemas surgen cuando dicho acuerdo aparece como una cláusula de un contrato, distinguiéndose entonces según que el contrato principal en el que se integre el acuerdo se haya negociado de manera separada o, por el contrario, se trate de cláusulas arbitrales incluidas en condiciones generales de la contratación.

De esta forma, si la cláusula arbitral se contiene en un contrato negociado individualmente, el artículo II sólo exige que las declaraciones de las partes consten por escrito pero no que sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual. La cláusula es también válida si se contiene en un intercambio de notas o de telegramas pero necesariamente de los documentos intercambiados entre las partes ha de resultar la aceptación de ambas por escrito.

Tratándose del supuesto en el que la cláusula arbitral se incluya entre las condiciones generales de contratación, jurisprudencialmente se exige una doble garantía: 1) que quien se adhiere haya sido advertido de que contrata bajo condiciones generales y

2) que el mismo haya tenido posibilidad efectiva y razonable de conocer el contenido de las condiciones generales en el momento de la celebración del contrato. El texto de las condiciones generales puede ir en el mismo contrato, en un documento anexo, en documento anterior o incluso sin entrega formal porque hay uso general de contratar bajo las mismas. Además, las condiciones generales deben redactarse en el idioma de la negociación o en uno común en el comercio internacional que la contraparte deba conocer.

Por otra parte, en cuanto a los extremos que no se hallan regulados directamente en el propio Convenio de Nueva York, el régimen jurídico del acuerdo arbitral se obtiene por remisión al derecho nacional, es decir, la validez del convenio arbitral en cuanto al fondo se rige por el derecho aplicable según la norma de conflicto que contiene el artículo V.1.a del Convenio (la ley a que las partes han sometido el acuerdo, o si nada se hubiera indicado al respecto, la ley del país en que se haya dictado la sentencia) porque, aunque este es un precepto que se refiere a la fase de reconocimiento del laudo, sus normas de conflicto se aplican también en un momento anterior, cuando se alega el acuerdo arbitral como fundamento de la exclusión de la competencia de los tribunales. Si atendemos a una interpretación sistemática del Convenio es obvio que la misma exige que el reconocimiento del acuerdo y el reconocimiento del laudo sigan las mismas normas en cuanto a la validez del acuerdo de arbitraje, pues lógicamente un mismo Tribunal no puede reconocer la cláusula arbitral como válida y después no reconocer el laudo dictado por invalidez de dicha cláusula.

En definitiva, lo expuesto permite afirmar que el acuerdo por escrito a que se refiere el convenio de Nueva York es un presupuesto suficiente para su aplicación que impide las condiciones restrictivas impuestas por las legislaciones estatales que exijan algo más que la forma escrita, pero es, al mismo tiempo, también un presupuesto inexcusable. En consecuencia, las sentencias que son fruto de un acuerdo arbitral no escrito, a las que en su caso puede aplicarse la legislación interna de un Estado más favorable, no pueden quedar sometidas al Convenio de Nueva York.

Ahora bien, dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Ginebra de 1961, que como Convenio bilateral sólo opera inter partes, se relajan las exigencias de forma al facilitar la extensión de su aplicación a los acuerdos arbitrales no escritos cuando su validez es reconocida por la legislaciones de los Estados interesados que son aquellos donde las partes tienen su residencia habitual, domicilio o sede social en el momento de la estipulación del acuerdo.

Por su parte, la Ley de Arbitraje española dedica su artículo 9 a regular el convenio arbitral y a la exigencia de que el convenio arbitral conste por escrito, introduciendo tres modificaciones a la regla del artículo II del Convenio, que son semejantes a las propuestas en el artículo 7.2 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, y ratificando con ello soluciones apuntadas jurisprudencialmente: (i) amplía la noción de escrito a medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, equiparando la documentación tradicional en soporte papel a otros tipos de soportes, tales como electrónicos, magnéticos, ópticos,... tratando con ello de ajustar la norma a la evolución tecnológica, pero sin modificar el principio inspirador de su interpretación: la constancia por escrito del consentimiento; (ii) permite la mera referencia para incorporar acuerdos arbitrales. Normalmente, el convenio o la cláusula arbitral se contiene en un documento separado al que las partes se refieren en sus escritos, basta la referencia al documento que contiene la cláusula sin que sea necesario que se haga a dicha concreta cláusula de arbitraje; (iii) considera que un intercambio de escritos de demanda y de contestación, cuando la existencia del acuerdo arbitral es afirmada por una parte y no negada por la otra, es equiparable al acuerdo de sumisión a arbitraje.

Sin embargo, nuestra Ley de Arbitraje se separa de la Ley Modelo en la regla conflictual que incluye en su artículo 9 y que rige tanto la validez sobre el fondo como sobre la forma del convenio arbitral: «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español». Su amplia redacción trata de asegurar en el arbitraje internacional la validez del convenio arbitral en todos sus aspectos. En principio, se requiere que el convenio arbitral cumpla con la forma escrita exigida por el propio derecho español, pero si conforme a la ley aplicable al fondo no se requiere una forma escrita del acuerdo arbitral, tampoco en España se exigirá entonces dicha forma. El sistema español sigue así la liberalización del requisito de forma que inspira al Convenio de Ginebra de 1961.

Finalmente, hay que señalar que nuestro Tribunal Supremo ha adoptado una postura progresista porque si bien ratifica la vigencia ineludible del acuerdo por escrito, favorece no obstante una amplia y flexible interpretación del término. Sin duda, son más los pronunciamientos que estiman la existencia de convenio arbitral que los que declaran su inexistencia.

De este modo, no han tenido dificultad alguna de reconocimiento los casos en que el convenio arbitral venía debidamente firmado por las partes. Pero en los casos en que no existía esa firma, el Tribunal Supremo ha apreciado también en la mayoría de ellos la existencia de convenio arbitral deduciéndolo de apreciar la inequívoca voluntad de las partes de someter la resolución de la controversia al juicio de un árbitro a partir de las comunicaciones habidas entre ellas. Incluso, en esa actitud de favor hacia el arbitraje, el TS ha venido a deducir igualmente la inequívoca voluntad de las partes de someterse a arbitraje a partir de las comunicaciones existentes a través de «empresas mediadoras». También, el comportamiento de la entidad demandada en el procedimiento arbitral ha sido utilizado por el Tribunal Supremo como indicativo de la aceptación de la sumisión a arbitraje. En tal sentido, su Auto de 4 de marzo de 2003, ejecutur número 2065/2001 (Sala de lo Civil) señala que, si bien de la documentación obrante en autos no se deriva la incontestable voluntad de las partes de incluir en el contrato la cláusula sumisoria, considera sin embargo, a efectos de verificación del cumplimiento del requisito de forma, que de la mera existencia de actos tales como la comparecencia ante el órgano arbitral de la sociedad demandada, su discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y su correspondiente formulación de reconvención, cabe concluir con el conocimiento y la aceptación de la sumisión a arbitraje.

Por su parte, la denegación del reconocimiento del convenio arbitral sólo ha tenido lugar cuando no podía apreciarse dato alguno que revelara la voluntad compromisaria de las partes.

En definitiva, los pronunciamientos del TS reflejan claramente un interés en que no haya dudas de que las partes han querido someterse a arbitraje. La verdadera justificación del arbitraje estriba en que las partes se propongan de común acuerdo someter sus diferencias a la resolución de un árbitro.

2. EL RÉGIMEN DEL EXECUÁTUR: COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El procedimiento de executur es un procedimiento de naturaleza especial y carácter declarativo con el que se trata de confirmar o rechazar en España los efectos de una decisión extranjera, sea judicial o arbitral.

A través de este procedimiento de naturaleza meramente homologadora con el que se persigue la obtención del executúr, la decisión extranjera se convierte en título ejecutivo y se equipara a una sentencia española, mereciendo idéntico tratamiento y eficacia jurídico-procesal.

El Convenio de Nueva York no contiene ningún procedimiento específico para la obtención del executúr, limitándose su artículo III a señalar que cada uno de los países parte reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, remite, al igual que el de Ginebra, a los derechos internos la determinación de la autoridad competente para reconocer y conceder la ejecución de una sentencia arbitral, así como la regulación del procedimiento aplicable. Sin embargo, esta remisión no es absoluta porque dicho precepto añade en su último inciso que «No se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales». Se trata con ello de evitar que a través del procedimiento se añadan obstáculos al reconocimiento y a la ejecución de la decisión arbitral extranjera si esta no incurre en ninguna de las causas establecidas en el Convenio.

Pues bien, sin olvidar que la obligatoriedad y eficacia de los laudos extranjeros viene determinada por la ley que rige el procedimiento arbitral, el Convenio de Nueva York parte, como ha quedado indicado, de una presunción de validez y eficacia del laudo arbitral, lo que por supuesto no significa que se reconozcan tales laudos de forma automática y sin control, sino solamente una determinada forma de distribuir la carga de la prueba. En este sentido, teniendo en cuenta que el artículo V del Convenio es el precepto en el que se relacionan las causas de denegación, distinguiendo entre las que protegen intereses generales, como son el orden público y la no arbitrariedad de la controversia que son controladas de oficio, y las causas que protegen intereses individuales que deben ser alegadas y probadas por la parte que se opone al executúr, se tratan estas (i) de causas tasadas, en el sentido de que la lista es cerrada y el demandado no puede oponer otras causas distintas de las que ahí se prevén, y (ii) de causas alternativas y autónomas entre sí, basta que se dé cualquiera de ellas para que el juez del Estado requerido deniegue el executúr. Lo expuesto implica que a los tribunales les esté vedado escrutar el laudo en cuanto al fondo, ya que errores de hecho o de derecho por parte del tribunal arbitral no se incluyen en la lista de motivos para denegar su reconocimiento y la ejecución.

Pues bien, en lo que se refiere al procedimiento de executúr en nuestro país, el artículo 46.2 in fine de la Ley de Arbitraje señala que el executúr de los laudos extranjeros «se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros», remisión esta que debe entenderse hecha, tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJI), a lo previsto en sus artículos 52 a 55 de la LCJI en los que se describe el procedimiento judicial de executúr y, a la vista de la regulación que contienen, procede que se destaquen tres distintas cuestiones: a quien corresponde la competencia para conocer el procedimiento de executúr de laudos extranjeros y para su ejecución; el procedimiento aplicable para sustanciar las solicitudes de executúr y los recursos que proceden contra el Auto resolutorio del executúr.

2.1. Órgano competente para el conocimiento de la solicitud

La cuestión del órgano competente para el conocimiento de la solicitud queda sometida a las distintas normativas nacionales, pues ni el Convenio de Nueva York ni el Convenio

Europeo de Ginebra contienen normas respecto de la atribución de competencia internacional a órganos judiciales de los Estados Miembros para el conocimiento del executur de laudos arbitrales. Tampoco el Reglamento UE 1215/2012, esto es, el Reglamento de Bruselas I Refundido, siguiendo la línea marcada por su predecesor: el Reglamento CE 44/2001, contiene norma alguna al respecto, pues el arbitraje se haya excluido expresamente de su ámbito de aplicación. En todo caso, al arbitraje hace referencia tanto su considerando 12 como su artículo 73.2 en el que se contiene una regla de prioridad del Convenio de Nueva York cuando señala que la existencia de un laudo reconocible según el Convenio impedirá el reconocimiento de una sentencia de un Estado miembro inconciliable con el laudo.

Si bien tradicionalmente, en nuestro país, el órgano jurisdiccional encargado del conocimiento de las solicitudes de executur ha sido el Tribunal Supremo y, tras ello lo fueron los juzgados de Primera Instancia, el artículo 8.6 de la LA, al igual que el artículo 73.1.c de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vino a prever expresamente la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del executur del laudo arbitral, sin que la aplicación de este precepto pueda verse afectada por lo dispuesto en el artículo 52 de la LCJI que atribuye a los juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer de las solicitudes de executur, pues la competencia prevista en una norma especial como es la LA ha de prevalecer sobre la que indique con carácter general la LCJI, aunque sea de fecha posterior.

En cuanto a la competencia para la ejecución de los laudos que hubieran obtenido previamente el executur debe resolverse atendiendo a lo dispuesto en la Ley Orgánica Poder Judicial, cuyo artículo 85, atribuye a los juzgados de Primera Instancia el conocimiento en el orden civil de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, superándose así la anterior bifurcación por la que se atribuía a los juzgados de lo Mercantil la ejecución de laudos arbitrales extranjeros cuando versaban sobre materia de su competencia, al no prever ya el artículo 86 de la LOPJ su competencia al respecto.

En relación con la ejecución de laudos extranjeros dos cuestiones han suscitado cierta discusión doctrinal: (i) A la vista de la remisión que a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) contienen tanto el artículo 50 LCJI como el artículo 46 LA, será aplicable a la caducidad de la acción de ejecución de laudos extranjeros el plazo de cinco años previsto en el artículo 518 de la LEC que fija el inicio del cómputo de este plazo de caducidad a partir del momento de la firmeza del laudo extranjero. (ii) Por otra parte, el hecho de que la competencia judicial en materia de executur continúe correspondiendo a los Tribunales Superiores de Justicia no resuelve el problema que surge tras la entrada en vigor de la LCJI relativo a la imposibilidad de acumular en la misma demanda de executur la solicitud de reconocimiento y la de ejecución del laudo, salvo que se incumpla la prohibición contenida en el artículo 73 LEC respecto de la acumulación de acciones cuando la jurisdicción o competencia para conocer de alguna de las acciones esté atribuida a distinto órgano jurisdiccional pues, como ha quedado indicado, en el ámbito del laudo arbitral, la competencia para el executur recae en un órgano judicial, los Tribunales Superiores de Justicia, y la competencia para la ejecución del laudo en otro distinto, los juzgados de Primera Instancia.

2.2. Procedimiento de homologación

En lo que respecta al procedimiento de homologación, la inexistencia de un procedimiento específico de executur en la LA y la remisión que su artículo 46 contiene a las

normas establecidas para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, hace que las normas reguladoras de dicho procedimiento sean los artículos 52 a 55 de la LCJI.

En cuanto a los requisitos especiales de capacidad, legitimación y postulación procesal, ni la LCJI ni los instrumentos convencionales, en general, establecen requisitos especiales, por lo que habrá que entender que son aplicables las reglas generales. En consecuencia, la capacidad vendrá determinada normalmente por la ley nacional del solicitante. En cuanto a la legitimación, el interesado activo, es decir, el que solicita el reconocimiento y ejecución de la decisión será generalmente una de las partes en el procedimiento arbitral, su representante o sus causahabientes. Y en cuanto a la postulación, será preceptiva la intervención de procurador y letrado.

Por su parte, la documentación que debe aportar el solicitante de execuátur viene a depender en realidad del régimen convencional al que se acoja, ya que los tratados internacionales regulan expresamente la obligación de aportación documental.

Así, bajo el Convenio de Nueva York, su artículo IV exige que el solicitante aporte necesariamente la sentencia o laudo arbitral y el acuerdo arbitral, en forma auténtica, bien mediante el original debidamente legalizado o por copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad y si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pide el reconocimiento y la ejecución de esta deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos, exigiéndose que tal traducción sea certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular. El Convenio prevé por tanto que las traducciones del laudo y del convenio arbitral sean oficiales.

En España, el procedimiento de homologación se inicia a instancia de parte, mediante demanda, a la que habrán de acompañarse los documentos que enumera el artículo 54.4 LCJI (el original del laudo arbitral debidamente autenticado así como el del acuerdo o convenio arbitral, o en defecto de originales, copias debidamente autenticadas) y por lo que respecta a la traducción de los documentos a presentar, este precepto se remite al régimen de traducciones previsto en el artículo 144 LEC que se caracteriza por su flexibilidad, pues admite la traducción hecha privadamente, y sólo en caso de discrepancia sobre el contenido de la misma, el secretario judicial ordenará, respecto de la parte que exista discrepancia, la traducción oficial del documento.

Se plantean aquí dos cuestiones, por una parte, y teniendo en cuenta que el Convenio de Nueva York no recoge disposición alguna al respecto, procede concretar la ley a cuya luz se apreciará la autenticidad del laudo o convenio arbitral y, por otra, la mayor flexibilidad que nuestra legislación prevé en cuanto al carácter de la traducción del laudo y convenio arbitral.

En cuanto a la primera cuestión, el tema no ha recibido una respuesta unánime ni doctrinal ni jurisprudencialmente, habiéndose llegado a interpretar el silencio del Convenio como una opción ofrecida al tribunal que conoce del reconocimiento para elegir cual sea la ley aplicable a la autenticación de los documentos que acompañan a la demanda.

En todo caso, parece que el criterio más acorde para conseguir los objetivos convencionales será un criterio flexible que favorezca el reconocimiento del laudo y no una interpretación rigurosa del requisito de la autenticación que rechace tal reconocimiento.

La segunda cuestión, también polémica, es la que versa sobre la obligación de aportar una traducción jurada de los documentos. La exigencia menos restrictiva de la legislación española que permite que la traducción sea hecha privadamente por la parte que aporta el documento está en línea con la postura que mantienen el resto de Estados,

además de ser la que se sigue jurisprudencialmente evitando con ello que la traducción se convierta en una vía para buscar la denegación del reconocimiento del laudo.

Presentada la demanda y admitida a trámite, se otorga al demandado un plazo de 30 días para que se oponga al reconocimiento demostrando que en el supuesto concurre alguno de los motivos de denegación previstos en el artículo V del Convenio. Conviene aquí resaltar la importancia que tiene la comparecencia y la oportuna oposición de la parte demandada ya que, en el marco del Convenio de Nueva York, la autoridad competente, de no producirse la prueba de alguna de las causas tasadas en el mismo, concederá lo solicitado siempre y cuando (i) el objeto de la diferencia sea arbitrable según la ley del foro y (ii) el reconocimiento y la ejecución del laudo no vaya en contra del orden público internacional. Por tanto, el interesado pasivo deberá no solamente comparecer sino aportar todas aquellas pruebas que considere más adecuadas para su defensa ya que es la única oportunidad que tiene de intervención en el procedimiento.

El Tribunal Supremo se ha mostrado particularmente escrupuloso a la hora de valorar si el procedimiento arbitral se ha llevado a cabo conforme a los criterios legales y a lo pactado por las partes, habiendo protegido especialmente el derecho de defensa al apreciar violación del orden público en aquellos casos en que la parte demandada no ha podido, por cualquier causa, hacer valer sus medios de defensa.

En el procedimiento de ejecución es preceptivo también el dictamen del Ministerio Fiscal al que se dará traslado de los autos una vez recibido el escrito de oposición para que se pronuncie sobre si debe o no darse cumplimiento a la sentencia. Tras ello, el tribunal resolverá si procede o no el reconocimiento del laudo extranjero mediante Auto frente a que no cabe recurso alguno.

En este punto procede asimismo destacar la introducción en la LCJI tanto del reconocimiento incidental del laudo arbitral (artículo 44.2) como del reconocimiento parcial del laudo arbitral (artículo 49). El reconocimiento incidental del laudo se planteará, fundamentalmente, en aquellos supuestos en los que se plantee a título principal una demanda ante los tribunales españoles sobre una cuestión ya resuelta por un colegio arbitral en el extranjero y la eficacia de este reconocimiento incidental se limita «a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el ejecución de la resolución extranjera», es decir, nada impide que quien esté interesado en un reconocimiento o en un no reconocimiento erga omnes inicie un procedimiento a título principal con este objeto.

Por su parte, el reconocimiento parcial del laudo arbitral, que era ya una realidad jurisprudencial asentada a nivel comparado, tiene como ejemplo más relevante el supuesto resuelto ante el Tribunal Supremo austriaco, en sentencia de 26 de enero de 2005, en cuya virtud, se otorgó el ejecución del laudo en la parte relativa a la condena pecuniaria que establecía y se denegó el ejecución en la parte relativa al pago de los intereses (por considerar que un interés superior al 100% era contrario al orden público).

Pues bien, una vez que el laudo extranjero ha sido reconocido cabría su ejecución forzosa en España, pero no ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia que lo hubiera homologado, sino ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos del laudo y, subsidiariamente, al del lugar de ejecución del laudo, o donde deba producir efectos.

Por lo demás, la ejecución en nada difiere de lo previsto para la de los laudos nacionales, salvo que el ejecutante habrá de acompañar a la demanda de ejecución, y como

título que permite la ejecución del proceso, el original del laudo arbitral debidamente autenticado, así como el del acuerdo o convenio arbitral, o en defecto de originales, copias debidamente autenticadas, su traducción al idioma castellano o, en su caso, a la lengua cooficial y testimonio del auto de reconocimiento u homologación.

2.3. Recursos contra los autos de los TSJ

Finalmente, en lo que se refiere a los recursos que, en su caso, procederían contra los autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia al resolver las solicitudes de ejecución de laudos arbitrales extranjeros simplemente cabe indicar que siendo dichos Autos definitivos y firmes, no cabe contra ellos ningún recurso ni ordinario ni extraordinario, pues la remisión que el artículo 55 LCJI contiene a las normas de la LEC hace inviable la presentación de recurso alguno.

Efectivamente, por una parte, porque para conocer del recurso de apelación al que se refiere en su apartado primero no se halla prevista la competencia de la Audiencia Provincial, ni en el artículo 455 LEC ni en el artículo 82 LOPJ.

Por otra, porque tampoco procederían los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación que menciona su apartado segundo por no hallarnos ante resoluciones que pueden ser objeto de tales recursos, esto es, ante sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en tanto la resolución de las solicitudes de ejecución se lleva a cabo mediante Autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia.

A partir de la LA de 2003, y de la consecuente reforma de la LOPJ en 2011, el Tribunal Supremo ha quedado prácticamente apartado del ámbito del arbitraje pues se le exime del conocimiento de los ejecutivos (que había sido el procedimiento que básicamente propiciaba la doctrina jurisprudencial) y no resultan recurribles en casación las sentencias que los Tribunales Superiores de Justicia dicten resolviendo la acción de anulación de los laudos.

De esta forma, la interpretación y la aplicación del Convenio de Nueva York ha quedado en manos de los Tribunales Superiores de Justicia, y dado que tal situación competencial favorece en cierto modo la dispersión de criterios y la inseguridad jurídica, se requiere para evitarla de un gran esfuerzo de unificación de criterios entre dichos Tribunales a lo que sin duda contribuye la doctrina del TS anterior a la LA 2003 en la que se apostaba por una interpretación favorable al arbitraje.

3. PERSPECTIVAS DEL CONVENIO DE NUEVA YORK

Resulta de lo hasta aquí expuesto que la Convención constituye un instrumento fundamental del arbitraje internacional, sin el cual sería impensable el desarrollo que hasta hoy ha experimentado dicho arbitraje como método de resolución de disputas internacionales. Sin embargo, la posibilidad de una revisión de su texto se suscita periódicamente, muy especialmente con ocasión de aniversarios de la propia Convención. Y es que, además de que el arbitraje en los negocios internacionales sigue la dinámica de estos, las nuevas formas de contratación internacional junto con la globalización de las economías mundiales parecen evidenciar cada vez más la necesidad de tal revisión.

Ahora bien, la Convención ha cumplido sobradamente su objetivo de promover el reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales en el mundo. En torno al 90 % de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en los Estados contratantes de la Convención han sido estimadas, y de la pequeña parte de laudos cuyo reconocimiento y ejecución fueron denegados, una gran mayoría se debió a motivos ajenos a la Convención.

Entre tales motivos podemos destacar el que la legislación nacional no se ajusta a la Convención. En determinados países, los tratados internacionales no vinculan internamente hasta que no son implementados en la legislación nacional, obviamente las denegaciones de ejecución que tienen lugar por ello son independientes de defectos inherentes a la Convención.

Otro de los motivos son interpretaciones erróneas de los tribunales nacionales, y si bien es cierto que un lenguaje más claro contribuiría a evitar errores, el problema no es de la Convención, sino de su aplicación deficiente, o incluso de que la legislación nacional ha implementado la Convención de manera discordante con la misma, por lo que tampoco se solucionaría este tipo de problemas a través una reforma de la Convención.

No obstante, hay numerosos casos en que la denegación ha sido correcta: si las partes han cometido errores al redactar el acuerdo arbitral o los tribunales o las instituciones arbitrales los han cometido en el procedimiento, entonces las denegaciones son la consecuencia apropiada de aplicar la Convención. Y es que no debe olvidarse que algunos laudos, que no respetan los estándares internacionalmente reconocidos, no son dignos de ser ejecutados por la fuerza en ningún país.

De esta manera, podría decirse que si bien una reforma de la Convención contribuiría a una mayor uniformidad en la interpretación de algunas de sus disposiciones, no lograría solucionar definitivamente los problemas más graves sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros porque muchas veces estos no se deben a deficiencias de la Convención, sino a circunstancias ajenas a la misma que no son susceptibles de solucionarse mediante su aplicación, entre ellas, la parcialidad de algunos Tribunales a favor de partes locales o la negativa de Estados y entidades estatales a acatar laudos dictados en su contra.

Como antes dejamos indicado, un instrumento que podría contribuir a sanear las deficiencias de la Convención, en cuanto podría tener un efecto armonizador sobre cual sea su interpretación, es la propia Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En efecto, teniendo en cuenta que la política seguida a la hora de redactar esta Ley fue la de mantenerse lo más cerca posible del texto de la Convención, los Estados contratantes de la Convención cumplen con todos los compromisos resultantes de la misma mediante la incorporación de la Ley Modelo al derecho nacional y, por ello, constituye un modelo de ley que Naciones Unidas recomiendan a todos los Estados incorporar a su derecho interno.

En la actualidad, no se le puede negar a esta Ley un cierto efecto armonizador. Así, tal y como indica la página web de la Comisión de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 75 países han promulgado ya leyes basadas en la Ley Modelo.

La principal ventaja que tendría una reforma de la Ley Modelo con respecto a una reforma de la Convención, es que aquélla no requeriría la aprobación de los diferentes países. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sería relativamente independiente a la hora de redactar una nueva Ley Modelo atendiendo únicamente a los intereses del comercio internacional, sin necesidad de alcanzar consensos o compromisos con los países interesados.

Otro modo de perfeccionar el funcionamiento de la Convención sería acudiendo a la redacción de documentos anejos a la misma, esto es, a notas orientadoras para interpretar algunas de sus disposiciones.

Así, por ejemplo, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en julio de 2006, adoptó la recomendación relativa a la interpretación de los artículos II y VII de la Convención. Sin embargo, a la efectividad de una recomendación de este tipo para que por los tribunales se interprete la Convención, se opone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que no reconoce como herramienta para la interpretación de Tratados internacionales a un documento de las características de tales recomendaciones. En todo caso, no debe olvidarse que la Convención no presenta un obstáculo para avances adicionales, en cuanto no impide, y hemos visto que en su texto se prevé expresamente, que se adopten medidas y normas más favorables al reconocimiento y la ejecución, con lo cual los Estados son libres de promulgar leyes nacionales o incluso de suscribir nuevos tratados internacionales que vayan más lejos que la Convención.

Las cuestiones convencionales que precisarían de revisión revisten una importancia mayor o menor según los casos y según los países donde el laudo arbitral haya de recibir reconocimiento y ejecución. Entre los principales problemas que en el funcionamiento de la Convención se han identificado, podemos destacar los siguientes:

(i) Disposiciones que necesitan ser añadidas, por ejemplo, una definición del alcance de los acuerdos que entran dentro de las disposiciones de remisión del artículo II.2; o la renuncia de una parte a invocar un motivo de denegación de la ejecución...

(ii) Disposiciones que necesitan ser reformadas, por ejemplo, la forma escrita requerida en el artículo II.2 para la cláusula arbitral al resultar más estricta que cualquier derecho nacional. Actualmente, la transmisión por vía electrónica se ha impuesto de forma dominante, por lo que la regla del acuerdo escrito debe ser ampliada y adaptada a las realidades tecnológicas y comerciales.

También un asunto importante que debiera recibir mayor amplitud de tratamiento en el Convenio es el de las medidas cautelares por cuanto las reglas sobre medidas cautelares se encuentran remitidas a las leyes nacionales, y por tanto existe poca uniformidad sobre su viabilidad y contenido, además de que los árbitros carecen normalmente de competencia para dictar medidas cautelares, y cuando la tienen en virtud de su ley arbitral interna este poder no es susceptible de ser reconocido en otro país.

(iii) Disposiciones que adolecen de claridad, por ejemplo, la noción de laudo que no sea considerado como laudo nacional en el artículo I.1; la expresión «original debidamente autenticado» del laudo en el artículo IV; la noción de un laudo «suspendido» en el artículo V, por cuanto la suspensión del laudo arbitral no puede ser equiparada a su anulación ya que los efectos de aquella son meramente temporales. El laudo podría ser reconocido y ejecutado cuando la suspensión sea levantada, por lo que sería más adecuado prescribir el estado suspensivo para la eficacia del ejecutivo pero no la denegación del mismo.

(iv) Disposiciones que resultan obsoletas, como por ejemplo la referencia a «órganos arbitrales permanentes» del artículo I.2.

(v) Disposiciones que necesitan ser adaptadas a la interpretación judicial que prevalece, como por ejemplo que el orden público al que se refiere el artículo V.2 significa orden público internacional; o lograr una armonización interpretativa de causales de denegación del ejecutivo que en ocasiones se prestan a abusos, como son las relativas a

la «falta de medios de defensa», las «materias no incluidas en el convenio arbitral» o el «debido proceso».

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- BERMEJO REALES, LUIS FRANCISCO. 2013. La eficacia de las decisiones arbitrales: la impugnación y ejecución de laudos.
- CUARTERO RUBIO, M.^a VICTORIA. 1996. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los convenios bilaterales.
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS. 2012. España y el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO J.; SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, SARA. 2016. Sobre el reconocimiento en España de laudos arbitrales extranjeros anulados o suspendidos en el Estado de origen.
- GÓMEZ JENE, MIGUEL. 2014. Arbitraje internacional y anteproyecto de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.
- MONGRELL GONZÁLEZ, DIEGO. 2014. La ejecución de laudos anulados en el arbitraje comercial internacional.
- MORÓN MÉLIDA, LUIS. 2016. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.
- REBOLLO GONZÁLEZ, JUAN CARLOS. 1997. El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros: pasado, presente y futuro.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ARBITRAJE

Pablo Mayor Menéndez; Antonio Vázquez-Guillén

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—3. LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 3.1. La aceptación del arbitraje en la contratación pública en España. 3.2. El arbitraje en contratos públicos en otras jurisdicciones.—4. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON CONTRATOS PÚBLICOS. 4.1. Los tratados internacionales de protección de inversiones y su aplicación a los contratos entre inversores extranjeros y Estados. 4.2. El consentimiento del Estado para someterse a un arbitraje internacional. 4.3. «*Treaty shopping*» y sus limitaciones.—5. CONCLUSIONES.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El inversor hace frente a una serie de riesgos de carácter político o no comercial que pueden afectar al retorno de su inversión. Ello se pone especialmente de manifiesto en sectores estratégicos altamente regulados, como son los relacionados con la explotación de los recursos naturales.

El Estado y el sujeto privado se encuentran en un plano asimétrico, al ostentar el Estado una serie de prerrogativas para la salvaguarda del interés general de las que carece el particular. Por un lado, el Estado se reserva la facultad de cambiar o rescindir unilateralmente un contrato por motivos de interés público, mediante alteraciones intrínsecas al mismo, en lo que se denomina el *ius variandi* de la Administración. Por otro lado, el principio *factum principis* permite al Estado adaptar el marco regulatorio e introducir modificaciones unilaterales, mediante los oportunos cauces legislativos o reglamentarios, que cambien las condiciones externas (esto es, las condiciones económicas, fiscales y sociales) de ejecución del contrato, en aras, de nuevo, de salvaguardar el interés general¹. De este modo, en los contratos públicos, las fases de preparación, adjudicación, efectos y extinción del contrato, pueden verse afectadas por decisiones políticas o de interés general, tomadas en ejercicio de las potestades exorbitantes que el Derecho reconoce al Estado.

Esta asimetría entre el inversor privado y el Estado viene acompañada por el riesgo de que concurren fuentes de interferencia: (i) el regulador, con su negativa a renovar o con su decisión de revocar licencias o permisos, o de cancelar el proyecto; (ii) los tribunales de justicia, a través de la emisión de un auto o decisión que ignore un convenio arbitral, (iii) la Administración Pública, mediante la imposición de una multa; (iv) las autoridades de la Administración Tributaria, con la aprobación de un nuevo impuesto; (v) las empresas públicas, mediante un incumplimiento contractual; o (vi) el Banco Central, interfiriendo con la repatriación de capitales.

La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir como consecuencia de la materialización de estos riesgos, es un elemento de suma importancia

¹ Ver DORREGO DE CARLOS, A. El arbitraje en los contratos públicos, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29. Enero de 2013. Pág. 3.

para el inversor que contrata con el Estado o que toma una decisión económica con base en una decisión administrativa o del poder público.

2. VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En los últimos treinta años, el arbitraje se ha visto inmerso en una evolución a gran escala a raíz del crecimiento y afianzamiento de las relaciones internacionales, de la globalización de la economía y del incremento de inversiones extranjeras². Esta evolución legislativa, jurisprudencial y práctica del arbitraje internacional ha desencadenado en que dicho método se convierta en el mecanismo preferido de resolución de controversias comerciales transfronterizas³.

En el ámbito del derecho público, la necesidad de introducir el arbitraje como fórmula para la resolución de controversias fue defendida por muchos autores con el argumento esencial de que permitiría ofrecer una vía de resolución de disputas adicional, sin afectar por ello ni al interés público ni al derecho a la tutela judicial efectiva.

Son muchas las ventajas que subyacen al arbitraje y que justifican dicha vía en el ámbito del derecho público. Así, la institución arbitral ha venido percibiéndose como un foro neutral que ofrece (i) una flexibilidad que permite que el procedimiento se adapte a las necesidades específicas del caso⁴; (ii) la posibilidad de ofrecer una alternativa a tribunales nacionales desconocidos por el inversor extranjero; (iii) la celeridad del procedimiento arbitral, en comparación en particular con los tiempos necesarios para la resolución de controversias en el ámbito del derecho público (constituido por la vía administrativa previa más la posterior fase ante los tribunales del orden contencioso-administrativo), además de una mayor intermediación y una prueba más eficiente; (iv) la confidencialidad y neutralidad del ámbito arbitral, así como la creciente necesidad de la adaptación de las Administraciones Públicas a un mundo cada vez más iusmercantilizado y globalizado; (v) la experiencia o especialización del tribunal arbitral en temas técnicos objeto de controversia⁵; y (vi) la ya citada necesaria descarga de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Además, la posibilidad de que sean las partes quienes elijan a los árbitros que resolverán la controversia teniendo en cuenta su trayectoria, reputación y especialización, proporciona confianza en este método de resolución de controversias.

Debe añadirse, como ventaja principalmente valorada del arbitraje internacional, el beneficio de un régimen muy favorable en materia de reconocimiento y ejecución del

² Afianzadas a través de tratados bilaterales de inversión, los cuales prevén, como forma de resolver las controversias que puedan surgir de la inversión, el acceso al arbitraje, eludiendo así el sistema de justicia del Estado en el cual se invierte (y sin necesitar, por ende, conocer dicho sistema).

³ Queen Mary University of London en colaboración con White & Case. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Pág. 5.

⁴ Estudios demuestran que las características más valoradas del arbitraje internacional incluyen, en el siguiente orden de primacía: el carácter ejecutorio de los laudos; poder evitar sistemas legales y tribunales nacionales específicos; la flexibilidad; la capacidad de las partes de seleccionar a los árbitros que resolverán la controversia; la confidencialidad y privacidad; y la neutralidad e imparcialidad (Queen Mary University of London en colaboración con White & Case. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Pág. 16).

⁵ Ver MONTERO AROCA, J. (coord.). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Ed. Civitas. Madrid. 1990. Págs. 20 y ss.

laudo, a través del régimen establecido por el Convenio de Nueva York de 1958⁶, que ha sido ratificado por 159 países. En algunas jurisdicciones resulta más fácil ejecutar un laudo siguiendo el procedimiento previsto en dicho Convenio, que una sentencia judicial internacional para cuya ejecución deberán tenerse en cuenta las disposiciones legales nacionales. A su vez, la inexistencia de una segunda instancia arbitral favorece la celeridad en la ejecución de un laudo arbitral, y otorga una mayor seguridad jurídica, recordando que éste no podrá ser recurrido, sino que únicamente podrá solicitarse su anulación por alguno de los motivos tasados.

3. LA ACEPTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1. La aceptación del arbitraje en la contratación pública en España

El sector de la contratación pública y su régimen jurídico han sido tradicionalmente reacios a la solución de posibles conflictos mediante arbitraje. Ello encuentra su fundamento en múltiples razones como, por ejemplo, la indisponibilidad de potestades públicas o la sujeción de toda actuación administrativa al principio de legalidad.

En cuanto a la indisponibilidad de potestades públicas, ésta choca frontalmente con uno de los elementos básicos del arbitraje como es la disponibilidad sobre el objeto litigioso. En los conflictos en los que se debate el interés público, el monopolio judicial actúa con todo rigor, impidiendo cualquier método que excluya el control judicial de la actividad de las Administraciones Públicas. El principio de legalidad también ha generado rechazo hacia el arbitraje pues somete a la Administración y la vincula a sus propias decisiones hasta el punto de que una resolución particular no puede vulnerar una disposición general, incluso en el caso de que sea una disposición dictada por un órgano jerárquicamente inferior⁷.

El arbitraje también se ha topado con obstáculos derivados de la propia Constitución Española. Una de las cuestiones más arduas ha derivado del Artículo 106.1 de la Constitución Española que establece que «*los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*». Asimismo, el Artículo 117.3 de la Constitución Española dispone que «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*». La redacción de dichos preceptos ha generado discusión sobre si cabe el arbitraje en este tipo de controversias, o si por el contrario, la jurisdicción ordinaria debe tener el monopolio para la resolución de aquellas controversias que surjan frente a las entidades públicas.

Tampoco podemos ignorar los obstáculos en la aplicación del arbitraje derivados de la prohibición que existe de someter a arbitraje controversias que afecten a los bienes demaniales que, por su condición de inalienables, se alejan del criterio general de dispo-

⁶ Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, firmado en Nueva York el 10 de junio de 1958. BOE de 11 de julio de 1977.

⁷ ARENAS ALEGRÍA, C. C. El tribunal de arbitraje en la contratación pública, una propuesta para la resolución arbitral de conflictos en el ámbito de la contratación del sector público, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. J. M. Bosch Editor. 2014. Pág. 558.

nibilidad⁸. En este sentido, el Artículo 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (transacción y sometimiento a arbitraje) establece expresamente que «no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno»⁹.

El arbitraje en el derecho público, a la luz de la doctrina del TC, aparece como plenamente conforme con la CE, tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva, como con lo establecido en el artículo 103.1 de la norma fundamental, con el principio de legalidad de la actuación administrativa del artículo 106.1 o con lo establecido en el artículo 117.3.

En consonancia con ello, encontramos varios supuestos de previsión en la legislación española de establecer mecanismos arbitrales en el ámbito del derecho administrativo, como el artículo 112.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al permitir que por ley se pueda sustituir el recurso de alzada o el recurso de reposición, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados y cuando la especificidad de la materia los justifique, por otras medidas, como la mediación o el arbitraje, dentro siempre del respeto a los principios y garantías establecidos en la propia Ley. Este precepto es similar al recogido en el artículo 107 de la Ley 30/1992, que fue incluso potenciado en la reforma de esta ley por la Ley 4/1999, con la previsión de que se remitirían a las Cortes en 18 meses los proyectos de ley necesarios para desarrollar esta opción. Que finalmente no se hayan cumplido de momento estas expectativas, no impide que pueda hacerse en el futuro, en particular en diversos sectores regulados.

Otro ejemplo lo encontramos en la actividad arbitral de la Administración Pública, como la que pueden asumir los organismos reguladores, según su respectiva normativa (como lo hizo en su día la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en función de lo establecido en el artículo 5.b de su ley reguladora), o el sistema arbitral en materia de consumo o la conciliación extrajudicial de competencias en el ámbito del deporte.

Pese a la reticencia práctica al arbitraje en la contratación pública, encontramos varios intentos de regular dicha figura en los distintos textos regulatorios, sin duda auspiciado por el hecho de que desde un punto de vista material, muchos de los conflictos que se suscitan en la ejecución de contratos del sector público son en realidad conflictos regidos por el derecho civil. Uno de los principales lo hallamos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). Dicha regulación establecía en su artículo 60 (apartado segundo), bajo la rúbrica «Recursos y arbitraje», que el sometimiento a arbitraje se ajustaría a los requisitos establecidos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (**Ley General Presupuestaria**) o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas. Pese a lo que pudiera parecer, dicha previsión no abría la puerta a la posibilidad de someter a arbitraje las disputas que pudieran surgir

⁸ Ley de Arbitraje, artículo 2.1 (Materias objeto de arbitraje): «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

⁹ Ver también Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, artículo 7.3: «... no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno».

entre entidades públicas y particulares. Establecía, más bien, una limitación al arbitraje, recordando que no cabe transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal¹⁰.

El reconocimiento del arbitraje como mecanismo para la solución de controversias en el seno de la contratación pública vino de la mano de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre (**LCSP 2007**). La LCSP 2007 establecía en su artículo 39 que *«los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren»*. Dicho artículo se mantuvo en el articulado del posterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (**LCSP 2011**) (Artículo 50).

El alcance de dicho reconocimiento ha sido muy limitado pues, bajo esta normativa, no podían acudir a arbitraje una gran parte de las entidades que conforman el sector público, como son las Administraciones Públicas. Dicha limitación abarcaba a entidades como, por ejemplo, la Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las universidades públicas, entre otras. Las entidades del sector público que podían acudir a arbitraje eran, por tanto, las fundaciones públicas, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, los fondos sin personalidad jurídica, etc.¹¹

La LCSP 2011 también introdujo la posibilidad de acudir a arbitraje en contratos suscritos con empresas extranjeras en el extranjero. En concreto, la disposición adicional primera, apartado 3, establecía que *«en los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales»*.

Dicha permisibilidad del arbitraje en el caso de contratos suscritos con empresas extranjeras en el extranjero encuentra su justificación en la práctica internacional de inversiones y en la internacionalización de los contratos públicos. Sin perjuicio de que se analice esta cuestión en profundidad en la sección 4.2, cabe adelantar que, en el marco internacional y ante la necesidad de atraer inversiones privadas para financiar proyectos públicos, los Estados se están viendo obligados a admitir el arbitraje para la resolución de posibles conflictos que puedan surgir entre los Estados y los inversores.

En cuanto al procedimiento de arbitraje, cabe resaltar el esfuerzo realizado por la Asociación Europea de Arbitraje que ha creado el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública, presentado públicamente en 2011. Las partes pueden acudir a este tribunal cuando hayan incorporado una cláusula arbitral en el contrato que así lo prevea.

El Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública se encuentra constituido por una lista de miembros con una acreditada experiencia en el ámbito de la contratación públi-

¹⁰ Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, artículo 7.

¹¹ Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre, artículos 3.2 y 3.3; Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, artículos 3.2 y 33.

ca. Además, son juristas de reconocido prestigio y con una excelente cualificación técnica. Las partes serán quienes, en principio, acordarán el nombramiento de un árbitro único o de tres árbitros. No obstante, si las partes no llegan a un acuerdo, será el Comité de Dirección y de Designaciones del tribunal el encargado de dicha designación.

En cuanto a los laudos que emita el Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública, cabe comentar que estos son definitivos en cuanto a sus efectos. Así, pues, al igual que en arbitraje bajo derecho privado, solo es posible impugnar un laudo en limitados supuestos por motivos de forma contenidos en la Ley de Arbitraje.

Cuando las partes someten sus conflictos a dicho tribunal, están aceptando el procedimiento establecido en su reglamento. No obstante, dichas partes disponen de autonomía para modificar las reglas del procedimiento a utilizar, las leyes aplicables al fondo, el lugar de desarrollo del arbitraje, etc.¹².

A pesar de los avances de la legislación anterior, la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP 2017**) ha dado un paso hacia atrás en la regulación del arbitraje en la contratación pública limitando aún más la posibilidad de acudir a este medio de resolución de controversias. Con la LCSP 2017 desaparece el Artículo 50 del LCSP 2011 (anterior artículo 39 del LCSP 2007) que reconocía expresamente la posibilidad de acudir a arbitraje a aquellas entidades del sector público que no estuvieran clasificadas como Administración Pública bajo la propia ley.

De este modo, bajo la LCSP 2017, se otorga un mayor protagonismo al sistema judicial realizando una distribución detallada de las competencias de la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción civil para conocer de las disputas que puedan surgir (artículo 27).

En cuanto a dicha distribución, cabe destacar que, al igual que la LCSP 2011, la LCSP 2017, atribuye competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos.

Además, conforme al artículo 27.1.c de la LCSP 2017, se establece que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para resolver los conflictos relativos a la preparación y adjudicación de todos los contratos de poderes adjudicadores con la Administración Pública, independientemente de su carácter armonizado o no armonizado, de su posible impugnación a través de recurso especial y del propio objeto de impugnación. De este modo, el legislador realiza una unificación de la jurisdicción competente en la fase precontractual, independientemente de la naturaleza del propio contrato o del tipo de ente adjudicador. Con ello, se ha corregido la criticada dispersión de la anterior legislación que establecía que la jurisdicción civil era competente para conocer de los conflictos derivados de la preparación y adjudicación de contratos no armonizados celebrados por entes del sector público que no eran Administraciones Públicas (artículo 21.2 de la LCSP 2011)¹³. Ahora bien, esta defensa de la vuelta a la versión clásica de la doctrina de los actos separables, no justifica la eliminación del arbitraje para supuestos referidos a los efectos y extinción de muchos contratos del sector público.

¹² ARENAS ALEGRÍA, C. C. El tribunal de arbitraje en la contratación pública, una propuesta para la resolución arbitral de conflictos en el ámbito de la contratación del sector público, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. J. M. Bosch Editor. 2014. Pág. 567.

¹³ DÍEZ SASTRE, S. La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*. 2018. Pág. 341.

En cuanto a la impugnación de modificaciones contractuales, se observa que el legislador ha optado por una atribución de competencia jurisdiccional (contencioso-administrativa o civil) basada en la naturaleza o en la ubicación sistemática de las normas que son objeto de aplicación al conflicto concreto e ignorando la naturaleza administrativa o privada del propio contrato. En este sentido, si se impugna una modificación contractual por un posible incumplimiento de las reglas establecidas en los artículos 204 y 205 de la LCSP 2017 por entender que la modificación contractual debió ser objeto de una nueva adjudicación, es competente la jurisdicción contencioso-administrativa en todos los contratos celebrados por los poderes adjudicadores no Administración Pública. No obstante, si la causa alegada frente a la modificación contractual no se encuentra relacionada con los artículos 204 y 205, sino con otros motivos vinculados normalmente a la aplicación de normas de derecho privado, es competente la jurisdicción civil.

La desaparición de la cláusula sobre arbitraje no impide que las entidades del sector público que son poder adjudicador, pero que no estén clasificadas como Administración Pública, acudan a arbitraje de acuerdo con las leyes que regulan las particularidades de la ejecución de sus contratos. Así, por ejemplo, en las instrucciones por las que se regulan los procedimientos de contratación de Renfe-Operadora, de junio de 2018 (de fecha posterior a la entrada en vigor de la LCSP 2017) se indica que en los contratos en los que sea parte RENFE se podrá *«realizar sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Madrid para conocer de las cuestiones litigiosas que surjan, así como la remisión a arbitraje, en supuestos excepcionales»*. A pesar de existir la remisión al arbitraje, observamos que nuevamente es muy limitada.

Por lo que respecta a la posibilidad de acudir a arbitraje en contratos suscritos con empresas extranjeras en el extranjero, la LCSP 2017 ha limitado lo establecido en la anterior LCSP 2011. La disposición adicional primera, punto 3, ahora establece que *«en los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales»*. Con ello, se vuelve a realzar el papel de la jurisdicción ordinaria en la resolución de conflictos en el seno de la contratación pública, permitiendo la incorporación de cláusulas arbitrales a contratos suscritos en el extranjero con empresas extranjeras pero sólo cuando no sea posible la sumisión a los tribunales españoles.

3.2. El arbitraje en contratos públicos en otras jurisdicciones

Como hemos advertido con anterioridad, la inclusión del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en la contratación pública encuentra una justificación importante en la globalización de la economía y en la práctica internacional de inversiones. Al invertir en un Estado extranjero, las empresas prestan especial atención a la seguridad jurídica y al trato que van a recibir en comparación con el de un inversor nacional. Por ello, exigen y valoran la existencia de reglas de procedimiento claras y sencillas, de garantías, así como de un método imparcial mediante el cual poder resolver cualquier conflicto que pueda surgir con el Estado.

Aunque el sector de la contratación pública en España sigue siendo muy reacio al arbitraje, la posibilidad de acudir a este método de solución de conflictos para resolver esta clase de disputas ya es una realidad en muchas otras jurisdicciones internacionales.

Perú, por ejemplo, cuenta con una extensa legislación sobre el arbitraje en la contratación pública. En efecto, el artículo 2 de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572, contempla clara y enfáticamente la posibilidad de acceder al arbitraje por parte del Estado, al señalar que «*pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí*». Asimismo, el inciso 2 del artículo 4 de la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, establece que «*las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional*», mientras que el inciso 3 señala claramente que «*el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país*».

Así, la regulación del arbitraje en la contratación pública ha transformado radicalmente la administración de justicia en Perú, incluyendo arbitraje obligatorio como mecanismo de resolución de controversias en todos los conflictos surgidos en los contratos que el Estado celebra con particulares, tanto en la adquisición de bienes y servicios, como en la ejecución de obras y su supervisión. La aceptación del arbitraje en la contratación pública ha supuesto una fuente de atracción y promoción de inversión extranjera¹⁴.

Argentina también ha regulado el arbitraje en este sector. Conforme a la Ley 27.328 que regula el régimen de contratación con participación público privada (contrato PPP), en Argentina se establece la posibilidad de que las partes (Estado y entidades privadas), pacten acudir a arbitraje, doméstico o internacional, como mecanismo de solución de controversias. No obstante, a diferencia de Perú, en Argentina el arbitraje es voluntario. Además, en cuanto a la sumisión a arbitraje internacional, ésta se condiciona a que (i) el inversor esté participado por una entidad extranjera en un porcentaje mínimo, (ii) la respectiva cláusula arbitral o el contrato de arbitraje sea aprobado por el poder ejecutivo nacional y que (iii) dicha aprobación sea comunicada por el jefe de Gabinete de Ministros al Honorable Congreso de la Nación¹⁵.

En cuanto a Costa Rica, observamos que prevé el uso del arbitraje en la contratación pública recogiendo en el Artículo 508 de la Ley de Contratación Administrativa n.º 7494 que «*el Estado, sus instituciones y las municipalidades también podrán someter a la decisión de árbitros o de peritos, conforme con los trámites de este capítulo, las pretensiones estrictamente patrimoniales en que figuren como partes interesadas*». Con ello, se busca agilizar y flexibilizar las relaciones del Estado con los particulares procurando cumplir con el interés general que define su forma de actuar¹⁶.

Igualmente, Colombia regula el arbitraje para contratos públicos en su Constitución Política (artículo 116), la Ley 80 de 1993 respecto de los mecanismos alternos para resolver controversias originadas con ocasión a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de un contrato público, la Ley 270 de 1996 en lo referente a la definición de la materia susceptible de arbitraje y el Decreto 1818 de 1998 en cuanto a la regulación del trámite.

¹⁴ PAULET MONTEAGUDO, F. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Revista Arbitraje PUCP*. Pág. 90; CASTILLO FREYRE, M., Vásquez Kunze, R. y SABROSO MINAYA, R., El arbitraje en la experiencia latinoamericana. *Revista Derecho PUC*. Págs. 217 y 218.

¹⁵ BUSTINGORRY, R. S. Arbitraje en Argentina en contratos público-privados. *CIAR GLOBAL La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*. 2017.

¹⁶ CÓRDOBA ORTEGA, J. La incorporación del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en la legislación administrativa. *Revista Ivstitia*. 1995. Pág. 15.

Ecuador también se ha unido a la inclusión del arbitraje como medio de resolución de conflictos relativos a contratación pública incluyendo en el artículo 190 de su Constitución lo siguiente: «*se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos... En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley*». Además, en el propio Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece la posibilidad de sumisión a arbitraje afirmando que «*en los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho*».

Asimismo, el arbitraje entre entidades del sector público y particulares se ha convertido en una práctica habitual en Inglaterra. El derecho inglés no realiza una distinción entre arbitrajes públicos y arbitrajes privados. De este modo, no especifica si una controversia puede someterse a arbitraje o si los organismos públicos pueden someterse a arbitraje. La ausencia de distinción también se extiende al propio desarrollo del procedimiento, incluido el nombramiento de árbitros, las cualificaciones que estos deben reunir, la presentación de pruebas, los motivos de la intervención de terceros y la confidencialidad del propio arbitraje¹⁷.

4. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON CONTRATOS PÚBLICOS

4.1. Los tratados internacionales de protección de inversiones y su aplicación a los contratos entre inversores extranjeros y Estados

El Estado español, al igual que otros muchos países, es parte de un gran número de tratados internacionales de protección de inversiones (TPI), incluyendo «*acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones*» (APPRI)¹⁸ y tratados multilaterales (como el Tratado sobre la Carta de la Energía), tratados que contemplan disposiciones en materia de protección de inversiones¹⁹. En concreto, los TPI establecen una serie de obligaciones para los Estados Contratantes en materia de promoción y protección de inversiones privadas realizadas por nacionales de una parte contratante en el territorio de otro Estado Contratante. Para ello, los TPI otorgan al inversor una serie de derechos o estándares de protección, cuyo incumplimiento permite al inversor reclamar la responsabilidad internacional del Estado en un arbitraje internacional, generalmente ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁰.

¹⁷ BREKOULAKIS, S. y DEVANEY, M. *Public-private arbitration and the public interest under English law*. Queen Mary.

¹⁸ 72 APPRIs en vigor a 19 de febrero de 2018.

¹⁹ España firmó el Tratado sobre la Carta de la Energía el 17 de diciembre de 1994, entrando en vigor para España el 11 de diciembre de 1997.

²⁰ El CIADI fue creado en virtud del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (el **Convenio de Washington**), BOE núm. 219, de 13 de septiembre de 1994. La entrada en vigor del Convenio de Washington, firmado en 1965, tuvo lugar el 14 de octubre de 1966. En la actualidad, son más de 157 los Estados que han depositado sus instrumentos de ratificación.

Los TPI se aplican a nacionales de un Estado contratante que hayan realizado una inversión en el territorio de otro Estado contratante. El término inversión suele definirse de forma muy amplia, incluyendo generalmente derechos conferidos tanto por ley como por contrato. Asimismo, algunos TPI consideran a las sociedades constituidas en el Estado receptor como «*inversionista de la otra Parte Contratante*», si se encuentran controladas directa o indirectamente por nacionales de esa parte contratante. Este sería, por ejemplo, el caso de una sociedad española que suscribe un contrato de concesión con una Administración Pública, cuando esa sociedad se encuentra controlada por inversores extranjeros.

Los TPI también se aplican a inversiones realizadas en sociedades locales (es decir, personas jurídicas constituidas en el Estado receptor de la inversión). Estas sociedades pueden haber suscrito un contrato con el Estado, concepto que incluye a las Administraciones Públicas, los órganos o entidades estatales, así como a las empresas públicas cuyos actos puedan atribuírsele al Estado²¹. Por lo tanto, frente a las limitaciones que puede ofrecer el derecho local en materia de resolución de controversias surgidas de contratos públicos, el derecho internacional de protección de inversiones —esencialmente a través de los TPI— puede ofrecer una protección sólida frente a medidas del Estado que resulten en el incumplimiento o rechazo de un contrato público.

En general, la protección de los TPI abarca, entre otros aspectos: (i) el derecho a un tratamiento justo y equitativo; (ii) el derecho a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales; (iii) el derecho a recibir una indemnización pronta, justa y adecuada en caso de medidas de expropiación, incluyendo medidas de expropiación indirecta; (iv) el derecho a la libre transferencia de rentas; (v) el derecho a recibir el tratamiento dispensado de las inversiones procedentes del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida); o (vi) el derecho a que el Estado cumpla o respete los compromisos —incluidos los contractuales— que ha asumido con el inversor o su inversión.

²¹ El *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estados por Hechos Ilícitos* de 9 de agosto de 2001 (los **artículos de la CDI**) son la fuente principal para determinar si un determinado acto es o no atribuible al Estado. El artículo 5, en materia de atribución al Estado de acciones u omisiones de personas o entidades que ejerzan algún tipo de autoridad gubernamental, establece que «[s]e considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado... pero esté facultada por el Derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.» El término genérico «entidad» engloba la gran variedad de organismos que, aunque no sean órganos del Estado, pueden estar facultados por el derecho interno de un Estado para ejercer atribuciones del poder público y comprenden las empresas públicas, las entidades semipúblicas, los organismos públicos de diversa clase e incluso, en casos especiales, empresas privadas, a condición de que en cada caso la entidad esté facultada por el derecho interno para cumplir funciones de carácter público que normalmente desempeñan órganos del Estado y siempre y cuando el comportamiento de la entidad guarde relación con el ejercicio de las atribuciones del poder público que le corresponden. Para que se considere un hecho del Estado a efectos de la responsabilidad internacional, el comportamiento de una entidad de esta clase debe, pues, corresponder a la actividad pública prevista y no a otra actividad privada o comercial que la entidad despliegue. Por otro lado, el artículo 8, en materia de conducta dirigida o controlada por el Estado, establece que «se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento». La atribución al Estado de un comportamiento autorizado efectivamente por él tiene una amplia aceptación en la jurisprudencia internacional. En estos casos no importa que la persona o las personas que han intervenido sean particulares ni que su comportamiento corresponda a una «actividad pública». Casi siempre se trata de situaciones en las que los órganos del Estado complementan su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como «auxiliares», pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado.

De entre las protecciones que ofrecen los TPI al inversor, especialmente en el ámbito de contratos públicos, las más invocadas son la obligación del Estado de otorgar al inversor (y a la sociedad en la que ha invertido) un «trato justo y equitativo», y la protección frente a medidas que constituyan una expropiación directa o indirecta.

Es importante señalar que la mera violación de un contrato por parte del Estado no necesariamente va a constituir una violación de estándar en materia de trato justo y equitativo. En la práctica arbitral se ha estimado que el inversor no ha recibido un trato justo y equitativo en aquellos casos en los que el Estado ha adoptado medidas que: (i) vulneren las expectativas razonables y legítimas del inversor en el momento de realizar la inversión, por ejemplo, como resultado de cambios bruscos y drásticos al marco regulatorio; (ii) supongan una denegación de justicia o un incumplimiento de las garantías procesales en procesos judiciales o administrativos; (iii) sean arbitrarias, discriminatorias o desproporcionadas; o (iv) adolezcan de falta de transparencia. Por lo tanto, «no es suficiente que un demandante invoque los derechos contractuales que han sido supuestamente infringidos, para poder establecer que el Estado ha violado el estándar» sobre trato justo y equitativo²².

Como hemos adelantado, la protección en materia de expropiación también es invocada con frecuencia en el ámbito de los contratos públicos. La expropiación en derecho internacional de protección de inversiones no es sólo «la invasión física de bienes» sino también la «erosión de derechos de propiedad como consecuencia de las interferencias del Estado»²³, incluyendo derechos conferidos por ley o contrato. Por tanto, la terminación unilateral del contrato por parte del Estado y el resultado expropiatorio que tenga sobre la inversión, puede dar lugar a un ilícito internacional por el que el Estado se vea obligado a indemnizar²⁴.

Resulta igualmente de especial relevancia en el ámbito de los contratos públicos la llamada cláusula «paraguas» o de cobertura (*umbrella clause*), que se incluye en muchos TPI. Se trata de una serie de disposiciones que vienen a obligar al Estado a cumplir con los compromisos u obligaciones asumidas con inversores de otro Estado Contratante y/o con las inversiones de estos. Por ejemplo, el APPRI España-Guatemala establece que «[c]ada Parte Contratante observará cualquier otra obligación que hubiese contraído por escrito en relación con las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante»²⁵. Las cláusulas de cobertura están siendo progresivamente eliminadas en las nuevas generaciones de TPI, aunque muchos de los miles de tratados en vigor incluyen, de una u otra forma, la obligación de sus Estados Contratantes de cumplir con los compromisos contractuales asumidos con nacionales del otro Estado Contratante. Se trata de un estándar en materia de tratamiento de la inversión que refleja el principio de Derecho Internacional de *pacta sunt servanda*, que exige al Estado «... el... cumplimiento de los contratos hechos por él, tanto con sus súbditos como con los extranjeros»²⁶.

²² *Hamester c. Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24. Laudo. 18 de junio 2010. Párr. 337.

²³ UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements, *Taking of Property*. 2000.

²⁴ *Quiborax S.A., Non-Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2. Laudo. 16 de septiembre de 2015, Párr. 245. Ver también, *Crystallex International Corporation c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2. Laudo. 4 de abril de 2016.

²⁵ Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guatemala para la promoción y la protección recíproca de inversiones, hecho en Guatemala el 9 de diciembre de 2002, artículo 3(2) (en vigor para España desde el 17 de junio de 2004).

²⁶ WEHBERG, H. *Pacta Sunt Servanda*. *American Journal of International Law*. Vol. 53. Issue 4. Octubre de 1959. Págs. 775 y 784.

Las llamadas *umbrella clauses* no están, sin embargo, libres de polémica en la práctica arbitral. Algunos tribunales han considerado que este tipo de disposiciones son sólo aplicables en aquellos casos en los que el incumplimiento de la obligación contractual por parte del Estado sea fruto de un acto soberano. El principio es que un acto del Estado difícilmente podrá constituir un incumplimiento del TPI sin que vaya revestido, de alguna forma u otra, de «*puissance publique*»²⁷. Por ejemplo, en *El Paso c. Argentina*, el tribunal consideró necesario distinguir entre el Estado «*en su calidad de comerciante... del Estado en su calidad de soberano*», al entender que la cláusula de cobertura en el TPI Argentina-EE UU solo abarca «*compromisos asumido[s] por el Estado en su calidad de soberano*», aunque no lo diga expresamente la cláusula²⁸. Otros tribunales han considerado que para que un tribunal arbitral constituido con arreglo a un TPI tenga jurisdicción y competencia para conocer de una reclamación de que el Estado ha incumplido sus obligaciones contractuales con el inversor (y una violación de la cláusula de cobertura), «*la conducta del Estado debe asimismo constituir una vulneración de los estándares de protección del TPI*»²⁹.

Pero quizá una de las cuestiones más espinosas en la aplicación de las cláusulas de cobertura es su relación con los mecanismos de resolución de controversias previstos en el propio contrato y, en concreto, la jurisdicción y competencia del tribunal en un arbitraje inversor-Estado al amparo de un TPI.

A modo de ejemplo, vemos como en el arbitraje instado por la compañía suiza Société Générale de Surveillance (SGS) contra Pakistán y Filipinas, que había suscrito contratos para el suministro de servicios de inspección de aduanas, SGS alegó que el incumplimiento del contrato por parte del Estado era equiparable a un incumplimiento del APPRI, en virtud de la cláusula de cobertura en el tratado. En *SGS c. Pakistán*, el contrato específicamente preveía el arbitraje en Pakistán como método de resolución de las controversias que pudieran surgir en relación con el contrato. SGS inició un procedimiento arbitral en Pakistán con arreglo al contrato y, posteriormente, un arbitraje ante el CIADI al amparo del APPRI Suiza-Pakistán, alegando que el incumplimiento contractual por parte del gobierno de Pakistán constituía una violación de la cláusula de cobertura del APPRI³⁰. El tribunal consideró que la cláusula de cobertura que invocaba SGS no implica una excepción al principio que en derecho internacional el incumplimiento de un contrato no puede dar lugar a un ilícito internacional. Posteriormente, en *SGS c. Fili-*

²⁷ Término utilizado por el tribunal en *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos*. Caso CIADI No. ARB/00/6. Laudo. 22 de diciembre de 2003. Párr. 65 (*Pour qu'il y ait droit à compensation il faut que la personne de l'exproprié prouve qu'il a été l'objet de mesures prises par l'Etat agissant non comme cocontractant mais comme autorité publique. Les décisions aux cas d'expropriation indirecte mentionnent toutes l'«interférence» de l'Etat d'accueil dans l'exercice normal, par l'investisseur, de ses droits économiques. Or un Etat cocontractant n'«interfère» pas, mais «exécute» un contrat. S'il peut mal exécuter ledit contrat cela ne sera pas sanctionné par les dispositions du traité relatives à l'expropriation ou à la nationalisation à moins qu'il ne soit prouvé que l'Etat ou son émanation soit sorti(e) de son rôle de simple cocontractant(e) pour prendre le rôle bien spécifique que de Puissance Publique*).

²⁸ *El Paso Energy International Company c. Argentina*. Caso CIADI No ARB/03/15. Decisión de Jurisdicción. 2006. Párr. 81.

²⁹ *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co c. Argentina*. Casos CIADI Nos. ARB/03/13 y ARB/04/8. Decisión sobre objeciones preliminares. 2006. Párr. 112. Ver también *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Compagnie Générale des Eaux c. Argentina*. Caso CIADI No. ARB/97/3. Laudo. 2000.

³⁰ La cláusula 11 del APPRI Pakistán-Suiza (1995) establece: «Ambas partes contratantes garantizarán constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído respectivamente en relación con las inversiones de los inversores de la otra parte contratante».

*pinas*³¹, asunto que prestaba elementos fácticos y jurídicos similares, el tribunal también tuvo que analizar la aplicación de la cláusula de cobertura en el APPRI Suiza-Filipinas que sigue una redacción similar a la del APPRI con Pakistán. El tribunal, sin embargo, consideró que la cláusula de cobertura «*significaba lo que decía*», otorgando jurisdicción y competencia al tribunal para conocer de las reclamaciones contractuales presentadas por SGS. Sin embargo, el tribunal decidió atenerse a la sumisión que las partes habían efectuado en el contrato a los tribunales de Filipinas, y no pronunciarse sobre la existencia o no de un incumplimiento del contrato por parte del Estado³², inhibiéndose y suspendiendo el procedimiento hasta que los tribunales de Filipinas se hubiesen pronunciado sobre los alegados incumplimientos contractuales.

Una problemática similar aunque vinculada a las cláusulas de cobertura es la distinción entre reclamaciones puramente contractuales y las que se fundamentan en una supuesta violación de un TPI. Respecto de las primeras, es posible que un tribunal constituido al amparo de un TPI considere que carece de jurisdicción y competencia para dilucidarlas, o considere que deba inhibirse y suspender el procedimiento hasta que el foro competente designado en el contrato resuelva la cuestión (tal y como ocurrió en el asunto *SGS c. Filipinas*). Esta problemática se puso especialmente de manifiesto en los distintos arbitrajes CIADI sustanciados contra Argentina. En muchos de estos procedimientos, el Estado formuló excepciones procesales, al considerar que la reclamación del inversor se fundamentaba en un supuesto incumplimiento contractual y no en una vulneración del TPI. En otros casos, Argentina alegó que la cláusula de elección de foro en el contrato o el hecho de que el inversor ya había sometido la controversia a los órganos jurisdiccionales del Estado privaban al tribunal de jurisdicción y competencia para conocer de la reclamación formulada por el inversor. Estas excepciones fueron, sin embargo, íntegramente desestimadas al considerar que las reclamaciones presentadas ante los tribunales del Estado (y/o las previstas en la cláusula de jurisdicción del contrato) eran distintas a las reclamaciones presentadas con arreglo al TPI. En este sentido, el tribunal en *Enron c. Argentina* consideró que no existía identidad entre ambos tipo de reclamaciones por no haber «*identidad de las partes, del objeto y de la causa de la acción*»³³. En la práctica, la distinción entre reclamaciones derivadas de un tratado y reclamaciones contractuales puede ser compleja a pesar de que una y otra sean conceptualmente distintas.

4.2. El consentimiento del Estado para someterse a un arbitraje internacional

El consentimiento, al igual que en el arbitraje, es la espina dorsal del arbitraje de inversión. Por eso, para que una controversia entre un inversor y un Estado pueda someterse a arbitraje internacional, es imprescindible que el Estado haya prestado su consentimiento. Las dos principales fuentes para dicho consentimiento las encontramos en los TPI y en los contratos suscritos entre inversores y Estados³⁴.

³¹ *SGS c. Filipinas*. Caso CIADI No ARB/02/6. Decisión sobre objeciones a la jurisdicción. 29 de enero de 2004.

³² *Ibid.*, Párrs. 561-562.

³³ Ver *Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, Decisión sobre jurisdicción (demanda adicional). 2 de agosto de 2004. Párr. 49-50.

³⁴ Menos frecuente, pero también posible, es la oferta del Estado, en su ley nacional (normalmente en la normativa sobre inversiones extranjeras), de someter a arbitraje (incluyendo arbitraje CIADI) controversias que puedan surgir con determinados inversores extranjeros.

En lo que respecta a los TPI, estos tratados incluyen los mecanismos de resolución de controversias que puedan surgir entre inversores nacionales de un Estado contratante y el otro Estado contratante. El mecanismo varía según el tratado aplicable. En general, se permite que el inversor pueda someter la controversia ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que ha invertido y/o a un arbitraje internacional, una vez cumplido un periodo de negociaciones previo, también llamado «*periodo de enfriamiento*» (*cooling-off period*). En materia de consentimiento al arbitraje, se entiende que los TPI incluyen una oferta del Estado de someterse a arbitraje, quedando el consentimiento perfeccionado una vez que el inversor presenta la solicitud de arbitraje ante la institución arbitral prevista en el TPI.

La característica fundamental de un arbitraje sustanciado con arreglo a un TPI consiste en que la controversia será decidida de acuerdo con las obligaciones sustantivas del Estado receptor, en el marco del TPI y conforme al derecho internacional. El hecho de que el arbitraje se lleve a cabo en la esfera internacional implica que el Estado receptor responderá por cualquier acción u omisión que pueda atribuírsele con arreglo al derecho internacional, incluyendo acciones u omisiones que sean contrarias a un TPI y que hayan sido llevadas a cabo por entidades regionales o locales o por funcionarios públicos. Además, el Estado no podrá invocar las normas de su derecho interno para justificar el quebrantamiento del TPI³⁵, ni apoyarse en su constitución o legislación nacional para eludir la jurisdicción del tribunal arbitral.

En general, los TPI ofrecen distintas opciones de foros arbitrales para la resolución de la controversia entre los que puede elegir el inversor. Entre estas instituciones se encuentra el CIADI que, como se ha apuntado previamente, es una institución del Banco Mundial dedicada al arbitraje de inversión. Sus reglas ofrecen una serie de garantías de las que no disfrutaban los procedimientos arbitrales que se sustancian ante otras instituciones. Se trata de un procedimiento totalmente autónomo e independiente del derecho nacional, ya que el arbitraje se fundamenta exclusivamente con arreglo a las reglas del CIADI (principalmente el Convenio de Washington y las Reglas de Arbitraje del CIADI). El procedimiento está así totalmente exento de cualquier tipo de control por parte de los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado. Los únicos controles del procedimiento se encuentran en el Convenio de Washington: (i) de la solicitud de arbitraje, por parte del secretario general; (b) del propio tribunal arbitral; y (c) del laudo, mediante los recursos previstos en el propio Convenio de Washington ante un comité de anulación.

Los laudos dictados al amparo del Convenio del CIADI tienen fuerza vinculante y equivalente a una sentencia firme dictada por la máxima autoridad judicial del Estado en el que se pretenda (y contra el que se pretenda) su ejecución, siendo obligatorio su cumplimiento, sin apelación posible. El Estado condenado debe abonar inmediatamente la cuantía con que se liquide la condena. Si el Estado no cumple con el laudo, se enfrenta a una serie de consecuencias. Desde el punto de vista jurídico, supone un incumplimiento del derecho internacional, con las consecuencias políticas y diplomáticas que ello conlleva. Desde el punto de vista institucional, en el seno del Banco Mundial, el incumplimiento de un laudo del CIADI puede implicar la pérdida del apoyo financiero de la organización³⁶, incluida la cancelación de proyectos en el país incumplidor. Finalmente, conviene señalar que si la inversión estaba garantizada por una póliza de riesgo político suscrita voluntariamente por el inversor y emitida por el Organismo Multilateral de Garantía de

³⁵ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27; Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional en materia de Responsabilidad Internacional del Estado, artículo 3.

³⁶ Apartado 7.40.5 del Manual de Operaciones del Banco Mundial.

Inversiones (MIGA) y el Estado condenado se resistiera al cumplimiento del laudo, el MIGA quedaría obligado al abono de la condena contra el importe de la póliza de riesgo política suscrita con el Estado condenado. Una vez abonada, MIGA reclamaría, en vía de repetición, su pago al Estado incumplidor. Asimismo, si el Estado incumple de forma sistemática los laudos del CIADI, se debilitaría su posición ante las cinco Agencias que conforman el Grupo Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional.

Los laudos dictados conforme a otras reglas arbitrales carecen de la misma fuerza vinculante que los laudos dictados en el marco del CIADI. Aunque su reconocimiento y ejecución pueda efectuarse al amparo del Convenio de Nueva York de 1958, el juez del Estado frente al que se pretende el reconocimiento y ejecución podrá desestimarlos por distintas causas tasadas en el Convenio de Nueva York, como por ejemplo, la apreciación discrecional por parte del juez de que el laudo vulnera el orden público nacional.

Para poder acceder al CIADI, sin embargo, el inversor que inicia el arbitraje debe demostrar que se cumplen todos los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio de Washington. Aunque el TPI aplicable incluya la oferta del Estado de someterse al CIADI, ambas partes deben cumplir los requisitos jurisdiccionales del Convenio de Washington. En concreto: (i) en la solicitud de arbitraje debe probarse que la entidad demandante es una persona física o jurídica, nacional de otro Estado miembro del Convenio de Washington (o persona constituida en el Estado demandado pero controlada directa o indirectamente por un nacional de otro Estado Contratante, si así lo prevé el TPI); (ii) que la controversia planteada es de naturaleza jurídica y surge directamente de una inversión; y (iii) que el TPI prevea la posibilidad de un arbitraje CIADI (es decir, que haya consentimiento de los Estados Contratantes de someterse al CIADI)³⁷.

También debemos advertir que el consentimiento de un Estado de someterse a un arbitraje (CIADI o no) no se encuentra limitado a los TPI. Son muchos los contratos que se celebran entre inversores y Estados (o una sociedad constituida en ese Estado en la que haya invertido el inversor) que incluyen una cláusula arbitral. Cuando la resolución de controversias que puedan surgir de un contrato público se encuentra enfrascada en el ordenamiento jurídico del propio Estado con el que se contrata, los riesgos políticos o no comerciales pueden acentuarse ya que, tal como señalábamos más arriba, el Estado, al amparo de su soberanía y en ejercicio de sus prerrogativas internas (potestades administrativas), podría adoptar decisiones destinadas a eludir, obstaculizar o frustrar los compromisos contractuales asumidos con el inversor. Estos riesgos pueden mitigarse sustancialmente mediante la inclusión de una cláusula arbitral que ofrezca un foro neutral para la resolución de posibles controversias³⁸. En este sentido, el CIADI ofrece un modelo de cláusula arbitral que ha sido incorporado, en diferentes versiones, en contratos suscritos por Estado o entidades públicas, con inversores extranjeros o sociedades locales en las que estos han invertido³⁹.

³⁷ Convenio de Washington, artículo 25.

³⁸ Otras cuestiones importantes a considerar incluyen: (i) la verificación de los poderes de los órganos del Estado para suscribir el contrato; (ii) la elección de una ley aplicable que ofrezca la debida neutralidad; (iii) la renuncia por parte del Estado a su inmunidad soberana; o (iv) el establecimiento de cláusulas de «estabilización» que garanticen que, en caso de producirse cambios legislativos o regulatorios por parte del Estado, dichos cambios no vayan a afectar negativamente al proyecto.

³⁹ Cuando la parte con la que el inversor contrata no es el propio Estado, sino una «subdivisión política» o un «organismo público», es necesario tener en cuenta que: (a) la subdivisión política o el organismo público deben estar acreditados por el Estado Contratante ante el CIADI; y (b) el consentimiento dado por la subdivisión política o el organismo público: (i) debe ser aprobado por el Estado, o (ii) debe ser un consentimiento en cuya virtud el Estado ha notificado al CIADI que dicha aprobación no es necesaria.

4.3. «*Treaty shopping*» y sus limitaciones

Conforme se ha apuntado anteriormente, los TPI se aplican a inversores que sean nacionales del otro Estado Contratante. En relación con las personas jurídicas, la nacionalidad se determina en muchos TPI con arreglo al lugar de constitución, lo que ha permitido a grupos empresariales buscar el tratado más favorable estableciendo una presencia jurídica en un país que cuente con un acuerdo de protección de los inversores con el país receptor, con independencia de la nacionalidad del último dueño de la inversión. Por ejemplo, una compañía nacional del Estado A puede realizar inversiones en el Estado B a través de una sociedad intermedia constituida en el Estado C a efectos de disfrutar de la protección que ofrece el TPI B-C. Esto es perfectamente admisible si se hace de buena fe. Salvo que el TPI disponga otra cosa, un tribunal arbitral no debería «*levantar el velo empresarial*» para identificar a los inversores mayoritarios y determinar si su nacionalidad los faculta o no para ampararse en las protecciones del TPI.

La estructuración de la inversión a través de sociedades holding en determinadas jurisdicciones más favorables a la protección de sus inversores y para poder beneficiarse de la protección de TPI suscritos con el Estado receptor, es perfectamente admisible en Derecho Internacional de protección de inversiones. En el caso *Aguas del Tunari SA c. Bolivia*, por ejemplo, Bolivia sostenía que las sociedades intermedias constituidas en los Países Bajos eran meras empresas pantalla y que la verdadera nacionalidad de control era la de su empresa matriz estadounidense, país con el que Bolivia no tiene TPI. Sin embargo, el tribunal señaló que «... *la elección del lugar de establecimiento de una empresa conjunta suele obedecer a consideraciones tributarias, aunque otros factores, como la disponibilidad de un [TPI], pueden influir de manera importante en esa elección...*». Asimismo, el tribunal señaló que «... *en la práctica no es infrecuente, ni tampoco ilegal —salvo prohibición especial al respecto— establecer las operaciones en una jurisdicción que se consideren más beneficiosas... incluida la posibilidad de invocar un [TPI] ...*»⁴⁰.

No obstante, la estructuración societaria para beneficiarse de un determinado tratado no está exenta de límites, incluido cuando el tratado bajo el cual un inversor pretenda ampararse defina la nacionalidad exclusivamente en relación con el lugar de constitución. En el asunto *Philip Morris c. Australia*, Philip Morris había estructurado su negocio de tal manera que una sociedad holding en Hong Kong pasase a controlar Philip Morris Australia, pudiendo así beneficiarse del TPI Hong Kong-Australia en el momento en el que el gobierno de Australia ya había anunciado las medidas antitabaco que cuestionaba Philip Morris. El tribunal, sin embargo, aceptó las excepciones procesales de Australia y señaló que «... *la iniciación de un arbitraje de inversión con arreglo a un tratado constituye un abuso de derecho (o abuso de proceso) cuando el inversor ha cambiado su estructura societaria para conseguir la protección de un tratado de protección de inversiones en un momento en el tiempo en el que la controversia con el Estado era previsible. El Tribunal es de la opinión que una controversia es previsible cuando hay una perspectiva razonable... de que una medida que pueda dar a una reclamación con arreglo al tratado pueda materializarse...*». Por lo tanto, aunque un inversor puede estructurar su negocio, a través de sociedades en diferentes jurisdicciones de manera que pueda beneficiarse de un determinado tratado, la protección de dicho tratado no estará disponible si la reestructuración societaria se realizó cuando las medidas del Estado que se cuestionan eran ya previsibles.

⁴⁰ *Aguas del Tunari S.A. c. Bolivia*. Caso CIADI ARB/02/3. Decisión sobre jurisdicción. 21 de octubre de 2005. Párr. 330.

Con independencia de las mencionadas limitaciones en materia de «*treaty shopping*», es posible estructurar un proyecto que implique la contratación con Estados a través de sociedades en distintas jurisdicciones de manera que, tanto la sociedad extranjera como la sociedad local con la que el Estado contrata, puedan beneficiarse de la protección que ofrecen los TPI que puedan resultar aplicables.

5. CONCLUSIONES

Existen múltiples riesgos de carácter político o no comercial a los que puede tener que hacer frente un inversor que contrata con un Estado, sus organismos o entidades, o empresas públicas. Entre estos riesgos, se encuentran los cambios normativos o regulatorios, la rescisión/resolución unilateral del contrato por parte del Estado o su incumplimiento, o la aprobación de medidas regulatorias de carácter arbitrario o discriminatorio en relación contractual entre el inversor y el Estado. Frente a estos riesgos, el arbitraje ofrece un foro neutral al que el inversor puede acudir para resolver las controversias que puedan surgir en sus relaciones con el Estado.

Sin embargo, la aceptación del arbitraje en el ámbito de los contratos públicos varía según la jurisdicción. Mientras que Estados como el español han sido tradicionalmente reacios al arbitraje en la contratación pública, otros han ofrecido el arbitraje en éste ámbito como un instrumento eficaz de promoción y atracción de la inversión y, en particular, de la inversión extranjera más reacia, sin duda, a apoyarse sólo en los mecanismos locales (jueces y tribunales) de resolución de disputas. Incluso en aquellos casos en los que el arbitraje comercial inversor-Estado se enfrenta a limitaciones, el derecho internacional ofrece, a través de una tupida red de tratados de protección de inversiones, importantes garantías de protección para el inversor extranjero.

Conforme se ha explicado en este artículo, los tratados de protección de inversiones establecen una serie de obligaciones para el Estado (incluyendo en ocasiones el compromiso de respetar las obligaciones contractuales con el inversor o la sociedad local en la que ha invertido el inversor) cuyo incumplimiento generará responsabilidad internacional y la posibilidad para el inversor de llevar al Estado a un arbitraje internacional. Por lo tanto, a la hora de contratar con un Estado, y tratándose de un inversor extranjero, es importante tener en cuenta y valorar el régimen de protección a inversores que se deduce de las relaciones existentes entre el Estado del inversor y el Estado en el que se realiza la inversión.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ARENAS ALEGRÍA, C. C. El tribunal de arbitraje en la contratación pública, una propuesta para la resolución arbitral de conflictos en el ámbito de la contratación del sector público, en *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. J.M. Bosch Editor. 2014.
- BREKOULAKIS, S. y DEVANEY, M. *Public-private arbitration and the public interest under English law*. Queen Mary.
- BUSTINGORRY, R. S. Arbitraje en Argentina en contratos público-privados. *CIAR GLOBAL, La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*. 2017.
- CASTILLO FREYRE, M., Vásquez Kunze, R. y SABROSO MINAYA, R., El arbitraje en la experiencia latinoamericana. *Revista Derecho PUC*.

- CÓRDOBA ORTEGA, J. La incorporación del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en la legislación administrativa. *Revista Ivstitia*. 1995.
- DÍEZ SASTRE, S. La contratación de los entes del sector público que no son Administración Pública, en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*. 2018.
- DORREGO DE CARLOS, A. El arbitraje en los contratos públicos, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 29. Enero de 2013.
- DUMBERRY, P. *The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs*. Revisado por el CIADI. Ed. Oxford University Press. 2016. Queen Mary University of London en colaboración con White & Case. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*.
- MONTERO AROCA, J. (coord.). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Ed. Civitas. Madrid. 1990.
- PAULET MONTEAGUDO, F. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. *Revista Arbitraje PUCP*.
- UNCTAD, Series on Issues in International Investment Agreements, *Taking of Property*. 2000.
- WEHBERG, H. Pacta Sunt Servanda. *American Journal of International Law*. Vol. 53. Issue 4. Octubre de 1959.

ESPAÑA, SEDE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

José Félix de Luis y Lorenzo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. COMISIÓN PARA PROMOVER ESPAÑA COMO SEDE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL. 2.1. Orígenes. 2.2. Método de trabajo. 2.3. Propuestas contenidas en el informe. 2.3.1. Regulación y aspectos judiciales. 2.3.2. Institución Arbitral Española de Referencia en el ámbito internacional y «*arbitration practitioners*». 2.3.3. ventaja-país y promoción.—3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La Comisión para Promover España como sede de arbitraje internacional surge como consecuencia del Acuerdo de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje, CEA en adelante, adoptado en su reunión de 21 de septiembre de 2017.

El acuerdo del CEA podemos enmarcarlo en el ámbito de clásica iniciativa de la sociedad civil que pudiera llegar a producir importantes efectos que afectan a nuestro país, a la Marca España, y a la imagen que pudiera llegar a proyectar en el ámbito del arbitraje internacional.

El objetivo primordial de esta comisión ha sido la elaboración de un informe que aborde las razones por las cuales España no es en la actualidad, pudiendo serlo con base en los datos objetivos que tendremos ocasión de analizar, un gran centro de arbitraje internacional. De igual forma, otro objetivo de esta comisión ha sido proponer las medidas necesarias para lograrlo. Todo ello se contiene en el informe, en adelante el Informe, elaborado por la Comisión y presentado a la Junta Directiva del CEA el pasado mes de noviembre de 2018.

El presente capítulo es un resumen de dicho informe.

La Comisión ha partido de diferentes datos relativos a nuestro país desde varias órbitas (macro y micro económicos, educativos, geopolíticos, entre otros) analizando España como sede de arbitraje internacional bajo la perspectiva de «producto/servicio»¹. Y lo ha hecho con el ánimo de obtener una respuesta acerca de si este «producto/servicio» de España como sede de arbitraje internacional se encuentra desarrollado en grado suficiente para ser considerado maduro o si, por el contrario, precisa de ulteriores modificaciones para lograrlo.

El Informe, a la vista de las eventuales deficiencias detectadas, contiene un conjunto de propuestas que se clasifican en propuestas que es preciso implementar, por carecer España en la actualidad de ellas; propuestas que es preciso desarrollar, al afectar a determinados aspectos existentes en la actualidad pero que no lo están de forma suficiente, y propuestas relativas a aspectos que, aunque ya existen y se encuentran suficientemente desarrollados, es preciso promocionar en el ámbito del arbitraje internacional.

¹ En el Informe nos referimos a «*España como sede de arbitraje internacional*» como producto o como servicio de forma indistinta. Producto, en cuanto todo procedimiento arbitral concluye normalmente con un laudo. Servicio, en cuanto para la consecución de este laudo debe seguirse el correspondiente procedimiento arbitral en el que se prestan determinados servicios.

Desde una perspectiva temporal, se hará referencia en el Informe al plazo estimado para su implementación, desarrollo o promoción, distinguiendo entre el corto, medio o largo plazo. Pero en el Informe se advierte de que debemos ser conscientes que la consecución de un objetivo como el que se aborda, España como gran sede de arbitraje internacional, lo es a largo plazo².

Desde el punto de vista del responsable para la ejecución de las propuestas contenidas en el Informe, se hará referencia a aquellos que se consideran más idóneos para llevarlas a cabo, bien sea persona, entidad u organismo. En muchos casos, serán varios los responsables de la ejecución de las propuestas que se contienen en el Informe, pero de entre todos ellos siempre hay uno que deberá asumir una posición de liderazgo, que en la medida en que sea factible, se identifica.

Además, desde el punto de vista del responsable para la ejecución de las propuestas contenidas en el Informe, dado el plazo de alguna de ellas, especialmente las de medio/largo plazo, al CEA le corresponde un protagonismo indiscutible bien como impulsor para su ejecución o para su seguimiento.

2. COMISIÓN PARA PROMOVER ESPAÑA COMO SEDE DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1. Orígenes

En el ámbito de los ADR —*Alternative Dispute Resolution* en inglés— o MASC —Mé-todos Alternativos de Solución de Conflictos, en español— el arbitraje se ha consagrado como el principal método de resolución de controversias comerciales internacionales, así como de controversias entre Estados e inversores de otros Estados.

El arbitraje, como método privado de solución de controversias, es elegido por las partes como mecanismo efectivo para poner fin a las diferencias surgidas entre ellas sin recurrir a los tribunales de justicia.

Tradicionalmente se ha considerado que el arbitraje es una fórmula de resolución de conflictos cuyo desarrollo se produce a continuación del progreso económico de un país. Sin embargo, a pesar de las características de España desde un punto de vista económico, el desarrollo del arbitraje internacional y, lo que es más importante, que nuestro país sea una gran sede de arbitrajes internacionales, no se compadece con nuestra dimensión económica.

Desde el punto de vista macroeconómico España es la cuarta economía de la zona Euro y la quinta economía de la Unión Europea³. Puede ser considerada, en la actualidad, la decimocuarta economía a nivel mundial.

España cuenta con una muy importante presencia en determinadas zonas geográficas del mundo, como es el caso de Latinoamérica, en donde es el segundo inversor, quizás el tercero después de la reciente irrupción de China como inversor en aquél con-

² Hong Kong International Arbitration Centre-HKIAC, fundada en el año 1985, y Singapore International Arbitration Centre-SIAC, fundada en 1991, son utilizados como claros ejemplos. Se han posicionado —y han posicionado a Hong Kong y a Singapur— en un relativo medio/largo plazo de tiempo, 30 y 25 años respectivamente, como referentes en el arbitraje internacional. Este es un ejemplo que debemos utilizar y no solamente desde la perspectiva temporal, según se desarrolla en el Informe.

³ Fuente UNCTAD, FMI.

tinente. Además, España es el noveno receptor de inversión extranjera del mundo (\$ 721.879 M, suponiendo el 2,8% del total) y el décimo primer inversor en el mundo (\$ 673.989 M suponiendo el 2,6% del total).

España es, además, una economía abierta. Es el sexto país del mundo por su grado de internacionalización⁴; es el décimo octavo exportador de mercancías, lo cual supone el 1,7% de la cuota mundial; es el noveno exportador de servicios, con el 3,1% de la cuota mundial y el cuarto de la Unión Europea; es el noveno país con menos barreras a la inversión extranjera directa (FDI Regulatory Restrictiveness Index de la OCDE). Las exportaciones de bienes y servicios de España representan el 32,1% de su PIB y su grado de apertura supone el 65% de su PIB⁵. La inversión extranjera en España supone el 51% de su PIB y la inversión de España en el extranjero supone el 46% de su PIB hasta el punto que en el año 2014 las empresas españolas se habían adjudicado licitaciones en el extranjero por valor de 52.700 millones de euros.

El español es la segunda lengua nativa más hablada del mundo; por encima de 500 millones de hablantes; es el segundo idioma de comunicación internacional y la segunda lengua de comunicación en Internet; es la segunda lengua estudiada como idioma extranjero y, por ejemplo, se estima que en el año 2050 Estados Unidos será el primer país hispanohablante del mundo. El «PIB del español» en el mundo se sitúa en 4,5 billones de dólares⁶. El idioma español tiene una importancia creciente para los negocios. Todo ello implica contar con un potencial entorno que se puede calificar de «amigable» para los hispanohablantes en el mundo del arbitraje internacional.

Desde un punto de vista microeconómico, el hecho de que un país o una ciudad pueda llegar a convertirse en importante sede de arbitrajes, especialmente arbitrajes internacionales, no es algo desdeñable. No existen muchas evidencias empíricas en nuestro entorno sobre las consecuencias económicas de que una sede, país o ciudad, alcance la condición de gran sede de arbitraje internacional. Pero podemos citar como ejemplo un reciente estudio llevado a cabo sobre el impacto que el arbitraje y el arbitraje internacional habría tenido sobre la ciudad de Toronto (Canadá), en donde se afirma que, «*in summary, we estimate the total impact of arbitration on the economy of the City of Toronto to be \$256.3 million in 2012, growing to \$273.3 million in 2013*»⁷.

España cuenta además con el Club Español del Arbitraje, asociación sin ánimo de lucro dedicada a promover el recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos, así como a desarrollar el arbitraje en lengua española y portuguesa o con componente iberoamericano. Constituido en el año 2005 por un grupo de profesionales especialistas en arbitraje internacional, reúne en la actualidad a más de 1.000 socios de 40 países en Europa, América, Asia y África, todos ellos expertos en arbitraje, que han contribuido a la consolidación de una comunidad arbitral internacional en lengua española y portuguesa.

El CEA promueve la consecución de sus objetivos a través de sus 30 capítulos internacionales en Europa, América y Asia y, en la actualidad, nuevos capítulos están formalizando su constitución.

⁴ Exposición al exterior (Comercio Exterior + IED), lo cual supone el 166% del PIB, cifra que es superior a la de Francia e igual a la de Alemania.

⁵ Grado de apertura = X+M de BBySS/PIB

⁶ Fuente: Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y de Cooperación-DG de Relaciones Económicas Internacionales.

⁷ Informe elaborado por Charles Rivers Associates, Toronto. 2012.

Recientes estudios llevados a cabo en España concluyen que el arbitraje, como fórmula de solución de conflictos, es una opción válida para un 47% de las empresas consultadas. Respecto del arbitraje internacional es considerado como el método idóneo para un 87% de las empresas consultadas, como fórmula de resolución de disputas con algún elemento de internacionalidad⁸.

A pesar de todos los datos expuestos previamente, la realidad es que el arbitraje internacional en España no ha alcanzado el grado de desarrollo que le correspondería como país y no es, en la actualidad, la gran sede de arbitraje internacional que podría llegar a ser.

Cuando abordamos la cuestión del arbitraje internacional ahora lo hacemos bajo una doble perspectiva.

Por una parte, nos referiremos a todos aquellos conflictos que puedan afectar a empresas españolas con empresas extranjeras o con otras empresas españolas que, según la Ley 60/2003, de Arbitraje, en adelante Ley de Arbitraje, pudieran ser considerados como arbitrajes internacionales.

Por otra parte, conflictos entre dos o más empresas extranjeras que decidan voluntariamente fijar su sede en España para solucionarlo a través del arbitraje.

Respecto del primer grupo, pretender que el 100 por 100 de estos conflictos elijan España como sede para solucionarlos a través del arbitraje internacional es utópico. Pero entre esa aspiración utópica y la realidad actual hay un vacío importante que se ha analizado en el Informe.

Respecto del segundo grupo, a pesar de que existen claros nichos de mercado en los que España puede resultar un foro alternativo y neutral muy interesante, la realidad es que el vacío en este ámbito es también importante.

En muchos de los ámbitos que analizamos se puede afirmar *a priori* que España se encuentra bien posicionada, incluso muy bien posicionada, para ser potencial sede de arbitraje internacional, lo cual nos debe llevar a reflexionar sobre las razones por las que, a pesar de ello, a fecha de hoy siga sin serlo.

La exposición de motivos de la Ley 60/2003 señalaba que uno de sus objetivos era el impulso del arbitraje internacional y la promoción de España como sede de arbitrajes internacionales. En este sentido dirá que:

España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional (...) La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es tributaria de esta vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1.094/1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que el «incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común». Esta ley prolonga esa sensibilidad, esa vocación y esa práctica, pero con la pretensión de producir un salto cualitativo. (...) La Ley Modelo responde a un sutil compromiso entre las tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona producto de un cuidado estudio del derecho comparado. Su redacción no responde, por ello, plenamente a los cánones tradicionales de nuestro

⁸ Primer estudio de Arbitraje en España, dirigido por D.^a Marlen Estévez. Universidad Pontificia de Comillas, Association of Corporate Counsel, Roca Junyent Abogados.

ordenamiento, pero facilita su difusión entre operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales. Los agentes económicos de dichas áreas adquirirán, por tanto, mayor certidumbre sobre el contenido del régimen jurídico del arbitraje en España, lo que facilitará y aun impulsará que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje (...).

A pesar de las buenas intenciones de la Ley de Arbitraje la realidad es que desde su promulgación hace 15 años no se ha producido un incremento significativo del arbitraje internacional en los que las partes eligen España como sede para resolver sus conflictos.

Latinoamérica es una prioridad política, social y económica para España⁹. En cuanto a las relaciones comerciales, cabe mencionar la tendencia positiva de las exportaciones españolas, donde destacan bienes de equipo, automóviles y alimentos, sumado a las importaciones de materias primas, aunque recientemente han disminuido, consecuencia en gran parte por el descenso de los precios del petróleo. Los datos anteriores permitieron que en 2015 se registrase un saldo comercial positivo por primera vez en muchos años. En 2016 vuelve a ser negativo, pero cercano al equilibrio.

En materia de inversión, Latinoamérica ha constituido tradicionalmente una prioridad para las empresas españolas. En 2014, último año disponible para el *stock* de inversión extranjera directa (IED), Latinoamérica fue el destino de una tercera parte de inversión directa de España en el exterior, con cerca de 125.000 millones de euros. Sin embargo, si observamos la evolución de los flujos, encontramos una caída de los mismos en los últimos años, en línea con la tendencia mundial de reducción de inversión en países emergentes, aunque concentrada en pocos sectores y por parte de un reducido número de grandes empresas. Por otro lado, las inversiones latinoamericanas en España suponen menos de una décima parte de nuestro stock de IED recibida, y son muy limitadas en cuanto a su origen, con México y Brasil acaparando conjuntamente casi el 90 % de las mismas.

Transcurridos más de quince años desde la promulgación de la Ley de Arbitraje los datos no pueden ser optimistas. La vocación de la Ley 60/2013 de que España fuera lugar del arbitraje internacional, con especial incidencia de las áreas geográficas de Latinoamérica, no se ha cumplido¹⁰.

La métrica es fácil en nuestro caso: número de arbitrajes internacionales cuya sede se hubiera fijado en España. Las Cortes de Arbitraje Españolas carecen de suficiente relevancia, en el ámbito del arbitraje internacional, en función del número de procedimientos internacionales que han administrado hasta el momento presente. Su número es muy reducido.

Plantearnos las razones de esta situación se efectúa, además, en el «*momentum*» idóneo. Por una parte, disponemos ya de una suficiente perspectiva histórica desde el año 2003, fecha de la promulgación de la Ley de Arbitraje, que nos permite apreciar las razones por las que España no es en la actualidad la sede de arbitraje internacional que le correspondería y que todos ansiamos.

⁹ Fuente: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo-Secretaría de Estado de Comercio. Marzo 2017.

¹⁰ La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, si bien establece un único régimen para el arbitraje, independientemente de si es nacional o internacional siguiendo la doctrina monista, establece en su artículo 3.1 una serie de criterios para determinar cuándo un arbitraje debe considerarse como internacional: a) que en el momento de la celebración del convenio arbitral, el domicilio de las partes esté en Estados diferentes; b) que el lugar del arbitraje, o de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el que la controversia tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; c) que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

Por otra parte, existe una corriente imparable de sedes, potencialmente competidoras con España, dispuestas a posicionarse en el mercado del arbitraje internacional con una pretensión de abarcar todos aquellos nichos de mercado no cubiertos convenientemente. España no puede quedar al margen de esta corriente de búsqueda de su posición en el mercado del arbitraje internacional.

Estas han sido las razones por las que el CEA decide constituir la Comisión para promover España como sede de arbitraje internacional.

2.2. Método de trabajo

La Comisión para Promover España como sede de arbitraje internacional ha seguido un método de trabajo utilizado en ámbitos y situaciones que podríamos considerar, de alguna forma, similares.

Un primer precedente es el de la «*Comisión Especial para la determinación, estudio y propuesta de solución de los problemas planteados en la aplicación del Ordenamiento Jurídico-Económico*», constituida mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de enero de 1995 y adscrita funcionalmente en el seno de la Secretaría de Estado de Economía, del Ministerio de Economía y Hacienda. Su composición fue determinada por Resolución de 6 de noviembre de 1995 de la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda. El secretario de esta comisión fue D. J. Félix de Luis.

El segundo precedente que podemos señalar y que ha utilizado un método de trabajo similar es el descrito en el caso «*Fundación del Teatro Lírico: Teatro Real*», febrero 2004 —IESE. Business School. Universidad de Navarra—, que explica cómo se gestó y llevó a cabo la rehabilitación de este coso operístico que en la actualidad es un claro referente a nivel global.

En ambos casos, el método de trabajo fue similar y consistió —básicamente— en una consulta a todos aquellos directamente afectados:

- En el caso de la «*Comisión Especial para la determinación, estudio y propuesta de solución de los problemas planteados en la aplicación del Ordenamiento Jurídico-Económico*» fueron consultados los operadores económicos —grande, mediana y pequeña empresa agrupados por diferentes sectores y actividades— a quienes se preguntó cuáles eran, en su opinión, las modificaciones precisas a realizar en el Ordenamiento Jurídico-Económico que facilitarían y o promovieran la actividad económica en España.
- En el caso de la «*Fundación del Teatro Lírico: Teatro Real*» fueron consultados todos los potenciales usuarios, en su más amplio sentido, del Teatro Real de Madrid a quienes se les preguntó sobre las características que, en su opinión, eran consideradas necesarias para que dicho coso operístico pudiera alcanzar la categoría de referente en el ámbito operístico internacional, tal y como es en la actualidad.

Para desarrollar sus trabajos la Comisión ha contado con la colaboración de todos aquellos «*arbitration practitioners*»¹¹ que, voluntariamente, han decidido participar. La

¹¹ «*Arbitration practitioners*»: anglicismo que tiene difícil traducción al castellano y que se refiere a todos los profesionales que desarrollan su actividad en torno al arbitraje internacional. La traducción literal de «usuarios del arbitraje» u «operadores del arbitraje» no se considera equivalentes en cuanto son bastante más restrictivas.

participación en los trabajos de esta comisión ha estado abierta a todos aquellos que así han decidido hacerlo desde su constitución. El CEA ha publicitado suficientemente la existencia y fines de esta comisión.

La creación de la Comisión ha ido seguida de la configuración de un equipo competente, brillante y alineado, que ha tenido como fruto este Informe. Dentro de este equipo destacan la participación de insignes catedráticos cuya aportación queda reflejada en el Informe y se quiere ahora destacar¹².

Una vez delimitado el método de trabajo basado en la idea de consulta como punto de partida, se han utilizado los parámetros que, tradicionalmente y bajo una perspectiva internacional, hacen que un país/ciudad sea considerado una buena sede de arbitraje internacional.

Los parámetros que se utilizan para medir las ventajas de un país/ciudad como buena sede de arbitraje internacional son los siguientes: i) legislación; ii) regulación/reglamentación; iii) apoyo judicial; iv) Corte de Arbitraje Española de referencia en el ámbito internacional; v) «*arbitration practitioners*»; vi) formación; vii) ventaja-país; viii) promoción.

Se han comparado estos parámetros, desde la perspectiva española, con los de las principales sedes de arbitraje internacional, fueran o no de nuestro entorno. Se ha pretendido dar a los trabajos de la Comisión una perspectiva claramente global, sin quedar circunscritos a ningún área geográfica. Existen notables modelos de éxito recientes en el ámbito del arbitraje internacional, lejanos geográficamente hablando como es el caso de HKIAC y SIAC citados, pero susceptibles de ser analizados y utilizados como referencia.

Una vez identificados estos parámetros, con el fin de conseguir un mejor análisis y estudio, se han agrupado y distribuido entre tres subcomisiones constituidas en el seno de la Comisión. La Subcomisión 1 ha analizado los parámetros de legislación; regulación/reglamentación y apoyo judicial. La Subcomisión 2 ha abordado los parámetros de Institución Arbitral Española de referencia y «*arbitration practitioners*». La Subcomisión 3 ha analizado los parámetros de formación, ventaja-país y promoción.

Una vez definidos los parámetros y distribuidos entre las estas tres Subcomisiones, se ha trabajado durante un año en su análisis y comparación por todos aquellos que han decidido voluntariamente participar en los trabajos de la Comisión.

En el ámbito de cada una de las Subcomisiones han sido propuestas diferentes iniciativas, por escrito en algunos casos y verbalmente en otros, que han sido analizadas y discutidas en diversas reuniones; con un carácter más reducido cuando ha sido considerado conveniente. No todas las propuestas planteadas en la Comisión han sido incorporadas a su Informe, pero todas han sido suficientemente valoradas y analizadas.

Una vez que se ha considerado que los trabajos de cada una de las Subcomisiones estaban suficientemente debatidos se ha procedido a la elaboración de un borrador de Informe que posteriormente ha sido incorporado al Informe final.

El presidente de la Comisión, D. J. Félix de Luis, y los secretarios, D. Víctor Bonnín y D. Luis Fernando Rodríguez, han adoptado un rol muy activo en el desarrollo de sus trabajos. Han propuesto diferentes iniciativas en cada una de las tres subcomisiones, han promovido su discusión, han participado en todas las deliberaciones llevadas a cabo

¹² D.^a Pilar Perales Viscasillas, catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid; D. José Carlos Fernández Rozas, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid; y D. Rafael Illescas, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

y han asistido a todas las reuniones que se han celebrado en su seno. Finalmente, han redactado varios borradores de las tres subcomisiones y el informe final de la Comisión.

El análisis de cada uno de los parámetros y su disposición en el Informe tiene un carácter consecutivo. En este sentido podemos anticipar que, para que España pueda ser una importante sede de arbitraje internacional, deberá contar con una adecuada legislación y un adecuado apoyo judicial como punto de partida.

Una vez quede acreditado que disponemos de la adecuada legislación y apoyo judicial, España debe contar con una institución arbitral española de referencia —Corte Española de Referencia en adelante— en el ámbito del arbitraje internacional, quien deberá asumir, sin duda alguna, un claro liderazgo.

Por último, una vez dispongamos de esta Corte Española de Referencia se deberán realizar las necesarias actividades de promoción de España como sede de arbitraje internacional.

2.3. Propuestas contenidas en el informe

2.3.1. Regulación y Aspectos judiciales

2.3.1.1. Legislación

Podemos afirmar desde el punto de vista de legislación que España cuenta, *a priori*, con una buena normativa en materia de arbitraje. La vigente Ley 60/2003, que deroga la anterior Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, es una ley general aplicable tanto al arbitraje interno como internacional.

La regulación unitaria en la ordenación del arbitraje toma como referente principal la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) de 1985 —en adelante Ley Modelo— que se gestó en un organismo de codificación internacional: la CNUDMI. Aunque la Ley Modelo se concibió específicamente para el arbitraje comercial internacional, su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno.

En lo que concierne a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, la Ley 60/2003 se inscribe en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria de ambos aspectos, como alternativa a una regulación dualista en la que el arbitraje internacional es regulado, totalmente o en gran medida, por preceptos distintos. La regulación unitaria permite que, al margen de cuestiones muy específicas, el arbitraje interno y el internacional descansen en los mismos preceptos.

La regulación de la Ley de Arbitraje no sólo se ha ocupado de introducir una definición de arbitraje internacional en su artículo 3, sino que resuelve algunas cuestiones relativas al arbitraje internacional:

- a) El artículo 9.6 en cuanto incorpora una regla de conflicto alternativa para privilegiar la validez del acuerdo de arbitraje y la arbitrabilidad de la controversia, que se justifica solo en presencia de un elemento extranjero.
- b) La posibilidad de elegir libremente la ley aplicable al fondo de la controversia, como una de las grandes novedades de la Ley 60/2003, en cuanto en su artículo 34.2, en relación con el arbitraje internacional, permite a las partes elegir los estándares legales aplicables, constituyendo un cambio notable ya que el pre-

cepto utiliza término «*normas jurídicas*» en lugar de «*derecho*», como disponía la antigua Ley 36/1988 de Arbitraje.

- c) El artículo 39.5 que amplía el plazo para la corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo.

La Ley 60/2003 es, además, una ley general aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en ella o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad, como destaca su exposición de motivos.

España, además, es parte de los tratados internacionales más importantes en materia de arbitraje: i) Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; ii) Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1927; iii) Convención de Washington sobre el Arreglo de Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

España también ha firmado acuerdos bilaterales sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras, incluidos los laudos arbitrales, y cuenta con un número amplio de tratados bilaterales de inversión que incluyen cláusulas de arbitraje.

Como conclusión se considera que la vigente Ley 60/2003 es una buena ley, válida en la actualidad y conforme con los estándares internacionales y países de nuestro entorno con vocación de ser sede de arbitraje internacional. Por lo tanto, desde el punto de vista de «legislación» en cuanto parámetro utilizado en el Informe en sentido amplio, se considera que España se encuentra en una buena situación para ser, potencialmente, una buena sede de arbitraje internacional.

A pesar de ello, en el Informe se ha analizado y discutido la cuestión de actualización de la Ley 60/2003, pero siempre teniendo en cuenta dos premisas:

- Por una parte, siendo conscientes de que cualquier modificación debe ser realizada bajo un principio de prudencia.
- Por otra parte, la reflexión sobre la conveniencia de una regulación unitaria del arbitraje nacional y del internacional se mantiene. Y ello a pesar de que una regulación dual pudiera aproximarnos a sistemas de nuestro entorno, como sería el caso de Francia y Suiza, muy competitivos y activos en el ámbito del arbitraje internacional.

El Informe formula dos propuestas sobre la Ley 60/2003:

- La primera de ellas se refiere a diversas propuestas para su actualización con el fin de acomodarla a la Ley Modelo, en su versión de 2006. A pesar de que se considera que España cuenta con una buena legislación en la materia —en el momento de su promulgación se consideró un gran avance, y no pequeño, respecto de la anterior Ley 36/1988— debemos ser conscientes de que la vigente Ley 60/2003 cuenta ya con quince años de vida lo cual plantea la conveniencia de, cuando menos, su actualización, y al estar inspirada en la Ley Modelo de 1985, la revisión de esta última en el año 2006 hace precisa la actualización de nuestra ley.

No parece que la necesidad de actualizar la Ley 60/2003 a las modificaciones introducidas en el año 2006 en la Ley Modelo requiera demasiada justificación, máxime cuando el propio legislador señalaba ya en la exposición de motivos en el año 2003 que se inspiraba en aquella.

Las propuestas de actualización que se recogen en el Informe se refieren a aspectos como son los referidos a: i) reglas de interpretación; ii) definición y forma del convenio

arbitral; iii) medidas cautelares; iv) reconocimiento y ejecución de laudos y v) normas aplicables a la controversia.

- La segunda propuesta en relación con la legislación se concentra en ciertas modificaciones referidas al fomento de la competitividad de España como sede de arbitraje internacional.

Debemos ser conscientes, como punto de partida en este ámbito, que sin una respuesta judicial predecible y clara, capaz de proporcionar seguridad y certeza respecto de los laudos que sean dictados en un procedimiento arbitral con sede en España, no podremos contar con que nuestro país pueda ser una gran sede de arbitraje internacional.

Las propuestas que se formulan en el Informe para el fomento de la competitividad de España se hacen con el ánimo de poder disponer de un sistema alineado con los países de nuestro entorno. España no puede quedar al margen de la corriente europea, como ejemplo cercano, que utiliza el arbitraje internacional, cada vez más, como un medio para la solución de conflictos. Estas propuestas recogidas en el Informe hacen referencia a los siguientes aspectos: i) renuncia a la acción de anulación; ii) regulación de la acción de anulación en el arbitraje internacional y iii) recurso en interés de la ley.

2.3.1.2. Regulación-reglamentación

En el Informe se analiza la utilización del parámetro regulación-reglamentación, proveniente del ámbito del arbitraje internacional y que comprende diferentes aspectos de la práctica arbitral española que sería muy interesante fueran explicados en el ámbito internacional, con una clara finalidad de difusión y promoción.

Se trataría, en definitiva, de la utilización de la técnica del *soft law* —no llega si quiera al alcance de regulación en un sentido estricto de técnica jurídica española— de determinados aspectos de la práctica arbitral con componente español y referido al arbitraje internacional, con un carácter recopilatorio en unos casos y en otras con carácter informativo, tal y como ha ocurrido en otros ámbitos. Un ejemplo en el ámbito del arbitraje en España es el Código de Buenas Prácticas que está desarrollando el CEA, que sería en su caso, un complemento a la técnica del «*soft law*».

Así, bajo este parámetro de regulación-reglamentación podrían incluirse, entre otros, los siguientes aspectos: i) *third party funding*, y la posibilidad de su uso en España; ii) procedimientos abreviados, regulación y uso en España, iii) *early dismissal*, regulación y uso en España; iv) políticas de control de tiempo y gastos en los procedimientos de arbitraje tramitados en nuestro país, recomendaciones y uso en España, v) «*arbitration practitioners*» y su situación en España.

Como conclusión, en relación con el parámetro «regulación-reglamentación», se considera muy conveniente su utilización como forma de promoción de España como sede de arbitraje internacional y método para trasladar a la comunidad arbitral internacional muchas de las características y ventajas de nuestro país como sede de arbitraje internacional.

2.3.1.3. Apoyo judicial

En el ámbito del arbitraje internacional un adecuado apoyo judicial es considerado como un elemento esencial que puede hacer que un país sea, o pueda llegar a ser, gran sede de arbitraje internacional.

Carecer del citado apoyo judicial dificultaría enormemente alcanzar el objetivo de promocionar España como sede de arbitraje internacional.

Resulta necesario, además, que el sistema judicial en nuestro país esté familiarizado con los sistemas autocompositivos, tenga un conocimiento adecuado de ellos y apoye de forma decidida su uso y sus consecuencias. Debemos ser conscientes de que el apoyo judicial precisa de miembros de la carrera judicial competentes, eficientes y con conocimiento y experiencia suficiente en el ámbito del arbitraje internacional, capaces de generar suficiente confianza en sus potenciales usuarios, desde luego los nacionales, pero especialmente los extranjeros.

El apoyo judicial debería abarcar los siguientes aspectos: i) nombramiento de árbitros; ii) adopción de medidas cautelares; iii) auxilio en la práctica de prueba; iv) reconocimiento y ejecución de cláusulas arbitrales, órdenes y laudos; v) anulación de laudos; vi) admisión de documentos y escritos en inglés, preferentemente, sin necesidad de traducción previa al español.

Los precedentes en este sentido son escasos en España, debido a la poca práctica del arbitraje internacional desarrollada en nuestro país. Pero si hemos partido de la base de que en la actualidad no se considera procedente una regulación dual que enfrente el arbitraje nacional con el arbitraje internacional, la regulación unitaria actual y, lo que es más importante, la *praxis* que hasta el momento se ha producido en el ámbito nacional respecto del apoyo judicial, puede ser trasladada al arbitraje internacional sin dificultades.

Ello nos conduce a la pregunta sobre si los «*arbitration practitioners*» están satisfechos con el apoyo judicial que hasta el momento se presta en el ámbito del arbitraje nacional. A priori, podemos señalar que en el ámbito del arbitraje nacional no se han recibido señales preocupantes sobre una falta de apoyo judicial en relación con las diversas cuestiones que exponíamos, que pudiera hacernos dudar de su eficacia si lo trasladamos al ámbito del arbitraje internacional que hiciera merecedor de propuestas con el fin de fortalecerlo. Y ello al margen de algunas propuestas efectuadas sobre la admisión de documentos y escritos en lengua distinta a la española, preferentemente en inglés, y las diversas medidas expuestas dirigidas a fomentar la competitividad de España como sede arbitraje internacional.

Una última consideración queremos realizar en relación con el parámetro de «apoyo judicial». La complejidad del arbitraje internacional exige, y hace deseable, desde luego, que jueces y magistrados tengan la oportunidad de acceder a todas aquellas novedades y desarrollos que de forma continua se producen en este ámbito, especialmente en lo que concierne a la interpretación y aplicación de las normas.

Para conseguir una jurisprudencia de calidad alineada con las necesidades del arbitraje internacional que favorezca la elección de España como sede se propone la necesaria coordinación del CEA con el Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de la Escuela Judicial en su caso —o en cualquier otro foro que pudiera considerarse oportuno— para que jueces y magistrados reciban con carácter inmediato cualquier novedad que se produzca en relación con el arbitraje internacional. En la actualidad, en el ámbito del Consejo General del Poder Judicial, existe un equipo de magistrados que hace esta labor en lo que respecta a las novedades emanadas del TJUE y del TEDH que podría servir como claro precedente para realizar lo mismo en el ámbito del arbitraje internacional.

Como conclusión en relación con el parámetro «apoyo judicial», se considera que en la actualidad el que se presta en el ámbito del arbitraje nacional es válido y trasladable al ámbito del arbitraje internacional, siendo conforme con los estándares internaciona-

les y países de nuestro entorno. Por lo tanto, desde este punto de vista, se considera que España se encuentra en una buena situación para ser, potencialmente, una buena sede de arbitraje internacional.

2.3.2. Institución Arbitral Española de Referencia en el ámbito internacional y «arbitration practitioners»

2.3.2.1. Institución Arbitral Española de Referencia en el ámbito internacional

España carece en la actualidad de una Institución Arbitral Española de Referencia en el ámbito internacional, en adelante Corte Española de referencia. Este es un hecho que podemos considerar indubitado. Solo las tres principales instituciones arbitrales españolas, todas ellas con sede en Madrid, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA, Corte Española de Arbitraje y Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, han conseguido destacar en el mercado del arbitraje nacional. Pero ninguna de ellas puede ser considerada un claro referente a nivel internacional.

La firma el pasado 18 de diciembre de 2017 de un MoU (memorando de entendimiento) entre las tres principales instituciones arbitrales referidas; con el objetivo de crear una sola entidad en el ámbito del arbitraje internacional, puede ser el embrión de esta Corte Española de referencia que el sector demanda.

Este MoU, muy preliminar, simplemente recoge la intención de crear una comisión que trabajará para establecer las bases del proyecto. La integración se limita, al menos en una etapa inicial, al ámbito del arbitraje internacional.

Este proyecto de unificación a punto de ser concluido, está siendo negociado en la actualidad por las tres instituciones arbitrales antes referidas, de forma completamente autónoma y se observa esta iniciativa con enorme expectación.

El proyecto de unificación generará, sin duda alguna, una vis atractiva respecto de otras Cortes de Arbitraje que, en su caso, podrían decidir su incorporación a este proyecto.

Podemos concluir en relación con el análisis del parámetro de «Corte Española de Referencia» que su existencia es un elemento esencial para la consecución del objetivo de que nuestro país puede llegar a ser gran sede de arbitraje internacional, por una doble razón. Debe ser el receptor potencial e idóneo de los arbitrajes internacionales que fijen su sede en España. Además, le corresponde en una parte muy importante la promoción de España como sede de arbitraje internacional.

2.3.2.2. Proyecto de acuerdo de sede entre la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y el Reino de España

Íntimamente ligado a la cuestión de la necesidad de una Corte Española de Referencia se ha analizado otro de los proyectos más ilusionantes que demuestra que España puede ser una buena opción como sede de arbitraje internacional: la eventual firma de un Acuerdo de Sede entre la Corte Permanente de Arbitraje, CPA en adelante, y el Reino de España.¹³

¹³ Información extraída de la página web de la PCA: <https://pca-cpa.org/en/relations/host-country-agreements/>

Los mecanismos de resolución de disputas administrados por la CPA incluyen el arbitraje, la mediación, la conciliación, así como comisiones de investigación. Para que estos mecanismos resulten más accesibles, la CPA celebra «acuerdos de sede» con Estados que son partes contratantes de las *Convenciones para la Resolución Pacífica de Controversias* de 1899 y 1907.

Mediante los acuerdos de sede, el Estado receptor, España en nuestro caso, y la CPA establecen un marco legal en el que los futuros procedimientos administrados pueden sustanciarse más fácilmente en el territorio del Estado receptor. El acuerdo permite que los árbitros, mediadores, conciliadores o miembros de una comisión de investigación, el personal de la propia CPA y los participantes en dichos procedimientos, puedan desarrollar sus funciones en condiciones similares a las que garantiza el «*Acuerdo de la Sede de la CPA con el Reino de los Países Bajos*».

El proyecto de acuerdo de sede es visto como una gran oportunidad para los objetivos de que España adquiera visibilidad en el ámbito del arbitraje internacional y pueda llegar a ser una gran sede de arbitraje internacional.

La firma de un acuerdo de sede sería una excelente noticia para la comunidad arbitral española. El hecho de que este proyecto se encuentre en marcha demuestra que España atrae, de manera potencial, la atención de actores importantes en el ámbito del arbitraje internacional.

2.3.2.3. «*Arbitration practitioners*»

El concepto de «*arbitration practitioners*» es utilizado en el Informe para comprender todos aquellos profesionales que contribuyen, participan —desde cualquier vertiente— y dan sostén al sistema de resolución de disputas mediante el arbitraje.

La práctica del arbitraje internacional involucra no solo a los árbitros y abogados de las partes, sino a otros muchos profesionales de distintos ámbitos, tales como peritos de diversos campos, empresas proveedoras de servicios administrativos, expertos en distintas ramas del derecho, personal de instituciones privadas y organismos públicos, traductores, etc. Todos ellos permiten que sistema del arbitraje internacional en su conjunto sea posible.

La Comisión ha analizado las actividades desarrolladas por los «*arbitration practitioners*», bajo diversas perspectivas poniendo especial atención a la existencia de eventuales trabas u obstáculos que lo pudieran dificultar para recomendar su eliminación.

Podemos anticipar que, afortunadamente, no existen trabas u obstáculos y los «*arbitration practitioners*» gozan en España de un marco legal favorable que les permite el ejercicio de su función. Se ha analizado la situación de los «*arbitration practitioners*» y de la función función arbitral bajo diferentes perspectivas como son: i) inmunidad de la actuación del árbitro extranjero en España; ii) ejercicio de la función letrada; iii) cuestiones fiscales; y iv) libre circulación.

Como conclusión en relación con el análisis del parámetro de «*arbitration practitioners*» el Informe destaca que las actividades que prestan no están sujetas a ningún obstáculo cuando realizan su labor en España o desde el extranjero en procedimientos arbitrales internacionales cuya sede sea España.

No obstante, se considera muy conveniente que este hecho goce de la máxima publicidad y que deba ser promocionado por España en el ámbito del arbitraje internacional.

2.3.3. *Ventaja-país y promoción*

En el Informe se ha analizado las cuestiones que se han incluido bajo el parámetro «Ventaja-país y Promoción» que comprende todo lo relativo a i) formación, ii) ventaja-país y iii) promoción. Siempre bajo una perspectiva del arbitraje internacional.

2.3.3.1. *Formación*

Como formación habría que considerar el conjunto de actividades cuya finalidad sea explicar todo lo relativo al arbitraje como medio para la solución de conflictos, con especial énfasis en el arbitraje internacional. Esta formación debería abarcar sus características, sus ventajas, costes, entre otros aspectos de tal suerte que nos permita conseguir una masa crítica con suficiente cultura arbitral.

En la actualidad no existe en España, a diferencia de otros países de nuestro entorno, una adecuada formación en el ámbito del arbitraje y, en especial, en el ámbito del arbitraje internacional.

La actividad de formación debe ser acometida a la mayor brevedad e implicar a la mayoría de «*arbitration practitioners*». La formación, en el ámbito del arbitraje internacional, podría abordarse en los siguientes ámbitos: i) usuarios del arbitraje internacional; ii) estudios universitarios sobre arbitraje internacional y iii) programa de formación, máster o curso sobre arbitraje internacional. Que España pueda contar con un programa de formación de suficiente entidad permitiría posicionarnos como fuente productora de profesionales de referencia en este campo. Además, permitiría actuar como lugar desde el que promover trabajos, estudios, ensayos, proyectos, nuevas ideas de repercusión internacional en el mundo académico relacionados con el arbitraje internacional. Todo lo cual ayudaría a situar a España en el mapa del arbitraje internacional.

2.3.3.2. *Ventaja-país*

En relación con el parámetro de «ventaja-país» España cuenta con enormes y variados activos que le permitirían posicionarse, desde este punto de vista, muy fácilmente como gran sede de arbitraje internacional. En este sentido, resumidamente podemos señalar que: i) España es la cuarta economía de la zona Euro y la quinta economía de la Unión Europea, bajo una perspectiva macroeconómica y es considerada por empresas extranjeras, básicamente europeas y de alguna forma creciente asiáticas, como un trampolín para hacer negocios en Latinoamérica y a la inversa, para que las empresas latinoamericanas aborden los mercados europeos desde nuestro país. Esto convierte, de alguna forma, a España en un potencial «foro natural» para el arbitraje internacional entre países latinoamericanos y países europeos; ii) España goza de una serie de ventajas para erigirse como sede de referencia en controversias con un componente latinoamericano. Por razones históricas, culturales, lingüísticas y jurídicas, entre otras muchas, España goza de una relación especial con Latinoamérica desde hace más de 500 años, de tal suerte que podría actuar como una sede independiente para resolver conflictos entre empresas de Latinoamérica o en conflictos entre estas con partes asiáticas o con empresas del resto de Europa. Otro tanto ocurre respecto de las empresas asiáticas e incluso norteamericanas.

En definitiva, España puede jugar un claro papel triangular en el ámbito del arbitraje internacional entre Latinoamérica y Europa, por una parte, así como entre Latinoamérica y Asia.¹⁴

Al margen de las ventajas anteriores, en el Informe se hará referencia a otras como son: i) similitud de su derecho de obligaciones y contratos con el de otros países, fundamentalmente latinoamericanos; ii) posición geográfica de España; iii) coste de los servicios y actividades logísticas en España; iv) proximidad geográfica de España a los mercados del norte de África y Oriente Medio; v) España como potencia turística y cultural; con un clima es excepcional comparados con los países del norte de Europa. Las características expuestas en relación con este parámetro delimitan, además, nuestros nichos de mercado en el ámbito del arbitraje internacional.

2.3.3.3. Promoción

Una vez expuestas las importantes ventajas-país de las que dispone España como potencial sede de arbitraje internacional, la siguiente cuestión que debemos abordar es si éstas se promocionan y si se realiza de forma adecuada y suficiente.

En el Informe se explica que se ha considerado que las actividades de promoción de España como sede de arbitraje internacional son muy deficitarias: o no se hace o se realiza de forma claramente insuficiente. Se considera que esta situación es consecuencia, en gran parte, de la falta de una Corte Española de Referencia en el ámbito del arbitraje internacional, a la que le correspondería en gran medida el liderazgo en materia de promoción.

España cuenta, nadie lo discute, con una adecuada «marca» a nivel global: Marca España. También dispone de ella en el ámbito del arbitraje internacional, cuenta con el CEA, quien organiza con carácter anual un Congreso que puede ser considerado como un modelo de éxito¹⁵. Pero no se puede afirmar que España cuente, en el ámbito del arbitraje internacional, con una adecuada «marca» que le haga suficientemente atractiva y atrayente para su designación como sede de arbitraje internacional. De nuevo, la métrica no admite discusiones: el número de arbitrajes internacionales que fijan su sede en España es muy reducido.

El CEA dispone en el exterior de capítulos internacionales, pero también es cierto que durante todos estos años la actividad de *marketing* que ha realizado en el extranjero

¹⁴ En el año 2015, organizado por D. J. Félix de Luis, por primera vez se celebró en Hong-Kong un Seminario denominado «*Spanish Arbitration Day*», en el marco de «*Hong Kong Arbitration Week*». En el año 2016 se celebró en Beijing, con motivo del 60 aniversario de la fundación de una de las primeras Cortes de Arbitraje del mundo, CIETAC, un nuevo seminario denominado *Spanish Arbitration Day*. Un año más tarde, en 2017, de nuevo en Beijing con ocasión de su *Arbitration Summit*, posteriormente replicado en Hong Kong, se organizó un *Spanish Arbitration Day with LATAM*: Brasil, Chile y Mexico, siendo invitados «*Arbitration practitioners*» de estos tres países. El año 2018, de nuevo durante la *Arbitration Summit* de CIETAC, se celebró en Beijing un *Spanish Arbitration Day with LATAM: Latest Developments*. Durante 2019 se contempla ya realizar un seminario semejante en Beijing. En todas las ocasiones uno de los ejes centrales del evento ha sido explicar el papel triangular que España puede jugar a la hora de resolver los conflictos, mediante el arbitraje internacional, en las relaciones establecidas entre las empresas de los países asiáticos, China especialmente, y las empresas de los países de Latinoamérica.

¹⁵ Este año 2018 se ha celebrado el Duodécimo Congreso Anual del Club Español del Arbitraje, que ha contado con la asistencia de 420 asistentes, de los cuales 123 han sido extranjeros.

sobre la bondad de España como sede de arbitraje internacional ha sido escasa —seguramente porque era una función que no le correspondía acometer de forma directa—.

En el Informe se recogen diferentes propuestas que se han considerado oportuno realizar en el ámbito de la promoción, como son: i) construcción de espacios para la celebración de audiencias; ii) creación de una página web que promueva España como sede de arbitraje internacional; iii) celebración de la Conferencia ICCA en España; iv) elaboración de un plan de eventos; v) preparación de un folleto y realización de presentaciones para promover España como sede de arbitraje internacional; vi) utilización de «*community managers*».

Muchas de estas propuestas van dirigidas a conseguir una adecuada delimitación del producto España como sede de arbitraje internacional, como es el caso de contar con unas adecuadas instalaciones para la celebración de audiencias en la capital de España. Otras son claramente actuaciones de promoción.

3. CONCLUSIONES

España dispone de un importante potencial para ser una gran sede de arbitraje internacional; en el Informe se explica y las razones por las que en la actualidad no lo es. Además, se han formulado diferentes propuestas que pueden ayudar a lograrlo.

España ocupa, en la actualidad, en el ámbito del arbitraje internacional una posición que no se compadece con las características de nuestro país desde diferentes puntos de vista, el económico es uno de ellos, pero no el único. Posicionar a España como sede de arbitraje internacional puede afectar, de forma muy positiva, a la Marca España y sus beneficios lo serán para todo el país.

Las conclusiones principales que se exponen en el Informe son las siguientes:

1. Desde el punto de vista de los diferentes parámetros utilizados, debemos señalar que su ordenación se ha realizado de manera deliberada, de tal suerte que un grado suficiente de calidad en alguno de ellos, es el caso de los parámetros de «legislación» y «apoyo judicial», es considerado como presupuesto esencial e imprescindible.

España debe contar con una «legislación» que pueda ser considerada como válida y conforme con los estándares internacionales y con un adecuado «apoyo judicial», en el sentido de que podamos disponer de un sistema judicial que sea apreciado en el ámbito arbitral internacional como «amigable con el arbitraje».

Sin la concurrencia de estos dos parámetros y lo que es más importante, si España no es capaz de trasladar a la comunidad arbitral internacional que estos dos parámetros existen y son conformes con los estándares internacionales y países de nuestro entorno, no tendremos cabida en el ámbito del arbitraje internacional como sede.

2. Desde el punto de vista del parámetro «Institución Arbitral Española de Referencia» en la actualidad, no contamos con una Corte Española de Referencia de estas características en el ámbito del arbitraje internacional. Y este es otro requisito que en el Informe se considera imprescindible para poder ocupar una posición relevante.

Esta situación, la carencia de una Corte Española de Referencia, implica un gran lastre para que nuestro país sea sede de arbitraje internacional por un doble motivo: i) No disponer de una institución arbitral de estas características impide que los arbitrajes internacionales que potencialmente quieran fijar su sede en nuestro país encuentren acomodo en España. La Corte Española de Referencia debe ser la receptora natural de los

arbitrajes internacionales que fijen su sede en España; ii) carecer de una institución arbitral de referencia implica que el papel de liderazgo, especialmente en el ámbito de promoción, esté vacío.

El Informe considera como cuestión urgente disponer de la Corte Española de Referencia y ve con enorme expectación el proyecto de fusión, en el ámbito del arbitraje internacional, de las tres principales instituciones arbitrales españolas, probable embrión de la citada Corte Española de Referencia.

3. En relación con otros parámetros, como es el de «*arbitration practitioners*», se considera que España se encuentra muy bien posicionada desde la perspectiva del arbitraje internacional.

En el Informe se expone que las actividades que prestan, o pueden llegar a prestar, en nuestro país los «*arbitraron practitioners*» extranjeros no está sujeta a ninguna traba u obstáculo en relación con procedimientos arbitrales internacionales que fijen su sede en España.

No obstante se considera muy conveniente que esta buena situación sea promovida de manera conveniente en el ámbito de la comunidad arbitral internacional.

4. Desde el punto de vista del parámetro de «ventaja-país» se considera que España se encuentra magníficamente bien posicionada y cuenta con enormes y variados activos que le permitirían competir, en el ámbito del arbitraje internacional, con ventaja para poder situarse como gran sede de arbitraje internacional.

Características como posición geográfica, idioma, sistema legal, comunicaciones, especial relación con Latinoamérica, entre otras, delimitan nuestros potenciales nichos de mercado. Entre ellos destaca Latinoamérica y la posición triangular que podríamos llegar a alcanzar entre este continente y los países de la Unión Europea. También en relación con algunos países asiáticos que están adquiriendo gran protagonismo como inversores en Latinoamérica.

Lamentablemente, consecuencia de la escasa actividad de promoción que estamos realizando, nuestros potenciales nichos de mercado no están siendo convenientemente utilizados y corremos el riesgo de que sean ocupados por instituciones arbitrales extranjeras más activas.

5. Es en el ámbito de la «promoción» donde el Informe expone que la actividad que se realiza por España es muy deficitaria. Ello seguramente es consecuencia de la ausencia de una Corte Española de Referencia a quien correspondería, en gran medida, asumir el liderazgo en esta materia. Otra de las razones estaría motivada por la falta de tradición de nuestro país en el ámbito del arbitraje internacional.

Este déficit de promoción implica que España no haya conseguido trasladar a la comunidad arbitral internacional todas las ventajas que supone fijar la sede en nuestro país.

Debemos ser conscientes de que la actividad de promoción, al margen del liderazgo que antes atribuíamos a la Corte Española de Referencia, corresponde a todos los que integran la comunidad arbitral española, a sus «*arbitration practitioners*». Desde luego al CEA, pero también en diferente grado a los diversos organismos, entidades e instituciones de las diferentes Administraciones Públicas españolas con quienes se debería contar, no solamente para la realización de actividades de promoción, sino también para otras muchas actuaciones.

En el Informe se recogen diversas propuestas en relación con la promoción de España como sede de arbitraje internacional. Sin una suficiente actividad de promoción, de

la que en la actualidad carecemos, el resultado de que España sea sede de arbitraje internacional va a ser difícil conseguir.

6. Una última conclusión queremos destacar. Bajo una perspectiva temporal se ha expuesto a lo largo del Informe la utilización de los lapsos de tiempo de corto/medio/largo plazo.

Debemos ser conscientes de que la consecución de un objetivo de la envergadura como el que ahora se pretende, España como gran sede de arbitraje internacional, es una tarea que puede conseguirse solamente en el medio/largo plazo, en un rango de 25/30 años.

A pesar de que determinados hitos puedan ser conseguidos en un corto/medio plazo de tiempo, el objetivo final es más a largo plazo. Ejemplos que utilizamos en este informe sobre otros países y plazas que en época reciente han conseguido posicionarse de manera muy preferente en el ámbito del arbitraje internacional así lo acreditan. Como también demuestran que la consecución del objetivo que se contempla en el Informe, España como gran sede de arbitraje internacional, es posible.

HACIA LA ARMONIZACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Antonio Hierro Hernández Mora

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS NUEVAS FRONTERAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL. 2.1. Breve historia de la «arbitrabilidad» de determinadas disputas comerciales. 2.2. Ámbito original del arbitraje. 2.3. La posterior extensión del arbitraje a nuevos ámbitos de actividad.—3. HACIA UN SISTEMA GLOBAL DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. 3.1. La aproximación de los procedimientos arbitrales a través de los reglamentos de los centros internacionales de arbitraje y el *soft law*. 3.2. La armonización del derecho sustantivo o material. 3.2.1. Sobre la *lex mercatoria*. 3.2.2. Aproximación a los principios de derecho mercantil en derecho común y en derecho civil. 3.3. La aportación al proceso de las nuevas tecnologías

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional es desde hace más de una década el instrumento preferido de las multinacionales y de las grandes empresas para resolver sus disputas comerciales. Ello pese a que el eficaz funcionamiento de este sistema legal privado depende de la compleja interacción de varios ordenamientos jurídicos. Un único caso puede estar sometido hasta a cuatro sistemas legales distintos, y además a «fuentes» basadas en la convención o la autorregulación. Además de ese complicado panorama regulatorio, existen complicaciones adicionales, como pueden ser los distintos idiomas hablados por las partes y sus distintas culturas y tradiciones legales.

La popularidad del arbitraje como método de resolución de disputas internacionales ha sido confirmada repetidamente a través de la serie de encuestas realizadas por Queen Mary University de Londres desde principios de este siglo. Según la encuesta más reciente (2018) el 97% de las empresas multinacionales encuestadas indica que el arbitraje internacional (aisladamente considerado o junto con otros métodos alternativos de resolución de disputas como la mediación o la conciliación) es su método preferido de resolución de disputas transfronterizas. Asimismo, el 99,6% respondió que probablemente elegirían o recomendarían el arbitraje internacional para resolver disputas transfronterizas en el futuro.

Además de ciertas ventajas generales del arbitraje comercial internacional —la flexibilidad, la especialización del árbitro, la confidencialidad—, existen otras ventajas particulares: la ejecutabilidad de los laudos arbitrales que proporciona la Convención de Nueva York de 1958 en casi todos los países del globo, al contrario de lo que sucede con las sentencias emitidas por los tribunales nacionales, es sin duda la principal. Aunque no la única, pues toda empresa involucrada en una disputa comercial internacional intenta por definición evitar someterse a la jurisdicción del foro de la otra parte y prefiere resolver su disputa en un foro y ante un tribunal arbitral neutrales, y a ser posible aplicando reglas procedimentales conocidas.

Es un hecho constatado, sin embargo, que las leyes nacionales de arbitraje no han conseguido llevar a la institución del arbitraje la armonización y la coherencia que sus usuarios, es decir, las empresas, reclaman.

Por eso, las normas que actualmente regulan el arbitraje comercial internacional son, más que nunca, el producto de la autorregulación, de lo que se ha dado en llamar un «*soft law*». Podríamos aventurarnos a decir que las disposiciones vigentes y que hoy en día regulan la institución han surgido de manera espontánea, pues han sido creadas por los proveedores del servicio —la comunidad internacional, en general, y la comunidad de arbitraje, en particular— después de haber escuchado a los usuarios de dicho servicio. Tal situación se ha dado en todas las áreas del arbitraje.

La primera de estas áreas tiene que ver con la necesidad de superar un obstáculo que, tradicionalmente y de manera totalmente artificial, impedía la extensión del arbitraje comercial internacional a ciertos ámbitos o sectores comerciales regulados por leyes imperativas o de *ius cogens*.

El desarrollo del concepto de la no arbitrabilidad de determinadas materias es, en este sentido, paradigmático. Tradicionalmente, se decía que solo los asuntos que podían ser objeto de transacción podían resolverse mediante arbitraje. Más tarde, el espectro de asuntos se amplió para incluir cualquier derecho del cual las partes pudieran valerse (norma de la Ley Modelo de la CNUDMI) o respecto del cual se ostente una facultad de libre disposición (artículo 2 de la vigente Ley de Arbitraje española de 2003). Como luego veremos, hoy en día nadie puede dudar de que esta regla es aún excesivamente restrictiva en el área del comercio internacional y que, aunque solo sea por razones pragmáticas, dada la incapacidad de los tribunales nacionales para encontrar una solución adecuada para estas disputas, la forma más práctica de avanzar es ampliar la materia arbitrable para incluir en esta categoría cualquier disputa o desacuerdo de naturaleza económica o patrimonial y con una base u origen contractual, siguiendo así el enfoque suizo.

La segunda de estas áreas, que también se ha visto afectada por los esfuerzos de autorregulación emprendidos por la comunidad arbitral, y que ha sido clave para el desarrollo del instrumento que es ahora el arbitraje comercial internacional, se refiere a la unificación y armonización de las reglas o procedimientos que deben encauzar el desarrollo formal de la resolución de la disputa.

Este esfuerzo es esencial, ya que las diferencias existentes entre los países de derecho común y los países de derecho civil con respecto a los conceptos del debido proceso y del procedimiento justo, así como a las «mejores prácticas», eran enormes, hasta el punto de comprometer el principio de igualdad de armas entre las partes, cuya salvaguardia es crucial en todo arbitraje comercial internacional.

Si bien cabe enfatizar que se ha logrado un gran progreso en este sentido, ello no se ha debido a la aproximación de las leyes nacionales de arbitraje, sino a los esfuerzos en pro de la armonización realizados por asociaciones privadas como la International Bar Association (a través de sus reglas y directrices) o la Cámara de Comercio Internacional (a través del trabajo de la Comisión de Arbitraje y ADR), entre otros; así como las medidas adoptadas para armonizar los modelos de procedimiento arbitral, especialmente después de 2010, por las principales cortes internacionales de arbitraje en todo el mundo, cuyas reglas están cada vez más alineadas.

Por último, también debemos llamar la atención sobre el considerable esfuerzo realizado por parte de la comunidad internacional —más allá de los estándares nacionales— para tratar de acercar las instituciones y los principios presentes en las leyes de los distintos países, en ocasiones tan diferentes y distantes dependiendo de si han surgido del ámbito del derecho común o del derecho civil.

Esta es todavía un área que requiere más trabajo, donde los pasos dados por la comunidad internacional (ya sean los INCOTERMS de la CCI o los principios de UNIDROIT,

por citar dos ejemplos) aún tienen que mostrar sus resultados. Sin embargo, se han logrado y se siguen logrando apreciables progresos, debido a la interacción existente entre estas colecciones y normas privadas de legislación, destinadas a los operadores del mercado, y la jurisprudencia de cada uno de los países en los que dichos principios y normas se aplican. De hecho, aunque recientemente han surgido ciertas tensiones —la doctrina legal de la anulación basada en la manifiesta inobservancia de la ley aplicable es un ejemplo— y aún queda mucho por hacer, los pasos que se están dando en el área de la armonización del derecho sustantivo aplicable a la controversia indudablemente van en la dirección correcta.

2. LAS NUEVAS FRONTERAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1. Breve historia de la «arbitrabilidad» de determinadas disputas comerciales

La extensión del arbitraje a sectores de actividad económica excluidos en su día de su ámbito, sin razón que lo justificara, ha conducido a una redefinición de lo que podrían llamarse «las nuevas fronteras del arbitraje comercial internacional», un espacio en el que la inarbitrabilidad se reduce a un conjunto de pequeñas islas rodeadas de un inmenso océano de arbitrabilidad.

2.2. Ámbito original del arbitraje

Originariamente, el arbitraje fue un mecanismo que permitió dar solución a los conflictos que surgían:

- en las relaciones comerciales internacionales entre empresas;
- en el transporte, incluido el marítimo;
- en las relaciones de cooperación entre empresarios (acuerdos de agencia, distribución o franquicia); o
- en la compraventa internacional de mercancías, sujeta o no a la Convención de Viena de 1980.

Un poco más tarde, el arbitraje se extendió a otros sectores, cruciales para el desarrollo del arbitraje internacional, tales como:

- la construcción y los grandes proyectos de infraestructuras;
- el mundo de la energía, en todas sus variadas formas;
- la propiedad intelectual (derechos de autor) e industrial (patentes, marcas, diseños industriales), con determinados límites; o
- la farmacia o la biotecnología, también con límites.

2.3. La posterior extensión del arbitraje a nuevos ámbitos de actividad

Actualmente, el arbitraje alcanza también a otros sectores como:

- el derecho de sociedades, ya se trate de arbitraje societario o estatutario;

- los conflictos derivados de acuerdos parasociales entre socios de una sociedad o en *joint ventures*, un ámbito recurrente para el arbitraje;
- los conflictos derivados de operaciones de compra y venta de empresas.

Más recientemente aún, también se ha extendido:

- al mundo financiero y de los seguros, esto es, al mundo de la banca y los seguros y reaseguros, de los mercados de capitales, de la gestión de patrimonios y de las sociedades de inversión;
- al derecho sucesorio testamentario (las disputas sobre *trusts*, tan frecuentes en los países anglosajones);
- al derecho concursal;
- al deporte (TAS de Lausana);
- al derecho de la competencia (casos Mitsubishi en USA o Labinal en Europa);
- a las nuevas tecnologías (sobre licencias, NDA, criptomonedas, *blockchain*, *smart contracts*);
- al comercio electrónico (ICANN);
- al arte y el patrimonio cultural;
- al derecho del medio ambiente, incluso referido a las consecuencias del cambio climático;
- al derecho de consumo, con su regulación específica (en casi todos los países europeos, no así en EE. UU.) o al derecho regulador de las relaciones laborales, aunque también con muchas restricciones en Europa;
- al mundo del turismo y la hostelería, del juego y el entretenimiento;
- a las inversiones extranjeras, sean arbitrajes CIADI o no (aunque sin dejar de apuntar el impacto que puede llegar a tener la decisión del TJUE en el caso *Achmea*, donde el TJUE parece apostar por la eliminación de los arbitrajes basados en la infracción de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmados entre países miembros de la Unión Europea);
- a los conflictos interadministrativos, una peculiaridad española que resulta de la reforma de la Ley de Arbitraje de mayo de 2011; o
- desde el año 2011, a los conflictos con entidades públicas no territoriales.

Sólo un ámbito de actividad se resiste a admitir el arbitraje: el de los conflictos entre las empresas y las Administraciones Públicas de base territorial, pero es cierto que ello sólo en el ámbito doméstico (en la esfera internacional está permitido) y sólo en Francia y en España dentro del mundo occidental pues, aunque el arbitraje administrativo tampoco se permite en China, sí está aceptado, con algunos matices y particularidades, en toda Europa Occidental, en EE. UU. y en América Latina, donde en algunos países es incluso obligatorio para resolver las controversias surgidas en la ejecución de contratos administrativos (como es el caso de Perú).

3. HACIA UN SISTEMA GLOBAL DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Puede decirse, pues, que el arbitraje comenzó como un sistema privado relativamente sencillo para resolver disputas entre personas físicas, y luego se ha extendido a los asuntos comerciales y a las empresas en general. El crecimiento del arbitraje interna-

cional se ha logrado a través de la ratificación de tratados y convenios internacionales, la armonización de las legislaciones nacionales sobre sistemas y modelos de arbitraje, la aproximación de los reglamentos de las cortes internacionales de arbitraje y el proceso de autorregulación emprendido por la comunidad arbitral internacional.

Con el paso de los años, el sistema se ha vuelto cada vez más complejo y, sobre todo, mucho más costoso. Sin embargo, desde 2010, hemos visto un esfuerzo colectivo, si no para volver a los orígenes del arbitraje, que seguramente sea ya algo imposible, para al menos hacer del arbitraje algo sofisticado, pero menos complejo y, sobre todo, menos costoso para las empresas que lo utilizan.

Para bien o para mal (lo que también es un tema de discusión), se han producido cambios importantes en estos últimos años y se han realizado reformas a las leyes de arbitraje en muchos países. También hemos visto cambios en el «*soft law*» material o sustantivo (los INCOTERMS de la CCI, en 2010 —y también hay un grupo de redacción trabajando ya en los INCOTERMS 2020—; los principios de UNIDROIT, también en 2010 y luego en 2016), con modificaciones a los procedimientos y métodos de arbitraje (a destacar el trabajo de la Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI y la importancia de las reglas o directrices de la IBA, que se han multiplicado, en particular desde 2010, debiendo mencionarse, como contribuciones más recientes, las directrices de la IBA sobre ciberseguridad, en 2018. Las reglas de las cortes internacionales de arbitraje también han sido modificadas para ajustarse a estos cambios constantes, pero ello requiere mayor atención.

3.1. La aproximación de los procedimientos arbitrales a través de los reglamentos de los centros internacionales de arbitraje y el *soft law*

Creo que no me equivoco al decir que los reglamentos de las principales cortes de arbitraje del mundo se han modificado sustancialmente, en varios casos más de una vez, desde 2010. Obviamente, tal fenómeno no es una mera coincidencia o el resultado de la acción de las propias cortes de arbitraje por sí solas. Se trata de reformas hechas de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, ya que las empresas requieren que sus proveedores de arbitraje brinden un servicio eficiente a un costo más razonable. En particular, las empresas demandan: (1) que el arbitraje sea menos costoso; (2) que el arbitraje sea más flexible, efectivo y en línea con sus necesidades; y (3) que el arbitraje sea más sencillo.

En primer lugar, las empresas demandan a las cortes de arbitraje y a los árbitros que presten un servicio menos costoso. Por esta razón, se han implementado numerosas reformas conducentes a reducir el tiempo y los costes en el arbitraje internacional, ya sea el arbitraje de la CCI, la LCIA, la CIETAC o el ICDR. Se han establecido nuevas obligaciones para las cortes de arbitraje, así como obligaciones legalmente vinculantes para las partes y sus representantes, y obligaciones más estrictas para los árbitros, sobre todo con respecto a los plazos. Del mismo modo, a los árbitros se les han otorgado mayores poderes (con la obligación resultante de que los utilicen; llaman la atención en particular las reglas del SIAC de 2016), mayor discreción al otorgar las costas, y diversos métodos para la gestión de los procedimientos arbitrales se han aceptado universalmente como práctica general; métodos que los árbitros deben conocer y utilizar, cuando corresponda, a fin de conducir los procedimientos de manera más eficiente. Tangencialmente relacionado con los costes, la noción de financiación de terceros ha alcanzado cierto nivel

de aceptación, aunque las posturas sobre las obligaciones de revelación de las fuentes de financiación varían notablemente.

En segundo lugar, se han enmendado muchos reglamentos, de hecho prácticamente todos, para hacer del arbitraje un mecanismo de resolución de disputas más flexible y eficaz, que se adapte a las necesidades de los usuarios. En consecuencia, se han introducido procedimientos «a medida», procedimientos *fast-track* o abreviados, e incluso la posibilidad de una decisión temprana o expedita sobre pretensiones manifiestamente injustificadas, emitida en una fase temprana del arbitraje. Procedimientos abreviados fueron incluidos en sus reglamentos por por el SIAC y la SCC en 2010 o la CCI, más recientemente, en 2017; la posibilidad de la desestimación temprana de reclamaciones ha llegado al HKIAC en 2018, pero la corte de la Cámara de Comercio de Estocolmo y la CCI ya lo habían introducido en el año 2017 (a través de su nota a las partes y al Tribunal Arbitral sobre la Conducción del Arbitraje) y el SIAC en 2016. Adicionalmente, la posibilidad de una renuncia anticipada a la acción de anulación también se ha aceptado finalmente (en la medida permitida por la legislación aplicable en el lugar del arbitraje como recoge el modelo incorporado como anexo 2 al vigente Reglamento UNCITRAL), la justicia cautelar ha sido reforzada por medio del llamado árbitro de emergencia (un concepto que ha sido aceptado en prácticamente todos los reglamentos vigentes en la actualidad a partir de la propuesta de la SCC en 2010); y algunos reglamentos (cual es el caso de CPR, JAMS, ICDR o incluso CIMA) incluso se han atrevido a incluir la posibilidad de una revisión opcional del laudo final por la propia corte de arbitraje, que es algo que los árbitros y los tribunales arbitrales en general no favorecen, pero que a veces es importante para que los prescriptores —secretarios generales o jefes de la asesoría jurídica de las empresas— se avengan a incorporar convenios arbitrales o cláusulas arbitrales en los contratos.

En tercer y último lugar, las empresas y sus representantes quieren un procedimiento de arbitraje más sencillo, aunque sencillo no quiere decir, a veces, otra cosa distinta a que sea conocido. En este sentido, también se debe reconocer que se ha logrado un enorme progreso en los últimos tiempos. Por un lado, en el arbitraje internacional solo hay actualmente dos modelos universalmente admitidos: o bien se sigue el procedimiento de la CNUDMI (basado en la Ley y el Reglamento de Arbitraje de Naciones Unidas) o bien el de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en el que el acta de misión es el vehículo canalizador del arbitraje. Por otro lado, la mayor convergencia entre los sistemas derecho común y de derecho civil en asuntos tales como el deber de revelación de los árbitros, la tensión entre la divulgación (*disclosure*) y el *discovery* en relación con la producción de documentos, la organización y la práctica de prueba, o incluso, en cierta medida, la celebración de audiencias, es hoy un hecho. La contribución de las reglas y directrices de la IBA en este proceso de convergencia ha sido decisiva, pero también lo ha sido la contribución de los reglamentos recientemente aprobados por las cortes de arbitraje que, como he mencionado anteriormente, están cada vez más en línea unos con otros, y no por pura casualidad.

3.2. La armonización del derecho sustantivo o material

3.2.1. Sobre la *lex mercatoria*

El prolongado debate sobre la validez, e incluso sobre la existencia, de la *lex mercatoria* se ha visto impulsado en los últimos tiempos por el creciente volumen de transac-

ciones comerciales internacionales en las que los árbitros aplican normas transnacionales para resolver la disputa.

La idea que subyace a estas reglas y principios, conformados por las necesidades de la comunidad empresarial internacional, es eludir las reglas de conflicto del derecho internacional privado diseñadas para determinar la ley aplicable al contrato. De hecho, la necesidad de simplicidad y eficiencia en la resolución de disputas comerciales internacionales ha llevado a los «transnacionalistas» a argumentar que el arbitraje comercial internacional no necesita una *lex fori*. Este punto de partida busca liberar a los árbitros de la tarea de buscar dicha ley y les permitiría, en ciertas ocasiones al menos y desde un plano puramente teórico, aplicar la *lex mercatoria* como la ley sustantiva para resolver una disputa comercial internacional mediante arbitraje.

La tendencia actual hacia la aplicación en el arbitraje comercial internacional de reglas transnacionales sustantivas o principios generales del derecho mercantil internacional es hoy más que nunca una cuestión discutida en la comunidad de arbitraje internacional; de ahí la importancia de determinar las fuentes sólidas y fiables de tal *lex mercatoria*.

Las principales instituciones de arbitraje y sus reglamentos (la CCI, el ICDR, la LCIA, las Cámaras de Comercio de Suiza y de Estocolmo), que están especialmente preocupadas por la necesidad de otorgar al arbitraje internacional la flexibilidad que las empresas parece demandar, también han respaldado la posición de los «transnacionalistas», al permitir que los árbitros apliquen, en ciertas ocasiones, principios de derecho como la *lex mercatoria* para resolver disputas comerciales internacionales. Y ello no solo cuando las partes han acordado directamente que la disputa se resolverá aplicando esa *lex mercatoria*, sino también, en ocasiones, a falta de una indicación expresa de las partes acerca de cuál ha de ser el derecho aplicable al fondo de la disputa.

3.2.2. Aproximación de los principios de derecho mercantil en derecho común y en derecho civil

Sin embargo, la cuestión más importante a este respecto es determinar exactamente qué grado de armonización de la ley aplicable al fondo del asunto se ha logrado, y cuáles son las perspectivas futuras a corto y medio plazo en este proceso, iniciado pero aún incompleto.

Todos los que estamos profesionalmente involucrados con el arbitraje internacional, y que a menudo actuamos como árbitros en un panel, hemos participado en alguna ocasión en deliberaciones de tribunales arbitrales mixtos, integrados por árbitros formados en derecho común y árbitros formados en derecho civil. Y sabemos que en tales casos es notoriamente difícil llegar a acuerdos con respecto al alcance o significado de ciertos principios generales del derecho, ya sea con respecto a fuentes del derecho o a reglas que configuran otras fuentes del derecho.

Los ejemplos, todavía prácticamente infinitos en la actualidad, evidencian que todavía hay un largo camino por recorrer en este sentido. Es el caso de:

- El principio de *pacta sunt servanda* y sus excepciones en virtud del derecho civil y de los sistemas de derecho común (equidad versus «implied terms» o términos implícitos).
- El principio de derecho civil de buena fe, el concepto francés de *cohérence*, «las expectativas legítimas» en el derecho de la Unión Europea o la «seguridad jurídica» en el derecho alemán.

- Los principios de *venire contra factum proprium non valet* o el «estoppel», y sus diferentes requisitos en el derecho común y en el derecho civil.
- El principio de «privación» en la ley alemana, la *excessiva onerosità sopravvenuta della prestazione* en Italia o la regla latina *rebus sic stantibus*, seguida en España.
- La «alteración esencial de la base del negocio» en Alemania, la *impossibility* o *impracticability* en Estados Unidos, la *frustration* en el Reino Unido, la *impossibilità sopravvenuta della prestazione* en Italia, o la teoría de la *imprévision* en Francia.
- El *ius variandi* del Estado en los contratos públicos en los países del *Régimen Administratif*, en oposición a las reglas que surgen de las leyes de EE. UU. o del Reino Unido.
- El principio de reparación de daños y su alcance: daños resarcibles, daños punitivos, daños triples o triplicados, posibilidad de aplicar intereses sobre las costas devengadas durante el arbitraje, etc.

Lo mismo puede decirse de estos u otros principios cuando su propósito es simplemente ayudar a la integración de las lagunas u omisiones que se encuentran en los contratos comerciales internacionales, o permitir su correcta interpretación. En este ámbito, hay una serie de principios que están ahora armonizados dentro de los países de tradiciones de derecho común y de derecho civil, pero que, en otros casos, tienen un significado marcadamente diferente.

Entre aquellos principios que ya están armonizados, podemos citar los siguientes:

- *In claris non fit interpretatio*.
- *Contra proferentem*.
- *In favor negotii*.
- A favor del efecto útil de las cláusulas del contrato.
- Interpretación sistemática.
- O basada en los actos posteriores de las partes.

Sin embargo, otros principios claramente no están aún armonizados, por lo que la inteligencia o interpretación de su significado o alcance puede variar enormemente para un jurista, dependiendo de su formación y de la tradición jurídica en la que ha sido educado; es el caso de principios tales como los siguientes:

- La interpretación basada en la buena fe de las partes, atendida la naturaleza del contrato.
- El principio *in favor debitoris*, o la regla de interpretación a favor del reequilibrio de las prestaciones debidas en el caso de obligaciones sinalagmáticas de las partes, ambos claramente yuxtapuestos, si no directamente opuestos, a la doctrina del *common law* de las *four corners* del contrato.
- La interpretación sobre la base de los actos anteriores y actuales de las partes.
- O la interpretación basada en la prohibición del abuso del derecho.

Es sabido que el árbitro encargado de interpretar los contratos comerciales internacionales en el arbitraje internacional no está necesariamente obligado a aplicar la jurisprudencia del país en que se desarrolla el arbitraje, ni la jurisprudencia del país cuya ley resulta aplicable al fondo de la disputa; y que cuando está obligado a aplicarla, debe interpretar el alcance y el contenido del contrato internacional basándose fundamentalmente en los deseos, reales o manifiestos, de las partes, y en los usos de la industria o el

comercio y, solo en menor grado, en la jurisprudencia del país en que tiene lugar el arbitraje o del país cuya ley es aplicable al fondo, siempre, eso sí, sin incurrir en «manifiesta inobservancia de la ley aplicable».

En este sentido, nadie discute hoy que la *lex mercatoria* es una herramienta generalmente aceptada en la interpretación de contratos comerciales internacionales. Por esta razón, las sentencias de los tribunales nacionales reflejan las reglas de interpretación establecidas en los artículos 7 a 9 de la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y también las reglas de interpretación de los contratos comerciales internacionales previstas en los artículos 4.1 a 4.8 de los Principios UNIDROIT. Lo cual constituye prueba inequívoca de la existencia de una clara tendencia hacia la armonización de la ley aplicable al fondo del asunto, que, aunque no tiene la misma importancia que el proceso de armonización de las reglas procedimentales (reglas que son esenciales para garantizar la igualdad de armas), es ciertamente un paso en la dirección correcta hacia la creación de una ley de arbitraje global para la «aldea global» en la que se ha convertido el mundo en las últimas décadas.

3.3. La aportación al proceso de las nuevas tecnologías

Si había alguna duda respecto de cuál acabaría siendo la fuerza que impulsaría definitivamente el proceso de convergencia, primero, y armonización, después, del arbitraje comercial internacional, hoy esta duda se ha disipado. En efecto, el último impulsor de la armonización del arbitraje comercial internacional, que se muestra hoy imbatible, es la tecnología y los medios de comunicación. Las tecnologías actuales y futuras que contribuyen o contribuirán a una mayor armonización del arbitraje internacional incluyen:

- La utilización de sistemas de almacenamiento y entrega basados en la nube, que ya están en uso y que continuarán su expansión, pero que también generan preocupaciones, especialmente en lo que respecta a la protección de datos personales (por eso la CCI ahora incluye una referencia obligada en sus Actas de Misión al obligado cumplimiento y aplicación del Reglamento General UE de Protección de Datos).
- La inteligencia artificial, en especial para la revisión de documentos, que ya es una realidad, así como para predecir resultados en casos de arbitraje de inversión, utilizando los datos de los laudos publicados.
- La telepresencia, la holografía, las audiencias de realidad aumentada o virtual, con pruebas documentales manejables a distancia;
- La detección neurocientífica de mentiras, aunque por ahora parece más que improbable que las partes consientan en aplicar esta tecnología.
- O las tecnologías de traducción simultánea universal, hoy ya muy difundidas y utilizadas en las audiencias de arbitraje.

Y el proceso, puede decirse, acaba de arrancar.

EL ACCESO A LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN COLEGIADA

Pedro Lescure Ceñal

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN TITULADA.—3. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN CON RESERVA DE ACTIVIDAD.—4. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN COLEGIADA.—5. INCIDENCIA DE LA LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE, EN EL ACCESO A LA ABOGACÍA.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, el ejercicio de la abogacía, por cuenta propia o por cuenta ajena, constituye la salida profesional normal de quien obtiene el título universitario de licenciado en Derecho o grado en Derecho, al margen de la opción de opositar para el ingreso en cuerpos o escalas de la Administración, y que sin embargo no excluye el ejercicio futuro o concurrente en régimen de compatibilidad de la profesión.

El acceso a la abogacía viene determinada directamente por su consideración como una profesión titulada, con reserva de actividad y colegiada.

Es una profesión titulada por cuanto se requiere ostentar el título universitario de licenciado en Derecho o grado en Derecho, titulación universitaria a la que se añade actualmente la exigencia, en su caso, de la obtención del título profesional de abogado que expide el Ministerio de Justicia.

Es una profesión con reserva de actividad al requerirse la cualidad de abogado para su desempeño de las actuaciones que el ordenamiento jurídico le encomienda.

Es por último una profesión colegiada al exigir su desempeño la incorporación a un Colegio de Abogados.

En el presente artículo se analizan cada una de las características reseñadas que condicionan el ejercicio de la profesión, así como la directa incidencia de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales, en la obligada colegiación para el desempeño de la abogacía.

2. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN TITULADA

El vigente Estatuto General de la Abogacía (EGA), aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, dispone en su artículo 6 que *«corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico»*.

En términos idénticos se expresa el artículo 542.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Preceptos citados que exigen una concreta titulación universitaria, la licenciatura en Derecho, para acceder a la profesión de abogado, hasta tal punto que la misma se integra en la definición legal de abogado que aquéllos recogen y en el bien entendido que el título de licenciado en Derecho abarca actualmente el título de graduado en Derecho tras

la implantación desde el curso académico 2010/2011 del denominado «*Plan Bolonia*» y consiguiente sustitución de los títulos universitarios de licenciado por los títulos universitarios de grado.

Por su parte, el artículo 13.1 del EGA, al enumerar los requisitos necesarios para la incorporación a un Colegio de Abogados, cita en su apartado c) el de la posesión del título de licenciado en Derecho (hoy también el título de grado en Derecho) o los títulos extranjeros homologados

La consideración de la abogacía como profesión titulada se ve reforzada por la exigencia, además, del título profesional de abogado instaurado por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales (Ley de Acceso) y que entró en vigor, tras una vacatio legis de cinco años, el 31 de octubre de 2011, cuyo artículo 1.4 impone dicho título profesional como requisito «*imprescindible*» para la colegiación, con excepción de los concretos supuestos que la misma ley prevé y que será objeto de examen al analizar la abogacía como profesión colegiada.

3. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN CON RESERVA DE ACTIVIDAD

La abogacía como profesión con reserva de actividad aparece ínsita en la definición legal de abogado que aparece en los artículos 6 del EGA y 542.1 de la LOPJ antes citados, esto es, quien ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídicos.

De manera más precisa se pronuncia el artículo 9.1 del EGA cuando dispone que «*son abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados*». Artículo transcrito que, si bien no cita como elemento integrante de la definición de abogado que recoge la titulación necesaria a la que hemos hecho antes referencia, lo cierto es que la menciona de manera implícita desde el mismo momento en que introduce en la definición el requisito de la incorporación a un Colegio de Abogados o colegiación, para la que precisamente se requiere ostentar la titulación universitaria de licenciado en Derecho o grado en Derecho y, en su caso, el título profesional de abogado que el artículo 1.4 de la Ley de Acceso impone como requisito «*imprescindible*» para la colegiación.

No obstante, el citado artículo 9.1 del EGA introduce expresamente como elemento que integra la definición de abogado la ajenidad de los intereses —públicos o privados— cuya defensa judicial asume o sobre los que se asesora jurídicamente y de forma extrajudicial, lo que permite sostener, en rigor jurídico, que no actúa o interviene como abogado quien ostentado dicha condición asume en un concreto asunto su propia defensa, supuesto en el que cobra trascendencia la cualidad de parte, que no la de abogado de parte.

Con el objeto de delimitar la extensión de la abogacía y, en concreto, el asesoramiento y consejo jurídicos que como actividad propia se le encomienda suele citarse la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1990, en la que se señala que «*abogado es aquella persona que se incorpora a un Colegio de Abogados y en despacho, propio o compartido, efectúa los actos propios de esa profesión, tales como consulta, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos*

en documentos privados, práctica de partición de bienes, ejercicio de toda índole antes las diferentes ramas jurisdiccionales y, en general, defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente».

Sentencia que ciertamente ha quedado incorporada al proyecto de nuevo Estatuto General de la Abogacía aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 12 de junio de 2013 y pendiente de aprobación por Real Decreto del Consejo de Ministros, cuyo artículo 4.1 dispone que *«son Abogados quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional a realizar los actos propios de la profesión, tales como consulta, consejo y asesoramiento jurídico; arbitrajes; mediación; conciliaciones, acuerdos y transacciones; elaboración de dictámenes jurídicos, redacción de contratos y otros documentos para formalizar actos y negocios jurídicos; ejercicio de acciones de toda índole ante los diferentes órdenes jurisdiccionales y órganos administrativos; y, en general, la defensa de derechos e intereses ajenos, públicos y privados, judicial o extrajudicialmente».*

4. LA ABOGACÍA COMO PROFESIÓN COLEGIADA

Sobre la conformidad a derecho de la colegiación o adscripción obligatoria o forzosa a un colegio profesional se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sentencias 89/1989, de 11 de mayo y 132/1989, de 18 de julio. En la primera de ellas desestima la cuestión de inconstitucionalidad que sobre el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 12 de febrero, de Colegios Profesionales, en su redacción originaria, planteó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, concluyendo el Tribunal Constitucional que la colegiación obligatoria no vulnera el derecho de asociación ni, por tanto, el derecho a no asociarse que reconoce el artículo 22 de la Constitución, ni el derecho a la libre elección de profesión u oficio a que se refiere el artículo 35 de la Constitución dada la habilitación que al legislador confiere el artículo 36 de la Constitución, que reconoce la existencia de los Colegios Profesionales con expresa habilitación al legislador para regular las peculiaridades propias de su régimen jurídico y el ejercicio de las profesiones tituladas.

En la segunda sentencia citada (/132/1989) el Tribunal Constitucional analiza la justificación que debe concurrir en la adscripción forzosa u obligatoria a un colegio profesional, que debe venir determinada por los fines perseguidos y que deben ser relevantes para el interés general.

Adscripción obligatoria o forzosa a un colegio profesional que sin embargo no impide a quienes ejercen la profesión titulada y colegiada la posibilidad de constituir, sin perjuicio de su pertenencia a la corporación profesional, organizaciones sindicales o asociativas o afiliarse a las ya existentes.

La Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, conocida como Directiva Bolkestein, cuyo objeto es la liberalización de la circulación de servicios dentro de la Unión Europea mediante la simplificación de procedimientos administrativos y la eliminación del exceso de burocracia, fue transpuesta al ordenamiento jurídico interno por la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas). Y en virtud de la previsión recogida en el apartado 1.º de su disposición final quinta (*«en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor*

de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley») fue aprobada la ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (comúnmente denominada «Ley Ómnibus»), que modifica, entre otras, la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales.

Cuestión trascendental que plantea la Ley Ómnibus es la relativa a la colegiación. El artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales sancionaba el principio de colegiación obligatoria al disponer en su anterior redacción que *«es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente»*, precepto al que da nueva redacción el artículo 5 de la citada Ley Ómnibus, que queda de la siguiente manera: *«será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal (...)»*.

Se concluye así que con la nueva —y vigente— redacción de la Ley de Colegios Profesionales desaparece el principio general de colegiación obligatoria, de tal suerte que ésta habrá de estar determinada en una ley estatal, bien sea sectorial de la profesión o profesiones de que se trate, bien en la específica ley de creación del colegio profesional correspondiente, bien en cualquier norma jurídica con rango de ley.

Respecto de los abogados, el artículo 11 del EGA dispone que *«para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley o por este Estatuto General»*, y el artículo 544.2 de la LOPJ determina que *«la colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral»*.

Si bien la colegiación obligatoria que prevé el artículo 544.2 de la LOPJ cumple con el canon de reserva ley estatal exigido por el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales tras la reforma operada por la Ley Ómnibus, lo cierto es que dicha colegiación obligatoria la circunscribe al ejercicio de la abogacía ante los Juzgados y Tribunales, esto es, al ejercicio judicial de la abogacía, por lo que la colegiación obligatoria para el ejercicio extrajudicial de la abogacía estaría recogida en el artículo 11 del EGA que, sin embargo, no respeta la exigencia de norma estatal con rango de ley por cuanto el EGA tiene rango de real decreto.

Ahora bien, la cuestión que se suscita tiene en la actualidad una incidencia más aparente que real en virtud del contenido de la disposición transitoria cuarta de la Ley Ómnibus que bajo la rúbrica *«vigencia de las obligaciones de colegiación»* determina lo siguiente:

En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta a las Comunidades Autónomas, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.

Dicho Proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.

Hasta la entrada en vigor de la mencionada Ley se mantendrán las obligaciones de colegiación vigentes.

Por tanto, como consecuencia de la expresa previsión recogida en el último párrafo de la disposición transitoria transcrita de la Ley Ómnibus, la obligación de colegiación que respecto de los abogados se impone con carácter general y para los ámbitos judicial y extrajudicial en el artículo 11 del EGA se mantiene, al menos con carácter transitorio.

Sentado así el mantenimiento de la colegiación obligatoria de los abogados para el ejercicio de la profesión una vez ha entrado en vigor la Ley Ómnibus, la continuidad de dicha colegiación obligatoria —contemplada en la mentada Ley con alcance transitorio y hasta que no se aprueba la ley estatal a que se refiere su disposición transitoria cuarta, en relación con el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales 2/1974, en redacción dada por la misma Ley— estará justificada en atención a las siguientes consideraciones:

a) El artículo 544.2 de la LOPJ, en cuanto impone la colegiación obligatoria de los abogados para actuar como tales ante los juzgados y tribunales, no se ve afectada —al estar expresamente contemplada en una ley orgánica— por la Ley Ómnibus, de carácter ordinario.

b) Carecería de razón lógica que la colegiación del abogado, obligatoria para ejercer la profesión ante los juzgados y tribunales (ejercicio judicial), quebrase sin embargo mediante su no exigencia para ejercer la profesión en actuaciones extrajudiciales cuando dicha profesión abarca todas ellas. Diversidad —judicial y extrajudicial de la profesión— que aparece expresamente prevista en los artículos 542.1 de la LOPJ y 1.1, 6 y 9.1 del EGA.

A la extensión en la forma expuesta de la actividad propia de la profesión de abogado se refiere también la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador (Ley de Acceso) —comprensiva de su ratio legis— cuando señala que *«la asistencia del abogado, conforme al concepto amplio de tutela al que debe aspirarse, comprende también las actuaciones profesionales tendentes a evitar el proceso mediante fórmulas preventivas y compositivas así como, en general, el asesoramiento en derecho»*.

c) La misma Directiva 2006/123/CE, cuya transposición motivó en última instancia la aprobación de la Ley Ómnibus, contempla la actividad del asesoramiento jurídico como una prestación susceptible de ser reservada a los abogados, esto es, a los licenciados en Derecho o graduados en Derecho que mediante su colegiación ejercen la profesión de la abogacía con la extensión antes señalada. Así, en la consideración n.º 88 de la referida Directiva se dice que *«la disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el Derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados»*.

d) A los efectos de la exigencia de una *«ley estatal»* que determine la obligatoriedad de la colegiación a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, en redacción dada por la Ley Ómnibus, es de resaltar que la citada Ley 34/2006, sobre acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales, exige la colegiación para las mencionadas profesiones, norma jurídica que cumple con el repetido requisito de *«ley estatal»* por cuanto su artículo 1.4 determina que *«la obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales»*, precepto del que se infiere que para acceder al ejercicio de la abogacía se requiere la obtención del título profesional de abogado en la forma establecida en dicha ley y la posterior incorporación al correspondiente Colegio de Abogados.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la misma Ley 34/2006, si la colegiación del abogado no fuera requisito necesario para el ejercicio profesional quedarían vacías de contenido las previsiones recogidas en su disposición transitoria única, que precisamente contempla la situación de quienes estuvieran colegiados a su entrada en vigor, o de quienes lo hubieran estado durante los plazos que la misma señala.

e) Cabe igualmente citar la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y las competencias que sobre la organización de los servicios de asistencia jurídica gratuita encomienda dicha Ley a los Colegios Profesionales, que exige por razones lógicas la incorporación del abogado al colegio y, dentro de éste, a sus correspondientes turnos de oficio. Pues no puede desconocerse, a los efectos que se analizan, que el ejercicio de la abogacía como letrado de turno de oficio no deja de ser una modalidad en el desempeño de la profesión.

Colegiación que es exigible no solo a quienes ejercen la abogacía por cuenta propia sino también a quienes la ejercen por cuenta ajena, esto es, a los denominados abogados de empresa, por cuanto los artículos 9.1 y 11 del EGA así lo exigen, sin discriminación alguna.

Normativa de la que se colige que la colegiación como ejerciente constituye un requisito necesario para el desempeño de la abogacía y con la extensión —judicial o extrajudicial— antes reseñada, de tal suerte que dicho requisito no viene determinado o condicionado por el régimen jurídico (por cuenta propia o por cuenta ajena) en que dicha profesión se ejerza. Dicho de otra manera, el hecho de que la abogacía se desempeñe por cuenta ajena y en virtud de una relación laboral (con o sin exclusividad) no condiciona ni, por tanto, excepciona el requisito de la colegiación (se entiende que como ejerciente en virtud de la expresa previsión que sobre el particular recoge el repetido artículo 9.1 del EGA), pues el ordenamiento jurídico nada dice de contrario, salvo que la abogacía se ejerza por cuenta ajena en el ámbito de la Administración pública o entidades públicas y en virtud de relación funcional o laboral (artículos 544.2 y 551 de la LOPJ y Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas).

En este sentido procede citar, a mayor abundamiento, el artículo 27.4 del EGA que dispone que *«la abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad»*. Y si bien es cierto que este precepto, por su ubicación, parece referirse al abogado que ejerce la profesión en un despacho de abogados y en virtud de relación laboral a la que por otra parte será de aplicación el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos, y si bien es cierto también que los abogados de empresa están excluidos del ámbito de aplicación del citado Real Decreto conforme así lo dispone su artículo 1.2.b), no es menos cierto sin embargo que ello no supone que dichos abogados no ejerzan la profesión por cuenta ajena y en virtud de relación laboral y que, por dicho motivo, están sometidos a la obligación de colegiación por las razones apuntadas, al igual que lo están quienes desempeñan la profesión en un despacho de abogados y en virtud de la relación laboral especial que regula el Real Decreto reseñado. Y ello porque —se insiste— la colegiación viene determinada por el ejercicio profesional de la abogacía, con independencia o abstracción de la modalidad —por cuenta propia o por cuenta ajena— con la que se desempeña.

La incorporación al Colegio de Abogados de los denominados «abogados de empresa» debe serlo con la cualidad de ejerciente (artículo 9.1 del EGA) pues el no ejerciente no puede desempeñar la profesión de abogado y, si así lo hiciere, podría incurrir en la infracción muy grave prevista en artículo 84 h) del EGA consistente en «*el intrusismo profesional y su encubrimiento*», pues el intrusismo a que se refiere este precepto es el cometido por el colegiado no ejerciente que, sin embargo, ejerce la profesión, conclusión a la que se llega en atención a las siguientes consideraciones:

1) las infracciones que tipifica y sanciona el EGA únicamente pueden ser cometidas por los colegiados, y así resulta sistemáticamente de su título VIII en el que se incluye el régimen de infracciones y sanciones, que lleva como rúbrica «*el régimen de responsabilidad de los colegiados*»; a mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que los Colegios de Abogados únicamente ostentan competencias disciplinarias o de control deontológico respecto de los colegiados.

2) el colegiado ejerciente no puede incurrir en intrusismo, aun cuando estuviese colegiado en otro Colegio de Abogados, y ello en virtud de la colegiación única.

Por tanto, el intrusismo que contempla el precepto citado no es el tipificado en el artículo 403 del Código Penal, sino el denominado intrusismo «corporativo», esto es, el ejercicio profesional por parte del colegiado no ejerciente, sin que la calificación de muy grave de la referida infracción pueda degradarse a grave toda vez que el apartado h) del artículo 84 del EGA no se incluye entre los apartados del citado artículo que se mencionan en el artículo 85 g) del mismo Estatuto General a fin de la posible degradación a grave de la inicial calificación de muy grave de la infracción cometida.

Es de advertir por último que quien trabaja por cuenta ajena como abogado de empresa sin ser abogado por no estar colegiado y en la errónea creencia de que la colegiación es solo exigible a quien ejerce la abogacía por cuenta propia o en el seno de un despacho de abogados, su eventual y futuro deseo de dedicarse al ejercicio de la abogacía por cuenta propia o en un despacho de abogados se encontrará con el obstáculo de que no podrá colegiarse por no ostentar el título profesional de abogado exigido por la Ley 34/2006, a la que seguidamente haremos referencia, al no encontrarse ya por el transcurso del tiempo en ninguno de los supuestos que la citada Ley prevé de exención del referido título profesional como requisito para la colegiación.

5. INCIDENCIA DE LA LEY 34/2006, DE 30 DE OCTUBRE, EN EL ACCESO A LA ABOGACÍA

Tras la entrada en vigor —el 31 de octubre de 2011— de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, de acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales (Ley de Acceso), para el ejercicio de la abogacía no basta con la titulación universitaria de licenciado en Derecho o grado en Derecho sino que se requiere además la obtención del título profesional de abogado expedido por el Ministerio de Justicia, que, a su vez, opera como requisito para la colegiación, obligatoria para el desempeño de la profesión. Título profesional de abogado que aparece regulado en la misma Ley de Acceso y en su reglamento aprobado por Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, modificado por Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo.

En la exposición de motivos de la citada Ley de Acceso se dice sobre este particular lo siguiente:

(...) La experiencia del Derecho comparado muestra que la actuación ante los tribunales de justicia y las demás actividades de asistencia jurídica requieren la acreditación previa de una capacitación profesional que va más allá de la obtención de una titulación universitaria. Ello justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en Derecho: el título profesional de abogado, exigible para prestar asistencia jurídica utilizando la denominación de abogado; y el título profesional de procurador, exigible para actuar ante los tribunales en calidad de tal.

En consonancia con dicha motivación el artículo 1 de la Ley, al regular su objeto y finalidad, dispone:

1. Esta ley tiene por objeto regular las condiciones de obtención del título profesional de abogado y el título profesional de procurador de los tribunales, como colaboradores en el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el fin de garantizar el acceso de los ciudadanos a un asesoramiento, defensa jurídica y representación técnica de calidad.

2. La obtención del título profesional de abogado en la forma determinada por esta ley es necesaria para el desempeño de la asistencia letrada en aquellos procesos judiciales y extrajudiciales en los que la normativa vigente imponga o faculte la intervención de abogado, y, en todo caso, para prestar asistencia letrada o asesoramiento en Derecho utilizando la denominación de abogado; todo ello sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la abogacía.

3. La obtención del título profesional de procurador de los tribunales en la forma determinada por esta ley es necesaria para desempeñar la representación legal de las partes en los procesos judiciales en calidad de procurador, realizando los actos de comunicación a las partes y aquellos otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que la ley les autorice, así como para utilizar la denominación de procurador de los tribunales, sin perjuicio del cumplimiento de cualesquiera otros requisitos exigidos por la normativa vigente para el ejercicio de la procura.

4. La obtención de los títulos profesionales de abogado o procurador será requisito imprescindible para la colegiación en los correspondientes colegios profesionales.

Contempla así el precepto transcrito el título profesional de abogado como requisito necesario para el desempeño de la profesión de abogado y que refuerza al señalar expresamente en su apartado 4 que el referido título profesional constituye requisito «*imprescindible*» para la obligada colegiación.

A diferencia de lo que determina el artículo 13.2.c) del EGA, esto es, que el título profesional de abogado, de instaurarse por ley, operaba como requisito para la colegiación como ejerciente, lo cierto es que la Ley de Acceso impone dicho título profesional como requisito para la colegiación, esto es, con independencia de que ésta sea como ejerciente o como no ejerciente, de lo que se hace eco el proyecto de nuevo Estatuto General de la Abogacía aprobado —ya vigente la Ley de Acceso— por el Pleno del Consejo General de la Abogacía el 12 de junio de 2013 y pendiente de aprobación por real decreto al disponer en su artículo 8.2 que el requisito para la colegiación consistente en «*poseer el título oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de Abogado, salvo las excepciones establecidas en normas con rango de Ley*» que prevé el apartado 1.b) del mismo artículo es exigible también para quien se colegia como no ejerciente.

No obstante, la Ley de Acceso prevé una serie de excepciones a la exigencia del título profesional de abogado para la colegiación, por lo que es perfectamente posible que una persona colegiada como no ejerciente y sin ostentar el referido título profesional pase a la situación de ejerciente, para lo que no precisará obtenerlo por cuanto el mismo opera como requisito para la colegiación, siendo así que quien pasa a la situación de colegiado ejerciente desde la situación de colegiado no ejerciente no se colegia sino que simplemente cambia su situación colegial. Circunstancia que ciertamente hace quebrar la justificación de la exigencia del título profesional de abogado y recogida en la exposi-

ción de motivos de la Ley de Acceso, pues es indudable que quien se colegió como no ejerciente no acredita capacitación profesional alguna más allá de la obtención del título universitario de licenciado en Derecho o grado en Derecho.

Ahora bien, la misma Ley de Acceso prevé en los apartados 1.º, 2.º y 3.º de su disposición transitoria única, en el apartado 2.º de su disposición adicional tercera y en sus disposiciones adicionales octava y novena determinados supuestos excluidos del requisito del título profesional de abogado y que son los que a continuación se analizan.

I. Apartado 1.º de la disposición transitoria única: *«Los títulos profesionales regulados en esta norma no serán exigibles a quienes ya estuvieran incorporados a un colegio de abogados o procuradores, como ejercientes o no ejercientes, en el momento de la entrada en vigor de la presente ley».*

Como quiera que el apartado transcrito contempla el supuesto de exención del título profesional de abogado de quienes estaban colegiados el 31 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso, como ejercientes o no ejercientes, dicha exención debe operar para el caso de que —de no existir la misma— el título profesional citado sería requerido, pues obviamente no cabe eximir de algo que no es exigible, y ese supuesto no puede ser otro que el de una pretendida colegiación estando ya en vigor la Ley de Acceso por quien estaba colegiado el 31 de octubre de 2011, esto es, está contemplando realmente el caso del colegiado a esa fecha que causa baja y pretende posteriormente colegiarse de nuevo, a quien le sería exigible el requisito recogido en artículo 1.4 de la Ley de Acceso de no existir la exención que prevé el apartado 1.º de la disposición transitoria única de la misma Ley, pues ésta, a mayor abundamiento, no determina la «descolegiación» de quienes estaban ya incorporados a un Colegio de Abogados a su entrada en vigor como ejercientes o no ejercientes, quienes obviamente no ostentan el título profesional de abogado al no estar instaurado en la fecha en que se colegiaron.

II. Apartado 2.º de la disposición transitoria única: *«Los títulos profesionales regulados en esta ley tampoco serán exigibles a quienes, sin estar incorporados a un colegio de abogados o procuradores a su entrada en vigor, hubieran estado incorporados antes de su entrada en vigor, como ejercientes o no ejercientes, durante un plazo continuado o discontinuo no inferior en su cómputo total a un año, siempre que procedan a colegiarse antes de ejercer como tales y no hubieran causado baja por sanción disciplinaria».*

Contempla este apartado el supuesto de quien no estaba colegiado el 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso) pero lo estuvo con anterioridad —como ejerciente o no ejerciente— durante un período de al menos un año y no causó baja por sanción disciplinaria de expulsión del Colegio y pretende colegiarse nuevamente. Apartado analizado cuya redacción es criticable ya que los términos «y no hubieran causado baja por sanción disciplinaria» (expulsión del Colegio) excluye la baja en el Colegio acordada por el motivo previsto en el artículo 19.1.d) del EGA, esto es, «por condena firme que lleve consigo la pena principal o accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión», que no constituye sanción disciplinaria de expulsión del Colegio —prevista de manera diferenciada en el apartado e) del mismo artículo 19.1— sino una consecuencia de la condena penal. Condena penal que, además, podría constituir la infracción muy grave prevista en los artículos 84 j) del EGA y sancionable precisamente con expulsión del Colegio (artículo 87.2.b del mismo Estatuto).

Y los términos «siempre que procedan a colegiarse antes de ejercer como tales» (como abogados) que figuran también en el apartado de la disposición transitoria única que se analiza dan e entender que únicamente se posibilita la colegiación —con exención del título profesional de abogado— como ejerciente, cuando no hay motivo alguno que pue-

da justificar la colegiación con idéntica exención como no ejerciente, más aún cuando el repetido apartado atiende a una situación de hecho consistente en una precedente colegiación como ejerciente o no ejerciente.

III. **Apartado 3.º de la disposición transitoria única:** «*Quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho o en condiciones de solicitar su expedición y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior, dispondrán de un plazo máximo de dos años, a contar desde su entrada en vigor, para proceder a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes, sin que les sea exigible la obtención de los títulos profesionales que en ella se regulan*».

Conviene aclarar que el apartado transcrito fue redactado por la disposición final cuarta de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, habiéndose planteado si el dies a quo del cómputo del período de dos años es el 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso) o el 27 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la citada Ley 5/2012).

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 30 de diciembre de 2016 (recurso de apelación n.º 959/2016), en la que se razona lo siguiente (fundamento de derecho cuarto):

(...) En este caso concreto, si bien el solicitante se intenta incorporar al Colegio de Abogados de Madrid el 14 de marzo de 2014, esto es, con posterioridad al 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso), y después de los dos años de la entrada en vigor de la Ley de 2006, que vencía el 31 de octubre de 2013, tal incorporación extraordinaria —pues por el recurrente se intenta hacer valer con exención del título profesional de abogado— en el plazo subsiguiente de esos dos años, es en realidad posible al amparo del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la citada ley en redacción dada por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues dicho precepto fue redactado por el apartado cuarto de la disposición final cuarta de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que contemplaba dicha posibilidad para quienes en la referida fecha ostentaran el título de licenciado o grado en Derecho —supuesto del actor que lo obtuvo precisamente el 14 de septiembre de 1988— y procedieran a colegiarse dentro del plazo de dos años computado desde la repetida fecha de la entrada en vigor de la modificación el 27 de julio de 2012 (es decir, a los 20 días de su publicación el anterior 7 de julio), es decir, dentro del plazo previsto legalmente y cuando efectivamente lo intenta el actor de forma correcta el 14 de marzo de 2014 (...).

El criterio que se sostiene en la referida sentencia de considerar como dies a quo del cómputo de dos años que prevé el apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso la fecha de entrada en vigor de la Ley modificadora, y no la fecha de entrada en vigor de la Ley modificada, es criticable por las siguientes razones:

1.º La nueva redacción dada al apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso por la Ley 5/2012 no es sino reiteración de la que le dio el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el 7 de marzo de 2012 y que fue convalidado a los efectos señalados en el artículo 86.2 por el Congreso de los Diputados en sesión celebrada el 29 de marzo de 2012 (BOE de 11 de abril). Real decreto ley que, a su vez, es derogado por la Ley 5/2012 antes reseñada. Por tanto, de seguirse el criterio sustentado por la sentencia que se analiza, el dies a quo del cómputo del plazo de dos años que prevé el repetido apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso no debería ser el 27 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la Ley 5/2012, de 6 de julio, sino el 7 de marzo de 2012, fecha en que entró en vigor el Real Decreto Ley 2/2012 pues éste da la nueva redacción —hoy vigente— al apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso y

que se mantiene, sin solución de continuidad y en sus términos, tras la entrada en vigor de la Ley 5/2012.

2.º No obstante, lo cierto es que la nueva redacción que da al apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso el Real Decreto Ley 5/2012 y que, en sus términos, se mantiene sin solución de continuidad tras la entrada en vigor de la Ley 5/2012 únicamente difiere respecto de su redacción originaria en que la nueva redacción añade a la frase *«quienes en el momento de la entrada en vigor de la presente ley se encontraran en posesión del título de licenciado o grado en Derecho»* los términos *«o en condiciones de solicitar su expedición»*, adición que resultaba a todas luces innecesaria por cuanto la posesión de un título universitario concurre cuando el interesado ha aprobado todas las asignaturas que configuran la licenciatura o grado, y no cuando tiene en su poder el título ya expedido —y previa solicitud del mismo— al tener éste un valor simplemente declarativo de la titulación que ya se ostenta y que justifica precisamente tal expedición.

3.º En cualquier caso, el apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso claramente determina y sin atisbo de duda que el plazo de dos años que prevé se computa desde *«su entrada en vigor»*, esto es, desde la entrada en vigor —el 31 de octubre de 2011— de la citada Ley de Acceso y de la que aquél forma parte.

La cuestión que suscita el apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso es si quienes se colegiaron a su amparo con exención del título profesional de abogado, de causar baja en el Colegio de Abogados, su futura colegiación estaría también exenta del referido título profesional.

Debemos partir de la base de que el repetido apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso se encuentra —valga la redundancia— en una disposición transitoria, siendo así que las disposiciones transitorias tienen por objeto regular las situaciones existentes en el momento de producirse un cambio legislativo, en nuestro caso las titulaciones universitarias de licenciado y grado en Derecho existentes a 31 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigor de la tan citada Ley de Acceso.

Previsión transitoria que en atención precisamente a dicho carácter y finalidad están llamadas a tener una vigencia y aplicación temporales acotadas por cuanto contemplan y regulan situaciones a extinguir, en nuestro caso las referidas titulaciones universitarias obtenidas con anterioridad a la citada fecha.

No puede por tanto extenderse sine die la aplicación del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso para su aplicación futura —también sine die— a aquellas personas que se colegiaron a su amparo (y por ese solo hecho) que causan baja en el Colegio y pretenden volverse a colegiar (ya transcurrido además el período de dos años que contempla el apartado 3.º de la disposición transitoria que se analiza y que venció el 31 de octubre de 2013), desvirtuándose así la finalidad antes reseñada que subyace en una disposición transitoria, más aún cuando esa segunda y futura incorporación no sería mera prolongación de la precedente, que se habría extinguido precisamente por la baja colegial.

Y sin que el hecho de que la colegiación precedente se hubiera prolongado más de un año añada nada a los efectos analizados pues el referido período anual únicamente se contempla en el apartado 2.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso respecto de quienes no estuvieran colegiados en la tan repetida fecha de entrada en vigor de la misma (31 de octubre de 2011), pero, sin embargo, lo estuvieron con anterioridad durante un período de al menos un año, y ello con la finalidad de facilitar su colegiación sin necesidad de ostentar el título profesional de abogado y exigido por la mencionada

Ley, al no estar instaurado dicho título profesional en la fecha en que se colegiaron por no estar en vigor la Ley que lo crea. Finalidad que no concurre en quienes se encuentran en el supuesto del apartado 3.º de la misma disposición transitoria única, más aún cuando los términos «y no estuvieran comprendidos en el apartado anterior» que figuran en el citado apartado 3.º dan a entender que no es de aplicación la previsión recogida en el apartado precedente de la misma disposición ni, por tanto, el período anual que el mismo recoge.

Se advierte además que quien se colegia al amparo del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso, al ostentar el título de licenciado en Derecho o grado en Derecho el 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la repetida Ley de Acceso), pudo colegiarse antes de la referida fecha al reunir el único requisito de titulación entonces exigible para ello, esto es, la titulación universitaria reseñada, y estar en consecuencia incluido en el supuesto previsto en el apartado 1.º de la misma disposición transitoria, con las consecuencias antes reseñadas al analizar dicho apartado.

Ahora bien, el artículo 13 del vigente EGA, al regular los requisitos necesarios para la colegiación, prevé en su apartado 2.c) que por ley se podrán establecer fórmulas homologables con el resto de los países de la Unión Europea que garanticen la preparación en el ejercicio de la profesión, contemplando expresamente la excepción «para quien haya sido con anterioridad abogado ejerciente incorporado en cualquier Colegio de Abogados de España».

La ley a la que se remite el citado artículo 13.2.c) del EGA es la hoy vigente Ley de Acceso, que no deroga —al menos expresamente— dicho artículo y que avalaría en su caso la reincorporación con exención del título profesional de abogado si la precedente colegiación, con exención de dicho título, lo hubiera sido como ejerciente. Así lo ha venido a señalar la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de fecha 30 de septiembre de 2016 (recurso de apelación n.º 539/2016), en la que razona lo siguiente (fundamento de derecho tercero):

(...) En este caso concreto, si bien el solicitante se incorporó al Colegio de Abogados de Madrid el 16 de abril de 2012, esto es, con posterioridad al 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso), tal incorporación extraordinaria —como el actor— que acogiéndose a la disposición transitoria pues se hace con exención del título profesional de abogado —en el plazo subsiguiente de dos años—, fue en realidad posible al amparo del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la citada Ley que, en redacción dada por la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, contemplaba dicha posibilidad para quienes en la referida fecha ostentaran el título de licenciado o grado en Derecho y procedieran a colegiarse dentro del plazo de dos años desde la repetida fecha.

(...)

En efecto, el supuesto que se nos plantea en el caso enjuiciado es determinar la situación de aquellos profesionales —como el actor— que acogiéndose a la disposición transitoria tercera proceden a darse de alta en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley y que permanecen de alta en el Colegio ejerciendo un período dilatado —en este caso superior al año y medio—, dándose después de baja voluntariamente una vez transcurrido el citado plazo de dos años desde la entrada en vigor, por lo que nos encontramos así ante un supuesto no regulado expresamente pero digno de ser interpretado favorablemente dado el espíritu final que subyace en la ley.

Y en esta tesitura, como hace el Juez de instancia, debe tenerse presente cuál es la finalidad del establecimiento del título profesional de abogado que se expone en la Exposición de Motivos de la referida Ley de 2006 y que subraya la importancia de la formación práctica de los profesionales, de modo que quede garantizada de forma objetiva su capacidad para prestar la asistencia jurídica constitucionalmente prevista.

Formación que ha quedado acreditada plenamente en caso del actor con su ejercicio profesional durante más de año y medio.

Desde esta perspectiva ha sido voluntad del propio legislador conforme al apartado primero de la disposición transitoria única, que no es exigible el título (imprescindible según el artículo 1.4 de la Ley de Acceso y el 7.1.h) de los estatutos del Colegio de Abogados de Madrid) a aquellos profesionales que ya hubieran ejercido la profesión habiendo estado de alta como colegiados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, y ello porque así sucede, por ejemplo, para aquéllos que ejercen el Derecho desde otra función para cuyo desempeño han superado pruebas selectivas acreditativas de capacitación jurídica, a los que no se les exige que se sometan a un proceso formativo y a una evaluación reiterativa si deciden pasar a desempeñar la abogacía o la procura, y tampoco tendría sentido que dicho requisito se exigiera a quien ya ha ejercido la abogacía de manera efectiva —los apartados 2 y 3 de la Disposición transitoria única se refieren incluso a los no ejercientes— durante un período no inferior a un año y siempre que la baja no hubiera sido por sanción disciplinaria.

IV. Apartado 2.º de la disposición adicional tercera: «*Los funcionarios públicos que hayan accedido a un Cuerpo o Escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho estarán exceptuados de obtener el título de abogado o el título de procurador de los tribunales a los efectos descritos en el artículo 1 de esta ley, siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico. También estarán exceptuados quienes hayan ingresado en el Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, en alguno de los cuerpos de letrados de las asambleas legislativas autonómicas, en la Carrera Judicial, en la Carrera Fiscal, en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, o en alguno de los cuerpos comunes de las Fuerzas Armadas en su condición de licenciados en Derecho*».

Debe aclararse que la referencia que apartado reproducido hace a Cuerpos o Escalas del grupo A debe entenderse hecha actualmente a Cuerpos o Escalas del grupo A1 en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.º de la disposición transitoria tercera del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de Empleado Público, y los términos «*en su condición de licenciados en Derecho*» que figuran en aquél deben entenderse en el sentido de que abarcan también a aquellos que ingresan en cuerpos o escalas del grupo A1 en su condición de graduados en Derecho, pues es obvio que las funciones y competencias de quienes ingresan en uno de esos cuerpos o escalas en su condición de licenciados en Derecho o graduados en Derecho son las mismas.

La exención del título profesional de abogado que como requisito «*imprescindible*» para la colegiación impone el artículo 1.4 de la Ley de Acceso se prevé en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la misma Ley que se analiza por el criterio del legislador de que la superación de las pruebas selectivas (oposición libre o concurso-oposición) para el ingreso en los Cuerpos o Escalas que la referida norma reseña sustituye a las pruebas y períodos formativos previstos para la obtención del título profesional de abogado. Y así expresamente se razona en la exposición de motivos de la Ley de Acceso cuando señala sobre este particular que, «*asimismo, se ha resuelto la cuestión de aquellos que ejercen el derecho desde otra función para cuyo desempeño han superado pruebas selectivas acreditativas de capacitación jurídica, respecto de los cuales carecería de sentido someterlos a un proceso formativo y a una evaluación reiterativa si deciden pasar a desempeñar la abogacía o procura*».

Pruebas selectivas que se configuran y determinan en atención a las funciones encomendadas al cuerpo o escala en el que se ingresa, pues en rigor jurídico no existen pruebas selectivas de ingreso cuando de lo que se trata es de la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública por cuanto el proceso de selección para tal provisión —sea por concurso, sea por procedimiento de libre designación— se desarrolla entre

quienes ya son funcionarios públicos y, por tanto, entre quienes ya forman parte de cuerpos o escalas de la Administración.

A mayor abundamiento, si los términos «*siempre que desempeñen funciones de asistencia letrada o asesoramiento jurídico*» que figuran en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Acceso que nos ocupa se predicaran del concreto puesto de trabajo que el funcionario público desempeña en la Administración se llegaría al absurdo de que se harían depender de algo meramente circunstancial —e incluso temporal— consistente en el desempeño de un concreto puesto de trabajo o destino y en tanto éste se ocupa, siendo así, a fortiori, que el referido puesto de trabajo o destino podría ser también desempeñado por otro funcionario público perteneciente al mismo cuerpo o escala al que pertenece el funcionario que lo ostenta, e incluso por funcionarios públicos de otros cuerpos o escalas (salvo que se tratara de puesto de trabajo que en atención a su contenido y cometidos esté reservado en exclusiva a funcionarios de un concreto cuerpo o escala), y que incluso podrían no ostentar el título de licenciado o graduado en Derecho.

Las consideraciones expuestas permiten llegar a otra conclusión: los términos «*en su condición de licenciados en Derecho*» (o graduados en Derecho), que también figuran en el mismo apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Acceso, deben interpretarse en el sentido de que para el ingreso en el cuerpo o escala del grupo A (hoy A1) debe exigirse como titulación universitaria la de licenciado en Derecho (o grado en Derecho), y no cualquier licenciatura o grado, pues las funciones encomendadas al cuerpo o escala de que se trate y, por tanto, a los funcionarios públicos que ingresen en el mismo serán idénticas, esto es, con independencia del concreto título universitario que hubieran acreditado para tomar parte en el proceso selectivo. Pruebas selectivas que se configuran obviamente en atención a las funciones encomendadas al cuerpo o escala en el que se ingresa.

Ello supone que quien ingresa en un cuerpo o escala del grupo A1 para el que se requiere como titulación universitaria la de licenciado o graduado (cualquier licenciatura o grado), ostentando o haciendo valer el título de licenciado en Derecho o grado en Derecho, habrá ingresado en aquél no en su condición de licenciado en Derecho o graduado en Derecho (al no constituir los únicos títulos universitarios requeridos), sino en su condición de licenciado o graduado universitario.

Claro ejemplo de funcionarios públicos incluidos en el apartado 2.º de la disposición adicional tercera de la Ley de Acceso son los Abogados del Estado, «Cuerpo de funcionarios del grupo A1 para cuyo acceso se requiere el título universitario de licenciado en Derecho o grado en Derecho y con funciones de asesoramiento jurídico y defensa en juicio de la Administración».

V. Disposición adicional octava: «*Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes obtengan un título de licenciado en Derecho con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que se encuentren en condiciones de solicitar la expedición del título oficial de licenciado en Derecho, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes*».

La exención del título profesional de abogado para la colegiación se circunscribe en la disposición adicional que se analiza a quienes obtengan el título de licenciado en Derecho después del 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso), pues si lo obtuvieron con anterioridad a dicha fecha su colegiación con exención del referido título profesional habría de ajustarse a la previsión recogida en el apartado 3.º de la disposición transitoria única de la misma Ley.

Es llamativo que la disposición adicional que nos ocupa se refiera únicamente a quienes obtengan el título de licenciado en Derecho, quedando excluidos de su ámbito de aplicación quienes obtienen el título de grado en Derecho, cuando ambos títulos universitarios tienen el mismo tratamiento en el citado apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso.

Por tanto, quienes obtienen el título de grado en Derecho después del 31 de octubre de 2011 su colegiación pasará inevitablemente por la obtención del título profesional de abogado, operando así en toda su amplitud la previsión recogida en el artículo 1.4 de la Ley de Acceso, que impone la obtención del referido título profesional como requisito «imprescindible» para la colegiación.

Sin que sea posible entender que el título de licenciado en Derecho que menciona la disposición adicional octava abarque también el título de grado en Derecho toda vez que la disposición adicional séptima de la misma Ley determina que «a los efectos de la presente Ley, la referencia a grado en Derecho se entenderá hecha a la licenciatura en Derecho, cuando así proceda», pero no a la inversa. Y ello sin perjuicio de que si así fuera el título profesional de abogado quedaría vacío de contenido por inexistencia de supuestos a los que aplicar.

Al igual que ocurre con quienes se colegian con exención del título profesional de abogado al amparo del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso, la disposición adicional octava plantea la cuestión de si quienes se colegian a su amparo con exención del título profesional de abogado, de causar baja en el Colegio, ostentan el derecho de colegiarse en un futuro con idéntica exención a modo de derecho adquirido.

La Ley de Acceso contempla a modo de derecho adquirido para colegiarse con exención del título profesional de abogado los supuestos que recoge en los apartados 1.º y 2.º de su disposición transitoria única por las razones antes expuestas con ocasión de su análisis.

No obstante, la aplicación de la previsión recogida en el artículo 13.2.c) del EGA y el razonamiento de la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 30 de septiembre de 2016 (recurso de apelación n.º 539/2016) reseñados con anterioridad para sostener que quien se colegió con la exención del título profesional de abogado al amparo del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso y causa baja su futura colegiación estaría también exenta del citado título profesional cuando su precedente colegiación fue como ejerciente sería aplicable, mutatis mutandi, al supuesto previsto en la disposición adicional octava de la misma ley.

VI. Disposición adicional novena: *«Los títulos profesionales que se regulan en esta Ley no serán exigibles a quienes en el momento de entrada en vigor de la presente Ley hubieran solicitado la homologación de su título extranjero al de licenciado en Derecho, siempre que en el plazo máximo de dos años, a contar desde el momento en que obtengan dicha homologación, procedan a colegiarse, como ejercientes o no ejercientes».*

Esta disposición adicional exige para que la colegiación sea posible con exención del título profesional de abogado y exigido como requisito «imprescindible» para ello por el artículo 1.4 de la misma Ley de Acceso que la homologación del título extranjero al título oficial español de licenciado en Derecho se hubiera solicitado a fecha 31 de octubre de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso), aun cuando la homologación se conceda con posterioridad y con abstracción del período de tiempo que transcurra entre la solicitud de homologación y otorgamiento de ésta, por cuanto la disposición adi-

cional que se analiza impone que la colegiación se produzca dentro del plazo de dos años desde la homologación.

Se ha sostenido que en atención a los efectos de la homologación de un título extranjero al título oficial español de licenciado en Derecho carece de razón la disposición adicional novena de la Ley de Acceso al existir ya la disposición adicional octava de la misma ley y que abarcaría también el supuesto que contempla la citada disposición adicional novena.

Criterio rechazable pues quienes obtienen el título de licenciado en Derecho después del 31 de octubre de 2011 (supuesto a que se refiere la disposición adicional octava) iniciaron en todo caso los estudios tendentes a la obtención de dicho título universitario antes de dicha fecha, y ello porque el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales y que trae causa de la implantación del Plan o Declaración de Bolonia referente al proceso de construcción del Espacio Europeo de Educación Superior, señala en el apartado 2.º de su disposición adicional primera que «*en el curso académico 2010-2011 no podrán ofertarse plazas de nuevo ingreso en primer curso para las actuales titulaciones de Licenciado, Diplomado, Arquitecto, Ingeniero, Arquitecto Técnico e Ingeniero Técnico*».

Por tanto, como quiera que la solicitud de homologación de un título extranjero al título oficial español de licenciado en Derecho no es sino el espejo o equivalencia de la matriculación en las enseñanzas destinadas a la obtención de dicho título, si los licenciados en Derecho a que se refiere la disposición adicional octava de la Ley de Acceso iniciaron el proceso tendente a la obtención del citado título universitario antes del 31 de octubre de 2011, quienes obtienen un título extranjero susceptible de ser homologado al título de licenciado en Derecho deben haber iniciado también en la referida fecha el proceso tendente a la obtención —por la vía de homologación— del mismo título de licenciado en Derecho, siendo así que dicho proceso se inicia precisamente con la solicitud de homologación, razón por la cual la disposición adicional novena exige que la solicitud de homologación esté formulada en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso. Y el tratamiento que prevén las disposiciones adicionales octava y novena de la repetida ley son, a fortiori, semejantes pues ambas contemplan idéntico plazo (dos años) para proceder a la colegiación con exención del título profesional de abogado y partiendo ambas de la misma premisa, cual es que el proceso que culmina con la obtención del título de licenciado en Derecho está iniciado en la fecha (31 de octubre de 2011) en que entró en vigor la Ley de Acceso de constante cita.

Sobre la aplicación de la disposición adicional novena de la Ley de Acceso, y no de la disposición adicional octava de la misma ley, cuando se trata de homologación de un título extranjero al título oficial español de licenciado en Derecho se ha pronunciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 1.ª) en sentencia de 31 de marzo de 2015 (recurso de apelación n.º 1542/2014).

A diferencia del apartado 3.º de la disposición transitoria única de la Ley de Acceso, a la que la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dio nueva redacción y reiterando la que a su vez dio el Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, la disposición adicional novena de la Ley de Acceso es añadida ex novo por la citada ley, pues ninguna particularidad recogía la Ley de Acceso en su inicial redacción en relación con los títulos extranjeros homologados al título oficial español de licenciado en Derecho.

Partimos de la base de que la disposición adicional novena de la Ley de Acceso, con su actual redacción, fue añadida por la disposición final tercera apartado 3 del Real De-

creto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el 7 de marzo de 2012 y que fue convalidado a los efectos señalados en el artículo 86.2 de la Constitución por el Congreso de los Diputados en sesión del día 29 de marzo de 2012 (BOE de 11 de abril). Real decreto ley que a su vez fue derogado por la Ley 5/2012 antes citada, que entró en vigor el día 27 de julio de 2012, y en cuya disposición final cuarta añade (con idéntica redacción a la que recogía el precedente Real Decreto- Ley 5/2012, que deroga) la disposición adicional novena de la Ley de Acceso.

Por tanto, como quiera que el Real Decreto Ley 5/2012 estuvo en vigor desde el 7 de marzo de 2012 hasta el 27 de julio de 2012, fecha en que entró en vigor la Ley 5/2012 que expresamente lo deroga, y teniendo en cuenta que la disposición adicional novena de la Ley de Acceso, añadida por la citada Ley 5/2012, había sido añadida, valga la redundancia, con idéntica redacción por el mencionado Real Decreto Ley 5/2012, se concluye que en la práctica la referida disposición adicional novena de la Ley de Acceso está vigente —y sin solución de continuidad— desde el 7 de marzo de 2012, fecha de entrada en vigor del repetido Real Decreto Ley 5/2012, y no desde el 31 de octubre de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley de Acceso.

Resulta así criticable que la disposición adicional novena de la Ley de Acceso exija que la homologación del título extranjero al título oficial español de licenciado en Derecho haya sido solicitada el 31 de octubre de 2011 (fecha en que entró en vigor la Ley de Acceso), provocando con ello la situación de ciudadanos con título extranjero susceptible de ser homologado al título oficial español de licenciado en Derecho que antes de la referida fecha no habían solicitado la homologación sobre la base de que la Ley de Acceso, en su redacción originaria, no fijaba plazo alguno en que debían de haber pedido la homologación con la finalidad de que su colegiación estuviera exceptuada de la previa obtención del título profesional de abogado que como requisito «imprescindible» para ello impone el artículo 1.4 de la Ley de Acceso. Pues es obvio que quienes no pidieron la homologación el 31 de octubre de 2011 (fecha en que la Ley de Acceso no contaba con su actual disposición adicional novena), pudiendo haberlo hecho, se vieron súbitamente sorprendidos cuando transcurrida ya esa fecha se introduce en la Ley de Acceso y por Real Decreto Ley 5/2012 (que entró en vigor el 7 de marzo de 2012) la citada disposición adicional y con indudable eficacia retroactiva perjudicial, ya que los términos «*en el momento de entrada en vigor de la presente Ley*» que figuran en la repetida disposición adicional novena vienen referidos a la entrada en vigor de la Ley de Acceso (31 de octubre de 2011) y no a la entrada en vigor de la norma (7 de marzo de 2012) del Real Decreto Ley 5/2012, que la introduce o añade y con la redacción hoy vigente.

Se plantea también, al igual que acontece con quienes se colegian con exención del título profesional de abogado al amparo de la disposición adicional octava, la cuestión de que si quienes se colegian al amparo de la disposición adicional novena con exención del título profesional de abogado, de causar baja en el Colegio, ostentan el derecho de colegiarse en un futuro con idéntica exención a modo de derecho adquirido. Sobre este particular se reitera lo dicho anteriormente con ocasión del análisis de la disposición adicional octava.

Para finalizar es necesario recordar que la Ley de Acceso y su reglamento (Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, modificado por Real Decreto 150/2014, de 7 de marzo) prevén dos títulos profesionales distintos —el de abogado y el de procurador de los Tribunales— que se exige para la incorporación a un Colegio de Abogados o a un Colegio de Procuradores, y en el bien entendido que el título profesional de abogado no habilita para el ejercicio de la procura ni, por tanto, posibilita la colegiación en un Colegio de Procuradores, y a la inversa, es decir, que el título profesional de procurador no habilita

para el ejercicio de la abogacía ni, por tanto, posibilita la incorporación a un Colegio de Abogados.

Con el objeto de evitar dicho inconveniente, el Ministerio de Justicia ha elaborado un borrador de anteproyecto de modificación de la Ley de Acceso con el objeto de crear un único título profesional de abogado y procurador de los Tribunales que habilite la incorporación a un Colegio de Abogados y a un Colegio de Procuradores, posibilitando al mismo tiempo que quien ya ostente el título profesional de abogado o el título profesional de procurador se incorpore a un Colegio de Abogados y a un Colegio de Procuradores. Borrador de anteproyecto que sin embargo no repara en la situación en que se encuentran quienes con exención del título profesional de abogado o del título profesional de procurador se encuentran ya incorporados —incluso como ejercientes— a un Colegio de Abogados o a un Colegio de Procuradores, por lo que un abogado colegiado sin ostentar título profesional de abogado, para incorporarse a un Colegio de Procuradores, habría de obtener previamente el título profesional de abogado y procurador, esto es, un título que además le habilitaría para ejercer la abogacía, profesión que ya desempeña. Y a la inversa, un procurador colegiado sin ostentar el título profesional de procurador habría de obtener para incorporarse a un Colegio de Abogados el título profesional de abogado y procurador, esto es, un título que le habilitaría para desempeñar la procura, que ya ejerce.

Circunstancias todas ellas que permiten calificar la Ley de Acceso como una norma manifiestamente mejorable.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Los Colegios Profesionales. Administración Corporativa. *Cuadernos de Derecho Judicial* (Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial).

Ejercicio Profesional de la Abogacía. *Memento Práctico 2016-2017*. Francis Lefebvre.

Acceso a la Abogacía. *Memento Práctico 2016-2017*. Francis Lefebvre.

De profesión Abogado. *La Ley*, grupo Wolters Kluwer, 2008.

Incidencia de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre en la abogacía y valoración de los servicios profesionales). Pedro Lescure Ceñal, Foro de Opinión, Revista *Otrosí* (ICAM) de abril 2010.

VII. DERECHO PRIVADO

CRÓNICA PARLAMENTARIA DE LA PRIMERA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL: UN EJEMPLO DE PREVALENCIA DEL UTILITARISMO FRENTE AL DERECHO SUSTANTIVO. EL CASO DEL PAPEL SELLADO CORRESPONDIENTE AL AÑO EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

Miguel Ángel Gilabert Cervera

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL CÓDIGO CIVIL. 2.1. Antecedentes. 2.2. Regulación. 2.3. Sentido del papel sellado con constancia de su año. 3. LA DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA EL AÑO 1904. 3.1. El artículo 24 del proyecto de ley de presupuestos. 3.2. Anuncio de un problema. 3.3. Síntesis del debate. 4. LAS DISPOSICIONES ADICIONALES DEL CÓDIGO CIVIL. 5. LA SESIÓN DEL SENADO DE 17 DE MARZO DE 1904. 5.1. Preparación del cambio de planteamiento. 5.2. Recapitulación. 6. EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL. 6.1. Cambio de planteamiento. 6.2. El proyecto. 6.3. Procedimiento legislativo. 6.4. El papel sellado como garantía del testamento. 6.5. La consideración como aspecto menor. 6.6. El discurso de Felipe Sánchez Román. 7. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO

El Código Civil tardó prácticamente dieciséis años en sufrir su primera modificación. Recayó sobre una institución menor —el testamento ológrafo—, y, dentro de su regulación, afectó a un aspecto también menor —la exigencia de ser otorgado en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento—. Las razones sustantivas para mantener el requisito del papel sellado o suprimirlo, la conveniencia para la utilidad social de la institución, sin embargo fueron secundarias. Primaron razones que podríamos llamar utilitarias, de practicidad, ajenas al derecho civil o a la forma de testar. La intensidad de los debates parlamentarios se orientó desde sus inicios en cuestiones más relevantes que la mera modificación de una norma. Se trató de la entidad como norma jurídica del Código Civil y de su ubicación en el ordenamiento, el procedimiento legislativo para su reforma, la imprevisión del Gobierno y diversas cuestiones, todo ello aderezado con una oratoria brillante y una altura jurídica en las intervenciones verdaderamente excepcional. El Congreso de los Diputados permaneció ajeno a la polémica, que se desarrolló en la Cámara Alta. Los debates se produjeron en el Senado, en la legislatura 1903-1904, e intervinieron en ellos Fermín Calbetón y Blanchón, Antonio Maura y Montaner (presidente del Consejo de Ministros), Manuel Dánvila y Collado, Mariano Fernández de Henestrosa y Mioño, duque de Santo Mauro, Joaquín Sánchez de Toca y Calvo (ministro de Gracia y Justicia), Pablo Martínez Pardo, Rafael Martínez de Agulló y López Verges, Marqués de Vivel y Felipe Sánchez Román.

2. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL CÓDIGO CIVIL

2.1. Antecedentes

El testamento ológrafo no tuvo en España regulación hasta la codificación. Su recepción en ella mereció críticas, pero finalmente se impuso, con la finalidad de salvaguardar

un forma testamentaria que facilitara su privacidad total: *porque si bien allá en el Código visigodo resulta una reminiscencia de ese modo de expresar la última voluntad del hombre, luego, toda la legislación española es constante, hasta la ley recopilada, en establecer que no hay más que dos maneras de otorgar testamento: ó aquella en que se hace ante notario y tres testigos vecinos, presentes al otorgamiento, ó aquella en que el testamento se otorga ante cinco testigos sin notario. (...) En 1851, por vez primera, y tomándolo del Código civil francés, del de Holanda, del del cantón de Vaud, del de Italia, y aun pudiera añadir que del de la República Argentina, se insinuó por vez primera el testamento ológrafo, dando facilidades á cualquiera para otorgarlo, siempre que se adopten determinadas precauciones (...) Y, con efecto, el art. 564 del proyecto de Código civil de 1851, es lo que luego ha constituido el art. 688 del Código civil vigente (...)*¹. Contrapartida de esta facilidad testamentaria, las garantías de autenticidad tenían especial importancia para preservar tanto la autenticidad, como la facilidad en su protocolización.

La Ley de 11 de mayo de 1888 que estableció las bases al Gobierno para la redacción del Código Civil se limitó a indicar en la base 15 respecto de los testamentos que se mantendrá en su esencia la legislación vigente sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo... Nada, pues, se preestableció respecto de sus requisitos. Esta ausencia de previsiones en el detalle se utilizó argumentalmente en los debates y fue restada por Sánchez Román al evidenciar que tampoco el resto de instituciones recogidas en las demás bases eran detalladas.

2.2. Regulación

Los artículos 688 y ss. del Código Civil regularon la institución. El requisito del papel sellado, al que limitamos la referencia, se contiene en el primero de ellos: *«El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*

Para que sea válido este testamento deberá extenderse en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento y estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.

2.3. Sentido del papel sellado con constancia de su año

¿Tenía sentido la exigencia de su escritura en papel sellado correspondiente al año del otorgamiento? Esta cuestión, lógicamente, se planteó en los debates de su supresión. El sentido de esta formalidad era la garantía de la autenticidad de la fecha del testamento. La fecha del testamento se manifiesta por el testador y la advera, en cuanto al año, el papel sellado, puesto que en él figuraba su año. Un efecto adicional de la exigencia de su uso era la impositiva del impuesto sobre el timbre, si bien, hay que adelantar que en ningún debate se expresó como causa de su exigencia la recaudación fiscal. La exigencia

¹ Dánvila, sesión de 6 de junio de 1904, *Diario de Sesiones del Senado*, pág. 2798.

de solemnidades en el testamento ológrafo no era una restricción al mismo, sino, precisamente, lo contrario. Puesto que se previó su regulación resultaba necesario adoptar todas las cautelas posibles para hacerlo práctico y no problemático, evitando la incertidumbre de su anulación o no protocolización. Puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1918. Las garantías en el testamento ológrafo son medidas de fomento de su uso, frente a la falta de garantías. Resulta llamativo que hoy en día no hayan sido reguladas las exigencias para ser otorgado con tecnología digital y firma electrónica, lo cual solo se entiende por cierta aversión a esta modalidad testamentaria. No es cierto, como se ha dicho, que la supresión del requisito del papel sellado tuviera por finalidad facilitar el uso del testamento ológrafo.

3. LA DISCUSIÓN DEL ARTÍCULO 24 LA LEY DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA EL AÑO 1904

3.1. El artículo 24 del proyecto de ley de presupuestos

El artículo 24 del proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes dio nueva redacción al artículo 6 de la Ley del Timbre: «*Art. 24. El art. 6 de la vigente ley del Timbre del Estado se entenderá redactado en la forma siguiente: «Los efectos timbrados llevarán numeración correlativa, formando series del 1 al 9.999.999, excepto los timbres móviles equivalentes á las pólizas de Bolsa y para efecto de comercio los especiales móviles —y los de comunicaciones, cuya numeración será del 1 al 999.999, y las series de cada clase de efectos se distinguirán por indicaciones que acordará la Dirección general del ramo».*

Pero, en previsión de las consecuencias que ello pudiera tener, además, estableció un segundo párrafo: *Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones que armonicen lo preceptuado en este artículo, con todas las prescripciones legales que determinen como necesaria la expresión del año del papel timbrado.*

3.2. Anuncio de un problema

El día de Nochebuena de 1903, se debatía en el Senado, artículo a artículo, el proyecto, entre reproches de los senadores por el poco tiempo que se podía dedicar al debate precipitado de las enmiendas presentadas. Quedó aprobado el artículo 23 y dio lectura el vicepresidente al 24. El senador Calbetón pidió la palabra y anticipó el problema que creaba la norma, que podía resumirse así: (i) el 1 de enero de 1904 no habría papel sellado que consignara el año, al ser sustituido por la numeración correlativa de 1 a 9.999.999; (ii) el Tribunal Supremo exigía los requisitos formales del testamento ológrafo como esenciales, y por tanto, sin ellos, los testamentos serían nulos: *y declaró el Tribunal Supremo que era condición indispensable y esencial que se redactase en el papel del año en que se supusiese hecha la última disposición testamentaria*; (iii) la ciudadanía podría otorgar sus últimas voluntades desconociendo que no podrían surtir efecto alguno. Además, planteó la cuestión de técnica legislativa considerando que el Código Civil era una norma singular. Si bien no lo afirmó en sentido formal, sí materialmente, abordando el alcance que la atribución de armonización que se otorgaba al Gobierno en relación a las reformas del Código Civil: *¿Vamos á dejar al arbitrio del Gobierno el que armonice esta disposición legal con un precepto meramente administrativo ó fiscal de la ley de Presupuestos? ¿El Sr. Presidente del Consejo de Ministros puede autorizar que el Código civil, uno*

de los Códigos fundamentales de la vida, que tiene que ser reformado dentro de ciertas y determinadas condiciones, que el Código civil, en cualquier artículo, pero más especialmente en éste, que tiene una importancia tan grande, sea reformado por un artículo de la ley de Presupuestos? ¿Se va á dejar esa reforma al arbitrio de un Gobierno, por mucho que ese Gobierno valga, por mucha autoridad que tenga y por inmensa que sea la confianza que podamos depositar en él? No. Hay cosas que son imposibles á la voluntad de nosotros mismos, y una de ellas es esta. Terminó solicitando la retirada del proyecto y, todo lo más, descartada la delegación legislativa, su inmediata sustitución por otra norma que realmente armonizara los preceptos que exigían papel del sello del año (citó, accesoriamente, la Ley del Notariado).

El presidente del Consejo de Ministros, Maura, estaba presente en el debate del Senado y antes de que Calbetón terminara su intervención ya estaba puesto en pie para responderle. Calbetón había ido demasiado lejos, no en su planteamiento, sino en la alarma creada. De ser ciertas sus apreciaciones había un vacío importante y grave. Un discurso lógico y coherente debía ser rebatido en su base, y así lo hizo Maura al negar la premisa del razonamiento, defendiendo que el Código Civil no exigía la cifra del año, sino que fuera «correspondiente» al año, lo cual podía conseguirse igualmente con la nueva numeración correlativa. *Luego lo que importa es que el papel en que se ha otorgado el acto, sea del año correspondiente, no que el sello tenga una mujer sentada con una balanza ó con una espada, un león, en que esté escrito el año, sino que sea del año correspondiente.* La lucidez del argumento le llevó a profundizar en él, y en esa tarea se mostró su inconsistencia, pues expuso que los números al año consumidos podrían ser contabilizados e indicado el número con que daría comienzo el papel del año correspondiente siguiente, por ejemplo, dijo, el 2.487.000. Calbetón se revolvió en su escaño: *Eso es imposible, sencillamente.* Y Maura de inmediato no tuvo más remedio que pasar a la defensiva: *No digo que sea ésta la única fórmula; lo que digo es que, en cuanto conste el número del primer pliego de papel que se ha de usar en el año, ya es aquel el papel del año correspondiente.* Sin embargo, la posición de principio no se alteraba y el Gobierno consideraba que no existía problema alguno y que, de haberlo, bastaría un pequeño ajuste en el Código civil para garantizar que el papel sellado fuera del año: *El texto es tal (se refiere al artículo 688), repito, que no parece necesario modificarlo; pero si fuera menester retocar algunas disposiciones civiles ó notariales de modo que aquellas aludan á la expresión del año en el sello, se variaría el texto, pero no la esencia, puesto que repito que todas las garantías de autenticidad están en que no se pueda usar en el año 1905 papel del año 1904.*

La contestación de Calbetón, notablemente molesto con la ridiculización de la mujer y el león, ahondó en la inconsistencia de la contestación del presidente: *Lo que es imposible de todo punto es que la Administración sepa el 31 de Diciembre cuántos pliegos de papel se han expendido en aquel año, y cuál es el número que va á ser el primero del año 1904. Yo desafío y reto á S. S. á que me diga cuál es el procedimiento administrativo práctico para que en esto no haya una falsedad.* Reprochó, igualmente, la mayor dificultad, en la protocolización, de la necesaria prueba de la coincidencia de un cardinal de la numeración del papel con el año de la fecha del testamento. Finalizó su intervención con una declaración de principio: *Es muy grave que el Código civil se interprete por una ley de Presupuestos.* Pidió explicaciones al Gobierno para que no hubiera problema en la aplicación del artículo 688 a partir de 1 de enero y, a su vista, solicitaría votación nominal del precepto.

Con esta intervención parece que Maura tomó conciencia del problema, tanto en términos objetivos como en la forma en que lo había abordado y el riesgo de la votación, de modo que cambió el tono y la dirección del debate, que recondujo señalando que en 1904 no habría problema, puesto que si en 1903 el papel sellado consignaba el año y

en 1904 numeración correlativa, todo papel numerado, hasta el 31 de diciembre de 1904, estaría acreditado que pertenecía a dicho año: *De manera, Sr. Calbetón, que para disponer todo lo que haga falta para que en 1905 la distinción del papel sea absolutamente inequívoca y de fácil comprobación, tenemos doce meses, tiempo suficiente para podernos ver y hablar, y la Administración muchos más medios de acertar que los que yo pueda improvisar en este momento contestando á una observación de S. S. Por tanto, la distinción entre el papel de 1903 y el de 1904, resultará evidentísima. Para 1905, estarán dictadas todas las disposiciones que habremos examinado, y entonces proveeremos. Así, pues, peligro no hay ninguno. Yo tengo la confianza de que eso se salvará, porque no me parece una dificultad insuperable.*

Pero, con su intervención Maura había mostrado el lado más débil de la reforma y es que, en realidad, no se había previsto cómo afectaba la nueva norma fiscal al precepto sustantivo, y Calbetón intervino concluyentemente: *Es decir, que el año 1904 tendremos papel sellado sin que contenga la expresión del año en que esté tirado; pero en 1905 lo tendremos con el año del sello, y así se entenderá perfectamente que ese papel en que no consta la expresión del año es el de 1904. ¿No es esto? Maura no quería dar por sentado que renunciaba al cambio del sistema de identificación del papel sellado, pero, cuanto más se zafaba de su adversario, su sendero argumental se volvía más angosto: Su señoría da por resuelto que en el año 1905 habrá que volver á la práctica de expresar en el papel el año. Si esto fuera necesario, para que no se originaran inconvenientes á los ciudadanos españoles que tengan que usar papel timbrado, se volvaría á poner el año, y de esta suerte se cumplirían los deberes de Gobierno. No excluyo yo que el desengaño en la experiencia nos lleve á eso; pero desde que se ha iniciado esta modificación, que no ha sido caprichosa, se ha creído que no será menester volver á este sistema. Lo que hay es que hasta fin de 1904 tenemos tiempo de saber si las disposiciones que tome el Gobierno son bastantes para tranquilizar á todo el mundo. De modo que al excluir eso no convenimos en que haya necesidad de tener que volver á expresar la fecha en el sello. Había, finalmente, Calbetón, hecho reconocer al presidente del Gobierno la falta de previsión existente en la norma de modo explícito, y ahora solo faltaba la guinda a su intervención. Las declaraciones hechas en el Parlamento no tienen, por solemnes que ellas sean, fuerza de ley, inquirió a Maura, para, tras diversas observaciones, concluir bueno será que de alguna manera quede consignado que, si durante todo el año de 1904 no trae el Gobierno una fórmula que satisfaga á todo el mundo, en 1905 tendrá que sellarse el papel con el año. Terminó su intervención el presidente porfiando al año venidero que era tiempo suficiente para encontrar una solución al problema. Se votó y se aprobó el artículo 24 de la Ley de Presupuestos.*

3.3. Síntesis del debate

De este debate destacan algunos aspectos. En el plano de la dialéctica parlamentaria la falta de preparación para el mismo de Maura, cuyos argumentos parecían fruto de la improvisación. Calbetón hizo gala de agudeza para el planteamiento de la cuestión por su profundidad. Pero, sobre la cuestión en sí, esto es, el conflicto creado sobre un requisito esencial para la validez del testamento ológrafo, se manifestó la superioridad material que se pretendió haber valer del Código Civil sobre la Ley de Presupuestos. Además, en el inicio de su intervención, Calbetón desliza una expresión y que abordaremos de inmediato (...) *el Código civil, uno de los Códigos fundamentales de la vida, que tiene que ser reformado dentro de ciertas y determinadas condiciones (...)*. De su intervención se deduce que consideraba impensable que pudiera entenderse una derogación tácita del artículo 688 del Código civil por una mera Ley de Presupuestos: *Nosotros no podemos autorizar*

ni á ese Gobierno, ni á ningún otro, la reforma del Código civil por medio de una disposición del articulado de la ley de Presupuestos. Maura no habló en momento alguno de supresión del requisito.

4. LAS DISPOSICIONES ADICIONALES DEL CÓDIGO CIVIL

Calbetón hizo estas afirmaciones con fundamento, pues las disposiciones adicionales del Código civil, establecían el procedimiento para su reforma:

Primera. El Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán al Ministerio de Gracia y Justicia, al fin de cada año, una Memoria, en la que, refiriéndose a los negocios de que hayan conocido durante el mismo las Salas de lo civil, señalen las deficiencias y dudas que hayan encontrado al aplicar este Código. En ella harán constar detalladamente las cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal.

Segunda. El Ministerio de Gracia y Justicia pasará estas Memorias y un ejemplar de la Estadística civil del mismo año a la Comisión General de Codificación.

Tercera. En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.

5. LA SESIÓN DEL SENADO DE 17 DE MARZO DE 1904

5.1. Preparación del cambio de planteamiento

El duque de Santo Mauro dirigió una pregunta al ministro de Gracia y Justicia, Sánchez de Toca. Por su tenor, más bien parecía una intervención dirigida por el mismo ministro para tener la oportunidad de explicar el estado de la solución al conflicto entre el artículo 688 del Código civil y el nuevo artículo 6 de la Ley del Timbre, modificado por vía de Ley de Presupuestos como hemos visto. Desde luego, si el tono de la intervención del duque era inofensivo, *podiera habérsela dirigido particularmente á S. S. sin necesidad de darla el aparato que supone el formularle en público, pues de todos modos la hubiera satisfecho; pero, en fin, expondré mi duda al Senado y á S. S.*, las palabras del ministro tenían mayor intención y significado. Estaba presente en la sesión Calbetón. Podemos suponer que la intervención de Sánchez de Toca buscaba reparar, en lo posible, la de Maura, informar sobre cómo se estaba trabajando en la cuestión y salir al paso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo reciente. En relación a la sesión de diciembre se limitó a señalar que el nuevo sistema de numeración del papel sellado daba *una especial garantía que quizá no hubiese existido en los años anteriores*. Garantía que, desde luego, no explicó. Respecto de las medidas que se estaban adoptando reconoció que el Ministerio de Hacienda había hecho una *consulta* al de Gracia y Justicia. Bajo tal eufemismo, en realidad, reconoció que *en Hacienda, con el carácter técnico que prevalece en aquellas oficinas, se aspiraba á que por una disposición de aquel Centro, pudiera entenderse subordinada la interpretación del Código civil*. En el Ministerio de Gracia y Justicia prevaleció el criterio de que *el Código civil lleva en si mismo el procedimiento para hacer su rectificación y modificación*, aunque, de inmediato, matizó, *cierto que con carácter general, y aquí se trataba no más que de un artículo*. Así como que, en materia de interpretación, debía tener preferencia el Código civil. Informó de que la consulta de Hacienda *fué pasada á, la*

Comisión de Códigos. Una especie de Comisión de personas de la más alta competencia entendió en ella. Se dividieron los pareceres; todavía no está bien definido si fueron tres ó cuatro criterios distintos los que hubo, y hoy está pendiente el asunto de esta resolución definitiva. En estas palabras había dos precisiones cuyo significado, probablemente, no se alcanzarán todavía a comprender, la reducción de la modificación a un artículo y la referencia a la Comisión de Códigos. No podía, sin embargo, terminar su intervención sin exponer que en el mes de Noviembre ó Diciembre último no preciso la fecha porque no pensaba que se me haría tal pregunta, hay precisamente una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia que determina que la redacción de esos testamentos ha de hacerse en papel en que aparezca el sello del año en que se otorguen, por lo cual hay que tener en cuenta esta determinación para tomar una resolución definitiva.

Como se ha dicho, Calbetón estaba presente en la sesión, así que, tras los agradecimientos mostrados por Santo Mauro, pidió el uso de la palabra y tras señalar que el Tribunal Supremo había interpretado el Código Civil de acuerdo con su tenor literal, recordó el debate con D. Antonio Maura *El Sr. Presidente del Consejo de Ministros es un abogado notabilísimo, es un jurisconsulto de dotes eminentes; pero cualquiera que sea su opinión y cualesquiera que sean las razones en las que esa opinión se funde, una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia vale más para mí, y para todos, que una contestación jurídica, que un dictamen del Sr. Presidente del Consejo de Ministros como tal, ó como abogado; y contra la opinión de S.S. estaba esa sentencia que acaba de citar, y que es quizás posterior a lo que aquí me contestó el Sr D. Antonio Mauro, como abogado ó como Presidente del Consejo de Ministros.* El ministro insistió en que el problema surgiría solo a partir de 1905, en clara contradicción con su intervención anterior: *En ello han coincidido todos los señores que han dado dictamen en la Comisión de Códigos, y si puede haber alguna duda será para cuando empiece el año 1905; pero en el ejercicio en que estamos, en el año 1904, esta duda no existe, porque no hay procedimiento más eficaz que la numeración correlativa que desde 1.º de Enero se está llevando en el papel sellado para demostrar cuál es el correspondiente á este ejercicio. Si en 1905 naciera la dificultad, para entonces estará prevista y bien solventada.* Reprodujo el argumentario de Maura. Al igual que en la contestación a Santo Mauro, hizo una referencia a la Comisión de Códigos llena de intención. Pero el argumento no paró ahí, sino que, directamente y, por vez primera, deslizó que la exigencia de papel sellado correspondiente al año del otorgamiento *más que un requisito y una garantía especial con arreglo al tenor del mismo artículo, resulta una minucia en la forma.* Es decir, negó la función de garantía. Ilustró sobre alguna solución que habían dado los individuos de la Comisión de Códigos *que han dado dictamen sobre este particular, como realizar una edición especial de papel sellado para los testamentos ológrafos en los que constara el año, pero no anticipo lo que son las soluciones, porque sería entrar en materia vedada.* Volvió Calbetón a intervenir con sus planteamientos lógicos y positivistas. Explicó la diferencia entre autenticidad y validez, de modo que el testamento ológrafo, por auténtico que fuera podía carecer de validez si no tenía las formas legales y llamó la atención sobre el hecho de que el Código, *y cuanto más llegemos á tos testamentos especiales, que son más liberales, que son en los que el testador tiene más facilidades de poder dar á conocer su voluntad sin que nadie se entere, cuanto más nos aproximemos á éstos, más formalidades externas exige el legislador para garantizar la seguridad absoluta de que el documento no es falso.* El ministro contestó nuevamente. Como Calbetón le había invitado a otorgar testamento ológrafo con el papel correlativo y llevarlo al Tribunal Supremo a ver qué decía, ironizó en la respuesta y mostró su escepticismo en la confianza en las soluciones de los tribunales *es bien sabido que en el foro, lo que han tenido más experiencia, los que están ya encanecidos en él dicen que lo que les ha resultado de su experiencia forense*

es que aquellos pleitos que de principiantes debieron haber ganado, los perdieron, y al contrario, cuando están ya llenos de senectud y de práctica, les sorprende muchas veces el ganar pleitos que debieron perder; y es que el prestigio y la autoridad que se va concentrando en la vida del foro y el ahincamiento de la ciencia jurídica, cuando se constituye; en aureola como la que representa la Comisión que hoy actúa en la confección de nuestros Códigos, era una de las garantías principales de autoridad y de prestigio personal para que aquellas deficiencias que se advierten en el texto de los Códigos produzcan inmediata rectificación, aun cuando sobre ellas no hubiera sonado todavía la gran voz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Anunció, finalmente, que antes de vencer el semestre se traería la solución.

5.2. Recapitulación

Recapitemos lo ocurrido. El papel sellado se emitía anualmente y en los pliegos figuraba el año. Se consideraba este sistema antieconómico, por cuanto emitido papel de un año se recogía el del anterior. Para salvar esta situación se decidió —después veremos que también hubo polémica en quién lo decidió— sustituir este sistema por una numeración correlativa, que haría innecesario recoger el papel antiguo. Esta decisión se adoptó en la Ley de Presupuestos, autorizando al Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para armonizar el nuevo sistema con las restantes normas que exigían la constancia del año en el papel. Ocurre que, en determinadas normas, el uso del papel del año tenía una enorme importancia, hasta el punto de condicionar la validez misma del documento. Así ocurría con el testamento ológrafo por mor del artículo 688 del Código civil. Discutiéndose la Ley de Presupuestos los últimos días del año se planteó el enorme riesgo de condenar a la nulidad a los testamentos ológrafos otorgados desde el 1 de enero siguiente. El único remedio era considerar el papel correlativo como del año 1904, y ya se proveería para 1905 un remedio adecuado al problema. Se descartaron soluciones, tales como una interpretación que emanara del Ministerio de Hacienda, o emisiones especiales para este testamento. En definitiva, había un conflicto entre una norma sustantiva —el Código civil—, y otra adjetiva —La modificación de la Ley del Timbre en la de Presupuestos—. Había que armonizar, tal era el mandato al Gobierno.

6. EL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

6.1. Cambio de planteamiento

Como sabemos, la solución que se dio finalmente al problema fue la supresión de la exigencia del papel sellado del año correspondiente al otorgamiento. La causa del problema no era, sin embargo, esta exigencia, que había estado 16 años vigente y apenas había provocado litigiosidad. La causa del problema era la nueva numeración del papel sellado. El Gobierno no fue capaz de conciliar ambas disposiciones y frente a los sucesivos anuncios de búsqueda de un sistema que hiciera compatibles las normas, optó por la supresión del requisito, no importándole que sufriera el procedimiento de modificación del Código Civil, la institución del testamento ológrafo o la supeditación, sin otra causa, de éste a la mera numeración por razones de orden práctico del papel sellado.

No se planteó discusión alguna en el Congreso. Cuando el proyecto se remitió por el Senado, el Congreso se limitó al nombramiento de la comisión correspondiente y a la aprobación definitiva. Distinto fue el caso del Senado. La discusión fue potente y de

elevada altura jurídica. Se desarrolló en tres sesiones, en las que tuvieron protagonismo, Dánvila, Sánchez de Toca, Martínez Pardo y Felipe Sánchez Román, respectivamente.

6.2. El proyecto

El 3 de junio aprobó presentó la comisión nombrada al efecto el oportuno dictamen sobre el proyecto de ley, en el que el artículo 688 quedaba redactado del siguiente tenor:

Artículo único. El art. 688 del Código civil se modifica en la forma siguiente:

Art. 688. El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Si contuviere palabras tachadas, enmendadas ó entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.

Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma.»

Art. 732. Los españoles podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose á las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

También podrán testar en alta mar durante su navegación en un buque extranjero con sujeción á las leyes de la Nación á que el buque pertenezca.

Podrán asimismo hacer testamento ológrafo con arreglo al art. 688 aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento.

Y pasó a discusión del pleno. El debate se desarrolló los días 6, 7 y 8 de junio y se hizo así porque pidió el día 6 el ministro de Justicia contestar al senador Dánvila que al día siguiente. Dicho día intervinieron en defensa del proyecto Martínez Pardo, por la Comisión, y el ministro, en contestación. Manifestó Sánchez Román que quince minutos que restaban de sesión eran insuficientes para su intervención y, no sin cierta tensión, se aplazó el debate para el siguiente día. El discurso de Felipe Sánchez Román constituye una importante pieza de oratoria cuya consulta, suple, desde luego los comentarios que sobre el mismo se puedan aquí hacer.

6.3. Procedimiento legislativo

Dánvila expuso, en primer lugar, que la modificación del Código Civil debía de atenerse al procedimiento establecido en las disposiciones adicionales del mismo y, por tanto, debía partir de unas memorias elaboradas anualmente por los tribunales, que serían elevadas a la Comisión General de Codificación la cual, cada diez años, propondría las reformas necesarias. No había autonomía del Gobierno para presentar, al margen de este procedimiento, un proyecto de ley de modificación del Código Civil. Hacía veinte años que Dánvila formaba parte de la Comisión General de Codificación y, dentro de ella, de la Sección Primera de Derecho Civil. *La iniciativa, pues, del Ministro de Gracia y Justicia está limitada por una ley, porque no pueden hacerse reformas parciales en el Código civil sin seguir el procedimiento marcado en la disposición primera transitoria. Toda reforma parcial está prohibida; la reforma se ha de realizar de diez en diez años por la Comisión general de codificación, y como en el proyecto presentado por el Sr. Ministro, que vamos á discutir, aunque brevemente, no ha indicado que se haya oído respecto de ese proyecto de ley á la Comisión general de codificación, y de mí puedo afirmar que perteneciendo á la Sección primera de lo civil, que es la que debiera entender en la reforma del Código español, no he sido convocado*

ni una sola vez, ni nos hemos reunido hace muchísimo tiempo, ni hemos discutido esta reforma, comienzo por decir y sostener que el proyecto presentado por el Sr. Ministro de Gracia y Justicia trae un vicio de origen, pues si hay una ley que dice que toda reforma en el Código civil se hará cada diez años, y éstos han pasado ya, debe realizarse por la Comisión general de codificación, la cual no ha sido oída, ni escuchada, ni atendida, y, por tanto, el Sr. Ministro, contra su voluntad acaso, ha infringido la disposición primera transitoria del Código civil, presentando por sí y ante sí una reforma parcial del mismo, como mañana pudiera presentar otra que fuera más importante; por ejemplo, la reglamentación del consejo de familia, que tanta falta hace, ó cualquiera otra, porque si se aceptase el principio de que el Ministro puede, sin oír á la Comisión general de codificación, presentar una reforma parcial del Código civil, entonces estaría autorizado para todo, María autorizado para presentar lo que juzgase conveniente; pero en este caso yo sostengo que queda completamente infringida la disposición primera transitoria de ese mismo Código civil. Martínez Pardo, aún cuando se remitió a la próxima contestación del ministro de Gracia y Justicia, que era a quien se reprochaba el incumplimiento, consideró que no era de apreciar, puesto que se trataba de una reforma puntual, y no de la general prevista en las adicionales, que sí había sido oída la Comisión de Códigos, en los presidentes de sus secciones, que el artículo 24 podría autorizar al Gobierno a adoptar esta disposición sin necesidad de pasar por el Parlamento, y, finalmente, dejaba en mera retórica las disposiciones adicionales del Código civil: *y si el Parlamento con el Rey hizo el Código civil, el Parlamento con el Rey puede modificarlo ó adicionarlo, y mucho más hacer una cosa tan sencilla como es ponerle en armonía con otras disposiciones legales.* En la misma línea se pronunció el ministro alegando que sin ser necesario el informe de la Comisión de Códigos, por no tratarse de una ley general de revisión, y por contener el artículo 24 de la Ley de Presupuestos una autorización *palmaria para modificar las leyes*, y si no lo hizo así el Gobierno fue porque al tratarse de una reforma del Código civil no se consideraban *moralmente autorizados* y aun así, optó el Gobierno por oír a la Comisión de Códigos, pero no lo hizo en su Sección Primera de Derecho Civil, sino nombrando una comisión específica, por considerar que se trataba de una ley especial como autorizaba el reglamento, compuesta por los presidentes de las secciones. Las expresiones utilizadas por el ministro en marzo, en las contestaciones a Santo Mauro y a Calbetón anunciaban este proceder que no se atrevió a confesar abiertamente entonces. En justificación de esta forma de consulta, manifestó: *de modo que donde están ellos, me parece que cada uno de los individuos de su respectiva Sección bien pueden decir que está la Sección entera; y donde están ellos cuatro, bien se puede decir que está la Comisión de Códigos entera para continuar reprochando la parálisis de funcionamiento de la comisión misma.* Sánchez Román —adelantamos su contestación—, en este punto, dudó de la legalidad de la forma de consulta a la Comisión, pero, dando por buena la intención, reprochó haber hecho tabla rasa de las cuatro opiniones recabadas.

6.4. El papel sellado como garantía del testamento

En relación a la cuestión de fondo, Dánvila dio muestras de gran erudición en la materia. Expuso los antecedentes del testamento ológrafo en el Código, al que ya se ha hecho referencia, y relató con detalle las sentencias del Tribunal Supremo recaídas sobre el mismo, con especial referencia a aquéllas que se centraron en el uso del papel sellado del año: *Ya ve, pues, el Senado que el uso ó no uso del papel sellado en el testamento ológrafo ha sido objeto de diferentes dudas y de diversas resoluciones, estableciéndose en ellas que es de esencia para la validez del testamento ológrafo el uso del papel sellado; y aquí nos*

*encontramos ya con la cuestión que trae el proyecto que discutimos. A continuación abordó la cuestión nuclear: ¿es el papel sellado del año una garantía del testamento ológrafo? Y, si es una garantía, ¿por qué se suprime? A la primera cuestión respondió indicando que el papel sellado da garantía de la fecha, del año, nada más, pero era una garantía importante. A la segunda cuestión identificó la causa ya conocida del artículo 24 de la ley de presupuestos, concluyendo, *Creo haber planteado ante la Cámara la única cuestión que hay que tratar aquí; esto es, si el uso del papel sellado del año correspondiente, es una garantía del testamento ológrafo á no lo es. Si no lo es, claro está que se puede suprimir; pero si, como dice el Código, y como dijo ya el proyecto de Código de 1851, esto es una garantía indispensable, y sobre ello ha dicho también su última palabra el Tribunal Supremo, no se puede á mi juicio prescindir de esta garantía en una clase de testamentifacción y en una clase de documentos en que toda garantía es poca.**

6.5. La consideración como aspecto menor

Martínez Pardo, por parte, en calidad de presidente de la Comisión, redujo la importancia del problema tratándose de una cuestión que verdaderamente no es fundamental para el cuerpo legal, en el que hace, no una modificación, sino una ligerísima rectificación, que permita ponerlo en armonía con otra ley que haría imposible totalmente su cumplimiento si esa corrección no se hiciera. Pero, lo más interesante de su intervención fue la equiparación normativa, entre la ley de presupuestos y el código civil, el texto, pues, del art. 688 del Código civil y el texto de este art. 24 de la ley de Presupuestos, ambas leyes vigentes, ambas con igual eficacia, ambas con igual fuerza obligatoria y ambas de ineludible cumplimiento, plantean la cuestión. Planteaba la cuestión como de mera relación entre normas del mismo rango, con el límite de que no argumentó la derogación tácita. Una antinomia, dijo, pero, a continuación deslizó una expresión verdaderamente relevante: y además la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, que había dicho ya en una sentencia del año 1903 que el requisito de que el testamento estuviera escrito en el papel sellado correspondiente al año en que fué otorgado el documento era de rigor, era de esencialidad para la validez del testamento mismo. Había que armonizar y que hacer lo que se ha hecho; (...). Así que la solución resultaba la adecuada pues el requisito de que el testamento ológrafo esté extendido en papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, es un requisito esencial, permítaseme la frase, no per se, sino porque el Código lo exige; desde que el Código lo suprima no será requisito esencial ni afectará á la esencia y á la índole del testamento ológrafo. He remarcado la mención de las sentencias, singularmente la de final de 1903, que ya había salido a la luz en anteriores debates, por que constituyó el punto de inflexión de lo que podríamos llamar la «crisis de papel sellado del año». La imprevisión inicial del Gobierno mostrada por Calbetón en los debates del presupuesto, dio lugar a una ambigua respuesta posibilista del presidente del Consejo de Ministros, considerando que podría coonestarse la determinación del año con la numeración del papel. En dicha línea se mantuvo el ministro en el debate de marzo. Sin embargo, el Tribunal Supremo —ajeno a la polémica— había terciado en ella con una sentencia de apenas unos meses antes. Al considerar la misma que el artículo 688 requería la identificación del año del papel sellado, se corría el riesgo de que no sirvieran otras formas de identificar la correspondencia del año con la numeración, lo que provocó la decisión, no ya de armonizar, sino de, abruptamente, suprimir el requisito. Bien avanzada la discusión, surgió otro aspecto relevante en la exigencia del año del papel sellado, como era la unidad de acto. El Tribunal Supremo, en sus sentencias, había reconocido la posibilidad de que el testador lo hiciera

el testamento en un solo acto, sino que su redacción pudiera abarcar varios días. Si coincidía ello con el final del año, llevaría el testamento papel del año anterior y firma del siguiente: *Desde el momento que se echa abajo la unidad del acto, no es osadía creer que no es garantía del testamento ológrafo la circunstancia de que esté redactado en papel sellado del año de su otorgamiento.* El debate continuó el día 7 con las sucesivas rectificaciones de Dánvila, Martínez Pardo y Sánchez de Toca, ahondando en lo que ya habían expuesto. Pero, a punto de expirar la sesión, eran las siete y cuarto de la tarde, pidió la palabra Sánchez Román exponiendo que quince minutos no eran bastantes para su intervención y solicitando aplazarla al siguiente día. El ministro anunció que no podía comprometer su presencia el día 8, pero Sánchez Román insistió, aplazándose la discusión. Lo cierto es que, al siguiente día, el ministro, aunque un tanto retrasado, presenció e intervino en el debate.

6.6. El discurso de Felipe Sánchez Román

Se trata de una brillante y extensa intervención parlamentaria cuya consulta resulta ilustra por sí sola. En ella no se abordó tanto la cuestión de fondo, como la forma de legislar. Partió —con su potente voz— en ella del significado histórico de la codificación civil y del necesario respecto a la misma en las modificaciones que se hicieran del Código: *La cuestión para algunos parece baladí, insignificante. Ese es el motivo principal de mi alarma. Yo no puedo sentir tranquilidad, no por influjo de mi criterio, que vale poco, sino por el resultado de una experiencia y de una observación á que vengo obligado por mil motivos, cuando me encuentro con un Gobierno que pone sus manos pecadoras con tanta facilidad en asuntos de esta transcendencia, y lo hace seguramente respondiendo á un estado de equivocada convicción de que se trata de una cosa insignificante. Si no fuera por algo que se refiere, así como al elemento educativo en la vida de los Gobiernos, á algo que importa á la buena gestión de los Parlamentos, este asunto no tendría en sí tanta importancia. La tiene, no sólo por ella en sí misma, sino por la transcendencia que tiene el consagrar como buena práctica de Gobierno lo que riñe con todas las más elementales máximas de una buena técnica gubernamental.* Indicado el propósito principal de su intervención recreó la razón inmediata de la reforma legislativa contenida en el párrafo segundo del artículo 24 de la Ley de Presupuestos, que leyó remarcando las palabras claves: **«Se autoriza al Gobierno (óigase bien, al Gobierno) para dictar (es decir, para dictar el Gobierno) las disposiciones (no reformar las leyes) que armonicen lo preceptuado en este artículo con todas las prescripciones legales que determinan como necesaria la expresión del año del papel sellado».**

Y anunció a renglón seguido el sentido de su voto que iba razonar: y yo, francamente, como entiendo que esa reforma no es *legal*, que no es *necesaria*, que no es *prudente*, que no es *acertada*, y que no se *acomoda* ni *ajusta á las buenas prácticas de una discreta técnica gubernamental*, por estas razones y otras muchas que pudieran aducirse, estimo que debo oponer mi humilde voto en contra. Para justificar que el proyecto no era legal realizó una detallada interpretación del artículo 24 de la Ley de Presupuestos, sistemática y literal, concluyendo que no autorizaba proponer al Gobierno una reforma legislativa. Su mandato era claro, el gobierno podía dictar disposiciones armonizadoras *desde que aquí (en referencia al artículo 24) se declara que debe condicionarse ó armonizarse con las prescripciones legales, es claro que estas prescripciones legales han de subsistir, han de seguir siendo tales prescripciones legales, no han de modificarse, y es necesario que lo que se armonice sea la acción del Gobierno en la aplicación de la modificación del art. 24 de la ley*

de Presupuestos. O no sabemos lo que es castellano, ó no entendemos las cosas, ó es necesario que se busque otro texto para justificar la ligereza de conducta con que, con un conocimiento de causa deplorable, porque ha habido faros bien luminosos que han enseñado el camino de la verdad, ha obrado ese Gobierno, dándonos un ejemplo pernicioso de cómo administra los intereses públicos, que tienen su fórmula más solemne en respetar las leyes establecidas. El artículo 24, o sea, el nuevo artículo 6 de la Ley del Timbre no podía entenderse como derogatorio del artículo 688 en el punto del papel sellado, como parecía deducirse de la exposición del proyecto o, incluso, de la intervención de Martínez Pardo. Abordó igualmente la vulneración del procedimiento de reforma del propio Código civil en las adicionales. Además, invocó que la reforma no era necesaria. No era una necesidad del Código civil, sino que tuvo su origen en las necesidades del Ministerio de Hacienda: *Os habéis valido, para acometer la reforma, de un informe que el Ministerio de Hacienda se ha servido remitir al Ministerio de Gracia y Justicia; éste es un fundamento en el cual hay una verdadera oficiosidad excesiva y un extravío de funciones notorio: ¿qué tiene que ver el Ministerio de Hacienda ni sus dignos funcionarios para decir y hacer nada que pueda cambiar doctrinalmente ninguna de las disposiciones del Código civil? (...) el Ministerio de Gracia y Justicia no ha hecho más que adaptarse al criterio del de Hacienda sólo por la solidaridad que debe haber entre las entidades que constituyen Gobierno, usurpando así el Ministerio de Hacienda las atribuciones y la vigilancia de los intereses morales que están bajo la dirección y confiados á la custodia del Ministerio de Gracia y Justicia.* No era, prosiguió, una reforma prudente, pues de modo precipitado se mutilaba un aspecto de una institución, sin considerar el todo, que era a lo que respondía el procedimiento de reforma. Con ocasión de esta observación ajustó la intervención de Martínez Pardo: *Claro es que aquí se puede hacer todo; las Cámaras, sancionando la Corona sus determinaciones y votos, pueden iniciar toda novedad que se refiera al régimen legal dentro de un criterio constitucional perfecto. Pero esto no se ha estimado nunca como prudente y conveniente(...).* Y continuó: *Pero si no es legal, ni necesaria, ni prudente, ¿es por ventura acertada? Yo creo que tampoco (...)* Es, pues, el requisito de que el testamento ológrafo esté otorgado en papel sellado del año correspondiente á su otorgamiento, un requisito que mira á la autenticidad, que mira á la veracidad del testamento, una condición de garantía que tiene mucha importancia desde el punto de vista moral y desde el punto de vista legal en la autenticidad del testamento. Continuó la desacreditación de la reforma en los informes de la comisión de códigos. Cuatro se habían evacuado por los presidentes de sus secciones y ninguno de ellos consideró la necesidad de la derogación propuesta, lo que le llevó a calificarla de carente de cortesía. Continuó el discurso y sus réplicas por parte tanto de Vivel, que actuaba en representación de la Comisión como del ministro. La intensidad y extensión de sus intervenciones impide reproducirlas y aun resumirlas en este momento por las limitaciones propias del trabajo. Salieron a relucir otras cuestiones como una actualización de la codificación pendiente desde la Ley de Presupuestos para 1900 o, incluso, la intencionalidad del Partido Liberal en la cuestión. Pero el denominador común, en cuanto a la cuestión concreta, fue el reproche a Sánchez Román de la exageración en cuestión que realmente era nimia, y el mantenimiento del mismo que se estaban discutiendo verdaderas cuestiones de principio: *Su señoría es el que tiene no sé qué habilidad exquisita para reducir las proporciones de las cosas. Yo diría que había en esto cierto trabajo de prestidigitación intelectual por parte de S. S., que le permite hacer de una cosa tan transcendental otra insignificante, porque tiene tal poder en su palabra, que hace como los grandes prestidigitadores, reducir los cuerpos grandes á chicos. Eso es lo que hace S. S. en un asunto que tiene la transcendencia y la importancia de éste, presentarlo como cosa insignificante. Hay aquí un escamoteo del argumento principal, empleando una palabra poco de mi gusto, y ocurre que por un procedimiento que no está establecido para la revisión, se toca á uno de los artículos del Código civil*

con motivo de una incidencia fiscal, quiéralo ó no el texto de la ley de Presupuestos, que ya he demostrado que no lo quiere, y á pesar de que se hayan pronunciado en contra unánimemente los cuatro presidentes de las Secciones de la Comisión de Códigos consultados, pero no atendidos por S. S.

7. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

En la reforma del artículo 688 del Código Civil, significativa, sin duda, por ser la primera, pero, ciertamente menor, lo menos importante fue la reforma en sí y, lo más, las cuestiones de principio se batieron en 1904, que revelan unos usos que todavía hoy se producen. Así, en primer lugar, se trató de una modificación legislativa contra la interpretación judicial: la idea inicial del Gobierno era la mera armonización. A eso autorizó el artículo 24 de la Ley de Presupuestos. El Tribunal Supremo sentenció la esencialidad del requisito formal. De modo que la reforma ni tenía su origen en la necesidad de la institución—por legítimo que ello hubiera sido—ni la tuvo en la intención original del Gobierno. Se legisló así para sortear el criterio de los tribunales—la forma ad solemnitatem— y mantener el criterio del Gobierno —la numeración correlativa—.

El Ministerio de Hacienda, en segundo lugar, por razones legítimas, ni siquiera fiscales propiamente, sino de mera organización y conveniencia (así como falta de imaginación para resolver problema tan puntual como la numeración y fecha del papel sellado), promovió la reforma de algo que le estaba vedado, como era una norma básica ajena a sus funciones. No era el artículo 688 una norma de finalidad recaudatoria, sino de garantía de la institución testamentaria. Sánchez Román explica muy bien el origen del papel sellado, más vinculado a la solemnidad de los negocios que a la fiscalidad. Existen ejemplos de esta forma de legislar en nuestros días. Así, hay preceptos en nuestro Código Penal en los que su redacción se encuentra supeditada a una suerte de servicio a la ley fiscal, creando complejidades innecesarias y de discutible utilidad, u otros en los que, rompiendo abruptamente las bases de la sistemática penal, se regulan, supuestamente en beneficio de la Hacienda, aspectos propios de la parte general en la especial.

LA TRANSACCIÓN

Manuel Gerardo Tarrío Berjano

A Manuel Goded Miranda, mi maestro con su vida y con su muerte.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. CONCEPTO.—3. NATURALEZA JURÍDICA.—4. CLASES. 4.1. Total y parcial. 4.2. Pura y mixta o compleja. 4.3. Propia e impropia. 4.4. Judicial y extrajudicial.—5. PRESUPUESTOS. 5.1. La res dubia. 5.2. Intención de sustituir una relación incierta por otra cierta. 5.3. Concesiones recíprocas.—6. SUJETOS. CAPACIDAD PARA TRANSIGIR. 6.1. Sujetos. 6.2. Capacidad para transigir. 6.2.1. Transacción realizada por los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad. 6.2.2. Transacción realizada por el tutor sobre los bienes y derechos del sujeto a su tutela. 6.2.3. Transacción sobre los bienes del menor emancipado. 6.2.4. Transacción entre cónyuges. 6.2.5. Transacción realizada por medio de representante voluntario o mandatario. 6.2.6. Transacción realizada por el heredero a beneficio de inventario. 6.2.7. Transacción realizada por las personas jurídicas.—7. OBJETO. 7.1. Transacción sobre cuestiones de orden público. 7.2. Transacción sobre la acción para la imposición de la pena. 7.3. Transacción sobre la acción civil derivada del delito. 7.4. Transacción sobre la legítima futura. 7.5. Transacción sobre el estado civil de las personas. 7.6. Transacción sobre las cuestiones matrimoniales. 7.7. Transacción sobre alimentos futuros.—8. CAUSA.—9. FORMA.—10. INTERPRETACIÓN.—11. EFECTOS. 11.1. Cese de la controversia. 11.2. Eficacia contractual. 11.3. Eficacia de cosa juzgada. 11.4. Eficacia ejecutiva. 11.5. Eficacia frente a terceros.—12. INEFICACIA. 12.1. Nulidad. 12.2. Anulabilidad. 12.3. Error de hecho. 12.4. Error de derecho. 12.5. Falsedad de documentos. 12.6. Nuevos documentos. 12.7. Rescisión. 13. INCUMPLIMIENTO. 14. TRANSACCIÓN JUDICIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 15. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. PLANTEAMIENTO

Recogida en el capítulo I¹ del título XIII del libro IV del Código Civil, y congruente con la tradición legislativa extranjera (Códice italiano de 1865 y el Código francés)², la transacción es una institución regulada en aquél como un contrato, pero con un aspecto bifronte (DÍEZ PICAZO)³ que la ha llevado a ser calificada como contrato de naturaleza cuasiprocesal (PALMA)⁴.

En cuanto contrato constituye una manifestación más del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), a su vez trasunto del de libertad y el de igualdad, primero y

¹ Único *de facto*, desde que el capítulo II quedó vacío de contenido por la derogación de sus artículos operada por la disposición derogatoria única de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

² Su consideración como contrato llega hasta Japón, donde, por influencia del BGB alemán, el artículo 695 del Código Civil japonés (*Min-poo*) (dentro de su libro tercero: De las Obligaciones) dispone que «la transacción se perfecciona cuando las partes acuerdan poner término a un conflicto mediante concesiones recíprocas». (BARBERÁN, Francisco y DOMINGO, Rafael. *Código Civil japonés*. Cizur Menor, Navarra, 2006).

³ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Algunas notas sobre el contrato de transacción*. Estudios. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 2011.

⁴ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. «El contrato de transacción y las Administraciones Públicas: la doctrina del Consejo de Estado». *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2006.

tercero entre los valores superiores del ordenamiento jurídico que proclama la Constitución (art. 1.1 CE).

Su vertiente adjetiva la refiere la doctrina como uno entre los modos de auto-composición bilateral de conflictos judicial (conciliación previa, renuncia del actor, desistimiento del demandante, allanamiento del demandado, caducidad de la instancia) o extrajudicial (arbitraje, mediación), que evita la provocación de un pleito (*transactio es timor litis*) o pone fin al ya comenzado (*ubi partes sunt concordēs nihil ad iudicem*).

2. CONCEPTO

De entre las definiciones propuestas por los autores destacan: «contrato por el que las partes mediante recíprocas concesiones, ponen fin a una controversia jurídica, haya provocado o no ya el comienzo de un pleito, existente entre ellas, estableciendo al respecto un estado de cosas que, en adelante, reconocen y admiten» (ALBALADEJO); «contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, ponen fin a la incertidumbre que entre ellas mediaba acerca de la existencia, contenido o extensión de una relación jurídica» (CASTÁN); «contrato consensual, sinalagmático, con causa subjetiva, de eficacia determinativa o declarativa, por el que las partes actualizan su poder dispositivo para, mediante mutuas renunciaciones y liberaciones, y a veces prestaciones complementarias, decidir una controversia jurídica litigable» (MOXÓ RUANO); entienden LACRUZ Y SANCHO REBULLIDA que en ella «se parte de la existencia previa de una contienda, referida a una situación o relación jurídica sobre la que se discute, que los que contratan se proponen superar, con independencia de que la hayan llevado ante los tribunales o sólo exista el riesgo de que por uno de los interesados se deduzca ante aquellos»; contrato que pretende erradicar la intervención jurisdiccional y el seguimiento de procesos judiciales (LASARTE)⁵.

Trasunto literal del «*transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedat*» (Justiniano, Código 6, 3, 1, 3, del año 294) la definición legal la ofrece el artículo 1809 CC según el cual, «*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que había comenzado*».

3. NATURALEZA JURÍDICA

Teñida por el «*transigere est alienare*» del viejo aforismo la doctrina clásica considera la transacción como un acto traslativo, de enajenación, que como tal nova obligaciones, sirve como título para la usucapión y permite el ejercicio de la acción publiciana.

Para la doctrina moderna es título declarativo de derechos, un acto declarativo y reconocitivo de una relación jurídica incierta que se sustituye por otra cierta en la que las partes se obligan a mutuas concesiones, y en su caso nuevas prestaciones, que pueden tener, o no, carácter traslativo. Ni la renuncia abdicativa de las respectivas pretensiones, ni el reconocimiento simultáneo de las ofertas, suponen *per se* acto traslativo

⁵ PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen. *Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción*. Murcia, 2004.

alguno⁶. Este solo se producirá si como contrapartida de la renuncia o reconocimiento de una de las partes se obliga la otra a una prestación real o personal nueva y cierta. Dicho de otra manera: en nuestro derecho, la transacción, que tiene como presupuesto necesario la controversia, no tiene como consecuencia ineludible la transmisión.

4. CLASES

4.1. Total y parcial

Es total si versa sobre todos los temas discutidos en el proceso. Y parcial, si solo comprende alguno o algunos de ellos.

4.2. Pura y mixta o compleja

Es pura cuando el «dando, prometiendo o reteniendo» queda referido exclusivamente a la situación o relación jurídica controvertida, mientras que la mixta o compleja amplía su ámbito objetivo a alguna cosa ajena a la situación o relación jurídica controvertida pero con la finalidad de superar ésta.

4.3. Propia e impropia

Propia o entre las partes, e impropia o con intervención de terceros con facultades para resolver arbitrariamente la controversia. Niegan esta última quienes entienden encaja en las figuras del arbitraje y la mediación (RODRÍGUEZ MORATA, CORBAL FERNÁNDEZ)⁷.

4.4. Judicial y extrajudicial

Se ha dicho que la transacción es judicial cuando se celebra para dar fin a un proceso ya iniciado, poniéndola en conocimiento del órgano judicial competente y para su incorporación al proceso (artículo 19 LEC). Lo cierto es que, con carácter general, en nuestro Derecho la transacción se realiza extrajudicialmente aportándose al proceso la ya celebrada y perfecta (GUASP) y sólo en casos muy concretos, a semejanza del derecho alemán, puede hablarse propiamente de transacción procesal (celebrada *ante* el órgano judicial) como es la transacción celebrada en el acto de la audiencia previa en el juicio ordinario (arts. 415 y 428.2 LEC). En los restantes casos la homologación judicial, que solo controla la capacidad y poder de disposición así como la no vulneración de los derechos de terceros ni el orden público, solo produce la terminación del proceso y la atribución al pacto de eficacia ejecutiva (arts. 19 y 517.3 LEC).

⁶ No es éste el criterio del artículo 696 del Código Civil japonés: «Si en una transacción se reconoce a una parte la titularidad del derecho objeto del litigio o se le niega a la otra, aunque luego se obtuvieran pruebas que demostrasen que tal derecho no pertenecía a aquella o que sí pertenecía a ésta, tal derecho se tendrá por transferido a la primera o por perdido por la segunda, a causa de transacción».

⁷ CORBAL FERNÁNDEZ y RODRÍGUEZ MORATA, Federico, *Comentarios al Código Civil*. Tomos VIII y IX. Director: Rodrigo Bercovitz. Consejo General del Notariado, 2013.

5. PRESUPUESTOS

Tres son los presupuestos esenciales de la transacción: la *res dubia*, la intención de poner término a la situación de inseguridad mediante la sustitución de una relación jurídica incierta por otra cierta, y las concesiones recíprocas. Son elementos configuradores de la compleja causa de la transacción que se inducen tanto del tenor del artículo 1809 CC, como de la abundante jurisprudencia que se refiere a la causa de la transacción o describe la dinámica funcional del contrato (LACRUZ, SANCHO y LUNA)⁸.

5.1. La res dubia

La *res dubia* implica la controversia, una relación jurídica subsistente entre las partes (STS 18 de junio de 1968) incierta para ellas, que estas valoran subjetivamente de forma diversa y disconforme (SSTS 20 de octubre de 1954, 23 de noviembre de 1965, 26 de abril de 1963). Ha de ser una incertidumbre o disconformidad subjetiva, valorable por su carácter real, cualquiera que sea el fundamento de la contradicción o disidencia que le sirva de origen (STS 3 de mayo de 1958), aunque no necesariamente generadora de riesgo inmediato de conflicto judicial (STS 8 de marzo de 1962), pero susceptible de serlo (SSTS 9 de marzo de 1948, 19 de diciembre de 1960, 2 de junio de 1989).

5.2. Intención de sustituir una relación incierta por otra cierta

Intención de poner fin a semejante inseguridad mediante la terminación del litigio existente o el deseo de evitar la provocación del mismo (SSTS 10 de abril de 1964, 6 de noviembre de 1965, 10 de julio de 1968, 4 de noviembre de 1969).

Sustitución de una relación jurídica incierta por otra cierta que no supone novación extintiva de obligaciones, sino la eliminación de pretensiones (no derechos) contrapuestas. «*Ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubieran dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo*» (STS 205/2018, de 11 de abril).

5.3. Concesiones recíprocas

Las concesiones recíprocas de las partes en las que cada una de ellas dando, reteniendo (*aliquo dato, aliquo retento*) o prometiendo alguna cosa padezca un sacrificio definitivo no provisional (STS 3 de mayo de 1972), que confieren al contrato carácter consensual, bilateral, recíproco y oneroso, aunque en las prestaciones no exista igualdad absoluta ni paridad en las concesiones (SSTS 14 de marzo de 1955 y 10 de abril de 1964, 6 de noviembre de 1993), puesto que las mismas pueden consistir en la simple renuncia de un derecho por parte de uno de los contratantes (STS 21 de octubre de 1977), o en

⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Volumen 3.º. Bosch. Barcelona, 1986.

sacrificios de orden moral y no económico (STS 26 de abril de 1963) y que lo distinguen de cualquier clase de renuncia o abandono unilaterales de pretensiones sin contraprestación.

6. SUJETOS. CAPACIDAD PARA TRANSIGIR

6.1. Sujetos

Son sujetos de la transacción los que lo son de la relación jurídica controvertida, los de las posiciones jurídicas contradictorias, bien como titulares directos, en su propio nombre y derecho, bien de forma indirecta a través de sus representantes legales o voluntarios.

6.2. Capacidad para transigir

La capacidad necesaria para transigir es la general para contratar. Aunque del contenido de los artículos 1810 a 1812 CC pudiera inferirse que, tributarios del *transigere est alienare*, estos preceptos exigen como necesaria la capacidad para enajenar, equiparando así transacción a enajenación, es lo cierto que la doctrina moderna ha entendido que esta facultad de enajenar, en realidad, significa facultad de disponer sobre el derecho objeto de la transacción.

Si la transacción pretende la eliminación de una controversia mediante concesiones de las partes y éstas pueden dar lugar a prestaciones de muy diverso tipo a través de actos o negocios realizados en ejecución de aquélla, parece claro que la capacidad necesaria para aquélla puede no ser la misma que la precisa para los actos de su ejecución.

6.2.1. Transacción realizada por los padres sobre los bienes de los hijos sujetos a patria potestad

El artículo 1810 CC determina que «*se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos*», lo que supone la remisión implícita a las contenidas en el artículo 166 CC. De este modo quedarán sujetas a la previa autorización judicial las transacciones de los sujetos a patria potestad que afecten a los bienes y derechos a que el precepto alude, pero no las que se refieran a otros bienes diferentes. Por tanto, todas las transacciones sobre bienes de menores que sean inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, requieren causa justificada de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

6.2.2. Transacción realizada por el tutor sobre los bienes y derechos del sujeto a su tutela

A diferencia de la realizada por los padres, la transacción del tutor exige la autorización judicial en todo caso (art. 271.3 CC, al que hace implícita remisión el art. 1811 CC).

La autorización también ha de ser previa, aunque los artículos 1811 y 271.3 CC no lo mencionen (a diferencia del art. 166 CC, que sí lo hace), dada la identidad de razón de ambos supuestos y el mayor ámbito objetivo de la autorización en la transacción tutelar.

En ambos casos (patria potestad y tutela), el procedimiento para obtener la autorización es el de jurisdicción voluntaria previsto en los artículos 61 a 66 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. La solicitud deberá expresar el motivo del acto o negocio de que se trate, razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo, identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera y expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. A la misma se acompañará el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. La autorización concedida determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

La falta de previa autorización conllevará la nulidad de pleno derecho por ausencia de un requisito esencial del negocio (GIL RODRÍGUEZ)⁹. Su convalidación mediante autorización judicial posterior (*ex post facto*) es posible para quienes entienden que la autoridad judicial puede apreciar motivadamente la mayor ventaja o beneficio resultante con relación a la situación precedente (RODRÍGUEZ MORATA)¹⁰. Por último, también se ha defendido su nulidad relativa, correspondiendo el ejercicio de la acción de anulabilidad a las personas del artículo 1302 CC, en el plazo de los cuatro años del artículo 1301 CC, siendo por ello el negocio susceptible de confirmación, expresa o tácita, ex artículo 1309 CC (SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA)¹¹.

6.2.3. Transacción sobre los bienes del menor emancipado

Nada se prevé en los artículos del Código Civil destinados a regular la transacción, por lo que, de acuerdo con el artículo 323 CC necesitarán del complemento de capacidad necesario (consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador) para transigir sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

6.2.4. Transacción entre cónyuges

Pudiendo celebrar entre sí toda clase de contratos (artículo 1323 CC), venderse bienes recíprocamente (artículo 1458 CC), donarse bienes (1340, 1341, 1343 CC), parece claro que también podrán transigir los cónyuges sobre las diferencias entre ellos.

6.2.5. Transacción realizada por medio de representante voluntario o mandatario

Exige mandato expreso (artículo 1713 CC). Sin él la transacción ha de ser ratificada (artículos 1259 y 1727 CC). Por ello el poder general para pleitos no es bastante para transigir (STS de 26 noviembre de 2010).

⁹ GIL RODRIGUEZ, J. *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

¹⁰ *Op. cit.*

¹¹ SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV, Volumen 2.º. Coordinador: Víctor Manuel Garrido de Palma. Consejo General del Notariado, 2002.

6.2.6. *Transacción realizada por el heredero a beneficio de inventario*

Al heredero que acepta la herencia a beneficio de inventario se le impone la limitación de no enajenar los bienes adquiridos antes de completar el pago de deudas y legados (artículo 1024.2.º CC). Por lo que la transacción hecha enajenándolos antes de dicho momento será plenamente válida y eficaz, y sólo acarreará la pérdida del beneficio de inventario.

6.2.7. *Transacción realizada por las personas jurídicas*

Nada dispone el artículo 1812 CC sobre la capacidad para transigir de las personas jurídicas *de derecho privado*, de manera que serán las normas reguladoras particulares de las mismas las que la determinen (artículos 35 al 39 CC).

En cuanto a las personas jurídicas *de Derecho público*, el artículo 1812 CC establece que podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes (*vid.*: artículo 86 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que permite la transacción como modo de terminación del procedimiento administrativo común; artículo 7.3 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que exige real decreto acordado por el Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno, para transigir sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal; artículo 31 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que exige los mismos requisitos para transigir sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado).

Con relación a las personas jurídicas *de Derecho eclesiástico* ha de señalarse que el Código de Derecho Canónico vigente dispone que es un modo de evitar procesos, recoge los principios clásicos, fija la remisión a la ley civil y determina las cuestiones intransigibles (las pertenecientes al bien público y las indisponibles para las partes). En el c. 1713 se asimila la transacción a la reconciliación, mutando la tradicional consideración de ambas como instituciones diferentes, y la equipara al arbitraje como modo de evitar los juicios. Cuando se trate de bienes eclesiásticos temporales habrán de cumplimentarse, «*siempre que lo exija su objeto*», las solemnidades requeridas para la enajenación de cosas eclesiásticas (c. 1715.2).

7. OBJETO

El objeto de la transacción es la relación jurídica controvertida, que ha de ser cierta, posible, lícita y determinada o determinable (artículos 1271 a 1273 CC). Además ha de ser susceptible de disposición por las partes contratantes (*res intra commercium*).

Los artículos 1813 y 1814 CC contemplan algunos supuestos sobre los que no cabe transigir (acción pública para la imposición de la pena legal, estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales, ni alimentos futuros). A las cuales han de añadirse otras como la legítima (art. 816 CC), la herencia futura (art. 1271 CC), los derechos de la personalidad, los derechos de uso y habitación (art. 525 CC) y cualquier otra materia indisponible (art. 1255 CC). Prohibiciones todas las mencionadas que han de ser interpretadas restrictivamente.

7.1. Transacción sobre cuestiones de orden público

La jurisprudencia tiene declarado que en aquellas contiendas en las que esté comprometido el interés u orden público las partes no son dueñas del poder de disponer, a través de la conciliación, de los derechos o intereses en conflicto (STS 28 de mayo de 1992), y entre ellas se consideran hoy incluidas las normas constitucionales protectoras de los derechos fundamentales (PÉREZ CONESA)¹².

7.2. Transacción sobre la acción para la imposición de la pena

Prohibida por razón del carácter público de la acción, y por ser la imposición de la pena cuestión de orden público. Es al Ministerio Fiscal a quien corresponde el ejercicio y transacción sobre la acción penal como representante procesal del interés público (fuera de los delitos de persecución privada). En todo caso, la transacción por precio sobre la incoación de una acción criminal es un contrato nulo por causa ilícita o inmoral, ya sea el delito de persecución pública o privada (SSTS 17 de enero de 1927 y 29 de septiembre de 1930).

7.3. Transacción sobre la acción civil derivada del delito

No es materia de orden público sino relativa al interés patrimonial privado e independiente de la acción penal pública que deriva del delito. Se justifica jurisprudencialmente la posibilidad de transigir sobre ella en la naturaleza indemnizatoria privada del derecho al resarcimiento patrimonial que surge del daño causado por el delincuente o por la persona civilmente responsable (SSTS 9 de febrero de 2009 y 29 de marzo de 2012).

7.4. Transacción sobre la legítima futura

Prohibida con sanción de nulidad entre quien la debe y sus herederos forzosos (artículo 816 CC). Es nulidad apreciable de oficio, o a instancia de parte interesada, y es imprescriptible.

La prohibición no alcanza a la transacción sobre la legítima una vez abierta la herencia. Por ejemplo, son válidos los pactos de renuncia a las acciones derivadas de la infracción de la legítima, entre legitimarios y herederos (VALLET DE GOYTISOLO)¹³.

7.5. Transacción sobre el estado civil de las personas

Indisponible por ser la materia de orden público, queda prohibida la transacción sobre ella (acción moral). Pero sí está permitida sobre «*las consecuencias de naturaleza*

¹² PÉREZ CONESA, Carmen. *Tratado de Contratos*. Director: Rodrigo Bercovitz. Consejo General del Notariado, 2013).

¹³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Director: Manuel Albaladejo. Tomo IX. Madrid, 1982.

patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público» (SSTS 17 de junio de 1944, 13 octubre 1966, 14 de diciembre de 1985) (acción patrimonial).

Cuando la pretensión declarativa del estado civil aparece tan indisolublemente unida a su consecuencia patrimonial de manera que no pueden dividirse o separarse, la prohibición sobre la primera se contagia a la segunda y la prohibición de transigir se extiende a ambas (OGÁYAR AYLLÓN)¹⁴.

7.6. Transacción sobre las cuestiones matrimoniales

Desde un principio la doctrina trató de atemperar el alcance de la prohibición considerando que no alcanzaba a las transacciones hecha a favor del matrimonio y sí a las realizadas en su contra (GARCÍA GOYENA)¹⁵, y que sólo prohibía las transacciones sobre el vínculo, las que versaran sobre la propia existencia del matrimonio (GULLÓN BALLESTEROS)¹⁶.

La jurisprudencia ha venido admitiendo la transacción sobre aspectos derivados del régimen económico del matrimonio, la pensión compensatoria, el deber de convivencia y la situación económica posterior a la crisis matrimonial, por revestir todas ellas carácter privado y no afectar al orden social ni al interés público. Materias estas que, desde la reforma del derecho de familia de 1981 vienen a ser el contenido propio de los pactos de separación matrimonial y de los pactos de regulación de las relaciones económicas posteriores a la separación, siempre que no afecten *«para nada al vínculo ni a los derechos de filiación que son indisponibles»* (SSTS 31 de enero de 1985 y 25 de junio de 1987).

En el mismo sentido el artículo 751 LEC que prohíbe la transacción en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, excepciona las pretensiones que, formuladas en ellos, tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente según la legislación aplicable.

7.7. Transacción sobre alimentos futuros

La prohibición se refiere a los alimentos legales (artículo 142 CC), no a los que tienen origen convencional o testamentario (SSTS 14 de febrero de 1976 y 25 de noviembre de 1985).

Está prohibida la transacción sobre los no vencidos y sobre el derecho a reclamarlos (artículo 151 CC)¹⁷. Pero sí se permite sobre las pensiones alimenticias devengadas y no satisfechas (artículo 152 CC) aclarando la STS 24 febrero 1989 que *«desde el momento que la reclamación de alimentos no emana de un convenio transaccional sobre alimentos futuros, sino simplemente de la efectividad de los devengados como consecuencia de acuerdo de su reconocimiento por demandante y demandado, y precisamente como consecuencia de devengos alimenticios de presente y no de futuro»*.

¹⁴ OGÁYAR AYLLÓN. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXII. Madrid, 1983.

¹⁵ GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*.

¹⁶ GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

¹⁷ Según ALBALADEJO, *«ya que los alimentos futuros se basan en el derecho a la vida, que es indisponible»* (*Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2.º. Barcelona, 1994).

La cuantía de los alimentos cuyo derecho a exigirlos ya haya nacido también puede ser objeto de la transacción, y el importe así establecido podrá ser revisado judicialmente (STS 14 de febrero de 1976 y 25 de noviembre de 1985).

8. CAUSA

La causa de la transacción es «*la finalidad de poner término a una relación jurídica incierta*» (STS 20 de diciembre de 2000).

No existe causa transaccional en la mera aceptación por el acreedor del pago parcial del deudor (STS 28 de octubre de 2005), ni en el reconocimiento del incumplimiento parcial de la obligación de una de las partes (STS 17 de julio de 2008), puesto que no puede inferirse de ninguno de estos casos la voluntad de poner fin a una controversia presente o futura sobre la deuda.

Sí existe cuando por mutuo disenso se pone fin a un contrato de ejecución de obra en el que comitente y comisionista convienen haberse satisfecho las prestaciones mutuas y el contratista formula renuncia expresa a exigir cualquier género de indemnización (STS 28 de noviembre de 2003).

9. FORMA

El Código Civil no contiene precepto alguno que discipline la forma de la transacción como contrato, por lo que el principio de libertad de forma (artículos 1278, 1279 y 1280 CC) permite considerarla válida cualquiera que sea la elegida (SSTS 30 de junio de 1996 y 28 de mayo de 2009). También la hecha verbalmente ante testigos (STS 27 de febrero de 1991).

Cuestión distinta es que los actos o negocios en los que se concrete la transacción exijan una determinada forma (donación de inmuebles, constitución de hipoteca, etc.), en cuyo caso habrán de formalizarse aquéllos con sujeción a las normas que la impongan (arts. 633, 1875 CC, etc.).

En todo caso «*es de todo punto indispensable acreditar la certeza del acto dispositivo que entraña*» (STS 10 de abril de 1981).

10. INTERPRETACIÓN

Inspirada en el «*transactio quaecumque fit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur*» (Ulpiano: Digesto 2, 15, 9, 1) el artículo 1815.1 CC contiene una norma interpretativa específica que limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella y a los que por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. Supone una aplicación concreta del artículo 1283 CC y no se considera norma limitativa ni restrictiva de las reglas generales de interpretación de los contratos (artículos 1281 a 1289 CC) a las que la transacción queda igualmente sujeta (SSTS 7 de julio de 2005 y 20 de diciembre de 2005), y de las que el artículo 1815 CC es complementario (STS 8 de julio de 2008). En este sentido «*cuando la falta de claridad de sus palabras origine dudas acerca del objeto del contrato, su interpretación ha de llevarse a cabo por medio de las reglas de los arts. 1281 a 1289 del CC dado el carácter complementario del art. 1815*» (STS 30 de enero de 1999).

Es un precepto interpretativo especial no del todo coincidente con el del artículo 1283 CC *«que ordena una limitación de los criterios hermenéuticos en el sentido de que la interpretación ha de referirse a las palabras o términos utilizados, pero esa limitación se reduce al objeto de la transacción, es decir a la controversia o disputa, pero a nada más, pues la regla restrictiva no alcanza a las estipulaciones del contrato transaccional, que ha de ser objeto de interpretación según los arts. 1281 a 1289»* (STS de 7 de julio de 2006).

El criterio restrictivo de interpretación es reiterado por la jurisprudencia para la que *«el contrato transaccional requiere una interpretación estricta y su eficacia no puede traspasar los límites del objeto controvertido que constituye su objeto»* (STS 5 de diciembre de 1994). En un caso de división de cosa común *«ni se menciona una sola vez la obligación de reservar como objeto del contrato, ni puede entenderse que la escritura de extinción del condominio y el documento privado suscrito el mismo día tuvieran otro objetivo y alcance que la cesación en la comunidad de bienes constituida en el cuaderno particional»* (STS 1 de junio de 1983). Incluso en supuestos de responsabilidad aquiliana por daños y con relación a la transacción sobre la indemnización debida se razona que *«teniendo en cuenta que cuando la indemnización se abonó se hallaban aún sin sanar las lesiones sufridas por la actora, por lo que no constaba la valoración de los daños que por tal concepto sufrió aquélla, razonable es concluir que el documento transaccional comprendía tan sólo los daños y perjuicios producidos por el fallecimiento de sus padres, sin que en forma alguna pudiera admitirse su extensión a las lesiones producidas a la demandante»* (STS 8 de octubre de 1987).

El artículo 1815.2 CC recoge el principio de mínima extensión de los efectos de la renuncia general de derechos que se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción y que la jurisprudencia no extiende a los daños puestos de manifiesto con posterioridad a la celebración del contrato, en función del tenor del contrato y del importe de la indemnización convencional (p. ej., SSTs 23 de febrero de 1999 y 25 de mayo de 1999).

11. EFECTOS

11.1. Cese de la controversia

La relación jurídica controvertida (*res dubia*), junto con los derechos y acciones que de ella derivan, desaparecen y son sustituidos por otra relación nueva, con vínculos y obligaciones diferentes que sustituyen a aquéllos. Por ello no es lícito *«exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a la transacción, sino que será esta y sólo ella quien regule las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas; y en todo caso, con nuevo contrato, con novación o con transacción, el nuevo pacto ha de cumplirse de modo escrupuloso y con absoluto respeto a la nueva situación»* (STS 29 noviembre 1991).

La transacción (sea judicial o extrajudicial) produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida, extinguiendo los derechos y acciones de que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones (SSTs 8 y 17 de julio de 2008 y 5 de abril de 2010). En este sentido *«la transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva y, desde esta óptica es generadora de vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución»* (STS 20 de octubre de 2004).

La sustitución de la relación antigua por la nueva implica la imposibilidad de reclamar el cumplimiento de aquélla, negándose la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a situaciones preexistentes a la transacción *«que han perdido la protección jurídica al ser transigidas»* (SSTS 20 de octubre de 2004 y 7 de julio de 2006), por lo que, de hacerlo, podrá oponerse a quien lo pretenda la *exceptio litis per transactionem finitae* (STS 11 de marzo de 1991). Esta *«exceptio pacti»* de significado parecido al de la cosa juzgada material, *«puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiere a ella como excepción a la acción ejecutiva (artículo 557.1.6ª LEC)»* (STS 5 de abril de 2010). Y ello porque *«la «exceptio pacti» o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la dicha cosa juzgada material, aunque no pueda identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes —SSTS 28 de septiembre de 1984 y 10 de abril de 1985—»* (STS 14 de diciembre de 1988).

Cuestión distinta es que en previsión del hipotético incumplimiento se pacte expresamente una condición resolutoria cuyo efecto sea el renacimiento de las pretensiones abandonadas, lo que ya cuenta con algún pronunciamiento a favor al que luego nos referiremos

11.2. Eficacia contractual

Según la STS de 30 de julio de 1996, la transacción constituye *«un vínculo obligacional entre los que la hubieran otorgado y su perfección y cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos»* (SSTS 4 de abril y 15 de julio 1991 y 6 de noviembre 1993). Por lo tanto, la autoridad de cosa juzgada que el artículo 1816 CC da a la transacción no priva a esta de los efectos propios del contrato (arts. 1091, 1257 y 1258 CC): tiene fuerza de ley entre las partes (*pacta sunt servanda*); han de cumplirse los acuerdos adoptados (STS 30 de enero de 1999); obliga a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, el uso o la ley; su eficacia es relativa a las partes y sus causahabientes, sin que pueda oponerse a terceros; puede resolverse por incumplimiento; y su nulidad puede ser declarada de oficio.

Estos efectos contractuales pueden ser muy variados, como consecuencia de las recíprocas concesiones acordadas por las partes en la transacción, cuya efectividad exige el cumplimiento de aquéllas. Pudiendo distinguirse los efectos de la transacción propiamente dicha, de los efectos de los contratos independientes y sobrevenidos que son causados por aquélla. Así *«... el contrato de transacción...por la amplitud de su contenido, es susceptible de abarcar dentro de su área una o más figuras contractuales que respondiendo a la finalidad prevista en dicho precepto y manteniéndose dentro de los límites que el párr. 1.º del 1815 señala, conservan su propia fisonomía y característica, de suerte tal que en dicho negocio jurídico cabe distinguir dos clases de efectos, según se atienda a los que son peculiares y exclusivos del mismo, tendentes a evitar la provocación de un pleito o poner fin al ya comenzado, o a los que derivan de cada uno de los contratos autónomos que pueden integrarse en él, con lo que cabe la posibilidad de que dentro de un proceso no se insten los primeros y sí únicamente los normales que emanen de alguna de las convenciones en aquélla subsumida»* (STS 4 noviembre 1969).

Precisamente por ello ha de considerarse como relevante el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente, de forma que *«la homologación judicial no altera el carácter privado del documento, pues (...) se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar,*

en el plano obligacional, el pacto solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual, es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad» (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de agosto de 2013, 9 de julio de 2013, 25 de febrero de 2014, 3 de marzo de 2015, 30 de noviembre de 2016; en idéntico sentido, vid. 27 de febrero de 2017, 6 de abril de 2017, 19 de mayo de 2017, 20 de julio de 2018, 22 de octubre de 2018)¹⁸. Sobre ello volveremos más adelante, al tratar algunas cuestiones con relación al acceso de la transacción al Registro de la Propiedad.

11.3. Eficacia de cosa juzgada

Conforme al primer inciso del artículo 1816 CC la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, lo que supone un efecto ya reconocido por el Derecho anterior al Código Civil (STS 20 de octubre de 1873), y que se manifiesta en el «*absoluto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas*» (STS 14 de diciembre de 1988), «*en el absoluto respeto a la nueva situación*» (SSTS 26 de abril de 1963, 14 de mayo de 1982, 20 de abril de 1989, 6 de noviembre de 1993). Ahora bien, siempre que esta nueva situación sea lícita y se entienda que aquella autoridad de cosa juzgada no es idéntica a la de una sentencia firme¹⁹. La eficacia de cosa juzgada pasa por la plena licitud de los pactos alcanzados que quedan sujetos a los requisitos condicionantes de la libre autonomía de la voluntad: causalidad lícita y conformidad a la moral, las leyes y el orden público (art. 1255 CC).

Ha sido la jurisprudencia la que ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes²⁰, así como que «*la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efectos y reavivando la situación jurídica anterior*» (STS 5 de abril de 2010). Por lo que los efectos de cosa juzgada de la transacción judicial no impiden instar su nulidad en un juicio declarativo²¹.

¹⁸ En idéntico sentido, fundamento de derecho cuarto de la Resolución de 12 de diciembre de 2018: «Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad».

¹⁹ A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el derecho japonés, donde el artículo 174-2.1 de su *Minpoo*, a los efectos de la prescripción de derechos reconocidos por sentencia firme, asimila éstos a «*aquellos derechos establecidos mediante transacción judicial, acta de conciliación o cualquier otra resolución de eficacia equiparable a la de las sentencias firmes*».

²⁰ La STS 14 diciembre de 1988 se refiere en este sentido al «*pacto transaccional —STS 26 abril 1963—, que ha de ser respetado con absoluto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas —STS 8 marzo 1962—, de forma que la <<exceptio pacti>> o excepción de transacción vincula al órgano jurisdiccional del posterior proceso cuando concurren los mismos elementos subjetivos y objetivos de la dicha cosa juzgada material, aunque no pueda identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes —SSTS 28 septiembre 1984 y 10 abril 1985—*».

²¹ Además se afirma que no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias judiciales, «*dado que a la posibilidad legal de al impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias*» (STS 10 de abril de 1985).

Con gran claridad y concisión, inadmitiendo una demanda de revisión (arts. 509 y 510 LEC) de auto de homologación judicial recaído en juicio verbal de desahucio, el Tribunal Supremo resume su doctrina al respecto señalando que *«la transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia»* (artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.^a LEC).

«La LEC no introduce novedad alguna que pueda contradecir la doctrina expuesta, dados los términos del artículo 19 LEC y lo establecido en el artículo 415 LEC, sobre remisión al CC. Difícilmente pueden tener encaje en los motivos tasados de revisión algunos supuestos de nulidad de la transacción, como sería el caso del presente proceso.

»El auto que aprueba una transacción judicial no puede ser equiparado, a estos efectos, a una sentencia. La homologación o la aprobación judicial a que se refieren los arts. 19.2 LEC y 415.2 LEC (la Ley 58/2000) no modifica la naturaleza consensual de la transacción, ya que se trata de un acto de parte, de un acuerdo, de una forma de autocomposición. Propiamente, no se puede hablar de sentencia judicial que resuelva un litigio entre partes. El litigio lo resolvieron las partes, y la intervención del juez lo es exclusivamente como garante de que lo convenido no esté prohibido por la Ley, o de que no existan limitaciones al derecho de disposición sobre el objeto del procedimiento por razones de interés general o en beneficio de tercero» (auto TS de 12 de julio de 2016, reiterado por el de 4 de abril de 2018).

En este mismo sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado viene reiterando que *«la transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (artículo 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)»* (RRDGRN 6 de septiembre de 2016, 27 de febrero de 2017, 6 de abril de 2017, 30 de mayo de 2017, 20 de julio de 2018, 27 de septiembre de 2018), *«no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción»* (RRDGRN 20 de julio, 22 de octubre y 12 de diciembre de 2018).

11.4. Eficacia ejecutiva

El artículo 1816 in fine CC solo permite la ejecución por vía de apremio cuando se trate de la transacción judicial, que habrá de ser homologada por la pertinente resolu-

ción judicial (art. 517.3.º LEC). El acuerdo alcanzado podrá ser llevado a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados (art. 415.2 LEC). Su homologación judicial queda limitada al control de la capacidad y poder de disposición de los transigentes así como a que su contenido no sea contrario al interés de tercero o general, pero no supone aprobación alguna de su contenido sustantivo²². Por lo que el acuerdo homologado judicialmente puede ser impugnado por las causas que luego se verán.

También tiene eficacia ejecutiva la transacción extrajudicial formalizada en escritura pública dado el carácter que de tal le confiere a dicho instrumento público el artículo 517.2.º 4 LEC. Ejecutividad que deriva en este caso no del negocio jurídico sino de la forma documental que lo reviste (la escritura pública), pero sujeta a las condiciones y requisitos que el derecho y la jurisprudencia vienen exigiendo para reconocérsela (primera copia, segunda dada en virtud de mandamiento judicial con citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante o expedida con la conformidad de todas las partes, exactitud, concreción y liquidez del crédito y de la deuda). Esto es, ha de tratarse documento formalmente válido y materialmente perfecto, concreto y suficiente²³.

11.5. Eficacia frente a terceros

Si la transacción contiene estipulaciones a favor de terceros (art. 1257, párrafo segundo, CC) no producirá efecto alguno respecto de éstos sino desde la aceptación por sus beneficiarios y si éstos son los hijos comunes en un convenio transaccional de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, su aceptación, expresa o tácita, ha de hacerse a los dos padres, quienes son al tiempo estipulantes y promitentes (STS 8 de julio de 2002).

12. INEFICACIA

Como contrato que es, la transacción queda sujeta a las mismas causas generales de invalidez que alcanzan a los contratos. El artículo 1817 CC así lo reconoce al realizar una remisión expresa al artículo 1265 CC y una mención parcial de su contenido (error, dolo, violencia), añadiendo la falsedad de documentos, al tiempo que dedica un apartado segundo al juego del error de hecho.

²² En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción» (RDGRN 22 de octubre de 2018).

²³ Sobre el requisito de la liquidez de la obligación exigido por el artículo 520 LEC ver la crítica de BRANCÓS NUÑEZ, Enrique, «La escritura pública como título ejecutivo extrajudicial» (*La Notaría* n.º 7-8/2002) y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, «La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: incoherencia del sistema» (*Notario Siglo XXI* n.º 38/2011).

12.1. Nulidad

La causará la ausencia de alguno de los elementos esenciales del negocio (art. 1261 CC): consentimiento inexistente en absoluto; objeto imposible, inexistente, ilícito, indeterminado o indeterminable, o indisponible; y causa inexistente o ilícita.

12.2. Anulabilidad

La producirá la falta de plena capacidad de obrar y la concurrencia de alguno de los vicios del consentimiento que el artículo 1817 CC menciona explícita (error, dolo, violencia) o implícitamente (intimidación, en razón a la remisión hecha al art. 1265 Código Civil).

12.3. Error de hecho

Su aplicación resulta muy restrictiva en este contrato. En principio el error invalidante del consentimiento es el que recae sobre un elemento esencial del negocio, y es excusable (no imputable al sujeto que lo sufre), o siendo inexcusable resulta reconocible para la parte que no lo padece, empleando una diligencia normal (RODRÍGUEZ MORATA)²⁴.

Doctrinalmente se ha distinguido entre el error que recae sobre la cuestión controvertida e incierta (*error in caput controversum*) y el error sobre circunstancias, cuestiones o situación de hecho que, no siendo inciertas ni controvertidas, son tomadas como base del contrato de transacción (*error in caput non controversum*) para considerar solo a éste último como relevante para impugnar la transacción, puesto que al primero se le considera error en los motivos (SANTORO-PASSARELLI, VIOLA)²⁵, o implícitamente inexcusable (GULLÓN BALLESTEROS)²⁶.

La jurisprudencia no distingue entre ambos tipos de error y declara la ineficacia si la situación o circunstancia tomada como base no se corresponde con la realidad o si la incertidumbre surgió sin conocimiento de la verdadera situación. Por ejemplo, casos de incapacidad total (STS 27 de mayo de 1982) o invalidez permanente y absoluta (STS 23 de febrero de 1969) a consecuencia del accidente que motivó la transacción, pero sobrevenidas a ésta.

12.4. Error de derecho

Silenciado por el art. 1817, párrafo segundo CC, en principio es irrelevante para fundar la impugnación. Aunque no faltan quienes sostienen que el error de derecho *in caput non controversum* sí lo es: por interpretación a contrario del art. 1817 CC, pues si lo prohibido es la oposición del error de hecho en la transacción que pone fin al pleito, ha de entenderse permitido el error de derecho tanto en las anteriores como en las pos-

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, segunda edición, Napoli, 1975)

²⁶ GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*. 1964.

teriores al pleito (MORALES)²⁷; o porque el párrafo primero del art. 1817 CC no distinga entre ambos (RUIZ-RICO RUIZ)²⁸.

12.5. Falsedad de documentos

Puede ser supuesto de error o de dolo. Es caso de error si la cuestión controvertida se sustenta en documentos cuya falsedad se ignora al celebrar la transacción, de suerte que no habrá impugnación posible si la *res dubia* consistía precisamente en si el documento era verdadero o falso. Es caso de dolo cuando la falsedad del documento es causada o conocida por solo una de las partes y la otra que es inducida a la transacción no la hubiera aceptado, o lo habría hecho en distinta forma, si lo hubiera conocido (GULLÓN).

12.6. Nuevos documentos

El descubrimiento de nuevos documentos solo da lugar a anular o rescindir la transacción, si ha habido mala fe (artículo 1818 CC).

Existe dolo cuando la ocultación de documentos de trascendencia para la controversia la realiza una de las partes contratantes, y se aplica incluso en la transacción judicial donde, como se ha dicho, la homologación no se produce por sentencia firme ni puede por ello revisarse por las mismas causas que ella.

Si no hubo mala fe, la aparición de documentos nuevos carece de relevancia anulatoria, salvo si por ellos se revelan falsos los documentos que fueron la base de la transacción (GULLÓN)²⁹.

12.7. Rescisión

La rescisión de la transacción se encuentra particularmente limitada, no solo por razón de la genérica restricción impuesta por el artículo 1293 CC, sino por la necesaria equivalencia de las recíprocas concesiones y por la prueba de que la lesión trae causa de los nuevos documentos descubiertos. Y ello sin perjuicio de que en el caso particular de la partición hereditaria a la que aquélla pueda dar lugar, el art. 1074 CC la permita con los requisitos que en él se exigen (lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas cuando fueron adjudicadas).

Resuelta la controversia por sentencia firme, la transacción, como instrumento para la resolución de conflictos eludiendo el litigio, carece de sentido (*post rem iudicatam transactio non valet*) por lo que la parte que hubiera ignorado la existencia de aquélla podrá pedir que se rescinda ésta (art. 1819, párrafo primero CC). No se trata propiamente de un supuesto de rescisión sino de un caso de error en los presupuestos básicos

²⁷ MORALES MORENO, *El error en los contratos*. Madrid, 1988.

²⁸ RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *El error en la transacción*. Anuario de Derecho Civil, T. 44, julio-septiembre 1991.

²⁹ GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*. 1964

del objeto que dio lugar a la transacción (*error in caput non controversum*) (GULLÓN)³⁰. Si la sentencia no fuera firme la transacción celebrada no podrá impugnarse hasta su firmeza (art. 1819, párrafo segundo).

Lo que sí podrá hacerse es oponer pactos o transacciones que tengan por objeto evitar la ejecución, los cuales deberán constar en documento público (art. 556.1 LEC).

13. INCUMPLIMIENTO

La vieja idea del inexorable cumplimiento de la transacción y la imposible aplicación de la facultad resolutoria del art. 1124 CC, dado que la restitución de prestaciones contradiría la autoridad de cosa juzgada que le confiere el artículo 1816, y que desembocaba en el inexcusable cumplimiento voluntario o forzoso, queda hoy superada con la actual concepción de esta institución que la reconoce como un contrato con recíprocas concesiones y carácter bilateral y oneroso. La jurisprudencia sujeta su cumplimiento a las reglas de todos los contratos (STS 19 de diciembre de 1960) y, por lo tanto, a las de su posible resolución (SSTS 1 de mayo de 1950, 16 de mayo de 1951, 10 de noviembre de 1998).

Consecuencia de ello es que el mismo principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC ampare el posible pacto de una condición resolutoria del contrato de transacción para el caso de que las nuevas obligaciones surgidas del mismo resulten incumplidas por cualquiera de las partes, lo que incluso podrá provocar el renacimiento de las pretensiones a las que se renunciaron por medio de la transacción (STS de 20 de julio de 2005).

14. TRANSACCIÓN JUDICIAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La terminación convencional de un procedimiento jurisdiccional mediante transacción homologada judicialmente, ha planteado la cuestión de cuál es la titulación formal suficiente para causar, en su caso, la inscripción de los negocios jurídicos resultantes en el Registro de la Propiedad. Lo que por exigencia del básico principio de legalidad del sistema registral ha dado lugar a doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto.

Los casos analizados han sido variados y la evolución de su doctrina ha respondido a cuestiones que distan de ser sencillas y de una extraordinaria casuística, pudiendo señalarse, a título de mera referencia, que en Resoluciones de 5 de mayo de 2003 y 22 de diciembre de 2012 se admitió el carácter de título inscribible del acuerdo transaccional homologado judicialmente al amparo de los artículos 19, 415 y 517.2.3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero lo cierto es que en general, y desde luego recientemente, su doctrina ha sido restrictiva y tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado que tiene el acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente.

Partiendo de la idea de que la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 CC, 415.2 y 517.2.3.^a LEC), el alto Cen-

³⁰ *Op. cit.*

tro Directivo parte del contenido de los artículos 705 y 708 LEC (*De la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer*) para distinguir dos supuestos posibles en el caso de incumplimiento voluntario por las partes de su obligación de otorgar la correspondiente escritura pública: negocios bilaterales, cuya inscripción exige las declaraciones de voluntad de ambas partes; y los negocios o actos unilaterales.

Conforme al artículo 708 LEC, cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días del artículo 548 LEC sin que el ejecutado la haya emitido, el órgano judicial, mediante auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Una vez emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que se libere, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el registro o registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad, todo lo cual ha de entenderse sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.

Por lo tanto serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el Juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante de ejecución, que queda sometida a las reglas generales de formalización en escritura pública (arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 CC, art. 3 Ley Hipotecaria, y arts. 143 y 144 Reglamento Notarial).

De este modo, concluye la Dirección General que *«lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa de los documentos presentados, sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura de elevación a público del documento privado compareciendo ante el Notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan sólo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente. Por el contrario, sí sería directamente inscribible, en virtud del mandamiento judicial ordenando la inscripción, el testimonio del auto firme por el que se suplan judicialmente las declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se tratara de negocios o actos unilaterales, para cuya inscripción bastara, en su caso, la resolución judicial que supla la declaración de voluntad unilateral del demandado (como sería el ejercicio de un derecho de opción, el consentimiento del titular de la carga para la cancelación de un derecho real de garantía o de una condición resolutoria por incumplimiento de la obligación garantizada, entre otros casos), siempre que no lo impida la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos»* (RDGRN 3 de junio de 2010).

En otros términos: la resolución judicial sólo suple o integra la declaración de voluntad del demandado incumplidor, no la del demandante. Tratándose de un negocio o acto unilateral que solo exige la manifestación del consentimiento del demandado, su inscripción en el Registro de la Propiedad puede hacerse con el testimonio de la sentencia firme que condene a realizar una determinada declaración de voluntad, junto con el testimonio del auto firme en el que se suple por el juez esa declaración de voluntad del obligado a prestarla (demandado). Pero cuando el negocio es bilateral (como lo es la transacción), además de los dos requisitos anteriores (sentencia y auto firmes) será necesaria la correspondiente escritura pública otorgada por el demandante (a la que normalmente se unirán aquéllos, en original o por testimonio) para conseguir el acceso del

negocio en cuestión al Registro de la Propiedad. Y, en ambos casos, cumpliendo siempre las pertinentes normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación.

De acuerdo con ello, la partición de la herencia en procesos judiciales que terminan de forma no contenciosa requieren escritura pública por exigencia del artículo 787.2 LEC, que determina que la aprobación judicial de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas (RDGRN 9 de diciembre de 2010). Criterio que reitera en otra reciente Resolución de 12 de diciembre de 2018³¹.

De igual modo, la compra de las participaciones indivisas de los restantes conductos, acordada en proceso ordinario de disolución de condominio, mediante transacción homologada judicialmente, no es inscribible mediante el auto de homologación, sino que es precisa la correspondiente escritura pública (RRDGRN 2 de octubre de 2015, 30 de noviembre de 2016 y 6 de abril de 2017).

En el curso de un procedimiento ordinario de resolución por incumplimiento de permuta de solar por obra futura se llega a un acuerdo transaccional en el que las partes declaran resuelto el contrato de permuta formalizado en escritura pública, se restituye el solar a los herederos del permutante y se restituyen determinadas cantidades en virtud de diferentes conceptos. La Dirección General confirma la negativa del registrador a inscribir en virtud del auto de homologación y, tras afirmar que la homologación judicial no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente «*el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas*», argumenta que: 1.º La resolución del contrato por ejercicio extrajudicial del acuerdo de las partes exige la escritura pública para que pueda llevarse a cabo la inscripción en el Registro de la Propiedad. 2.º La resolución del contrato operada a través del ejercicio judicial de la acción de resolución será inscribible mediante la sentencia firme que se pronuncie sobre ella y sus efectos, y siempre que reúna los requisitos que para la inscripción exige la legislación hipotecaria. 3.º Cuando el acuerdo surge en el procedimiento judicial, su homologación por el juez pone fin al proceso, «*pero sin que ello exima del cumplimiento de los requisitos exigidos por el propio ordenamiento para que tal acuerdo desenvuelva los efectos que le son propios, incluida la práctica de las inscripciones procedentes en el Registro de la Propiedad ... es indispensable que el título inscribible reúna el requisito de escritura pública exigido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria de conformidad con las reglas generales*» (RDGRN 30 de mayo de 2017).

Constituye excepción en esta doctrina jurisprudencial hipotecaria el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación, pues se considera un acuerdo entre cónyuges dentro de la esfera judicial y presupuesto necesario de la sentencia de modificación del estado civil de casado (RRDGRN 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988).

Por ello Resoluciones de 18 de mayo y 26 de julio de 2017 han admitido como título inscribible el acuerdo transaccional homologado judicialmente, siempre que su objeto

³¹ En su fundamento quinto: «*La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas*».

sea el propio de un convenio regulador (art. 90 CC) y tenga conexión con una situación de crisis matrimonial: «*En definitiva... el convenio regulador ha de considerarse título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como —en los supuestos del régimen de separación de bienes— la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común*» (RDGRN de 20 de julio de 2018).

15. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. La anulación de la transacción por falsedad de documentos anteriores o descubrimiento de nuevos. *Revista de Derecho Privado*, junio 2002.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 2. Barcelona, 1994.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- CORBAL FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código Civil*. Tomo VIII. Director: Rodrigo Bercovitx. Consejo General del Notariado, 2013.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Algunas notas sobre el contrato de transacción*. Dykinson. Madrid, 2011.
- ERVITI ORQUÍN, Elena. *Depósito, contratos aleatorios, transacciones y compromisos*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Alternativas a la solución judicial de los conflictos con la Administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, julio-septiembre 2003.
- GASTÓN INCHAUSTI, Fernando. *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GIL RODRIGUEZ, J. *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I.
- GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*. 1964.
- GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.
- LÓPEZ BARBA, Elena María. *El contrato de transacción: su resolución por incumplimiento*. Ediciones Laborum. Murcia, 2001.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*. Volumen 3. Bosch. Barcelona, 1986.
- LUNA SERRANO, Agustín. *La ineficacia de la transacción* (conferencia). Edersa. Madrid, 1979.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. y PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Jurisprudencia civil comentada*. Director: Miguel Pasquau Liaño. Granada, 2009.
- MORALES MORENO, *El error en los contratos*. Madrid, 1988.
- OGÁYAR AYLLÓN. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XXII. Madrid, 1983.

- PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. El contrato de transacción y las Administraciones Públicas: la doctrina del Consejo de Estado. *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2006.
- PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen. *Algunas notas sobre las recíprocas concesiones en el contrato de transacción*. Murcia, 2004.
- PÉREZ CONESA, Carmen. *Tratado de Contratos*. Director: Rodrigo Bercovitz. Consejo General del Notariado, 2013.
- POLO SÁNCHEZ, Eduardo. *Nuevas consideraciones sobre la transacción de la acción social de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital*. Madrid, 2002.
- QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José. *Sobre la causa y el error en el Convenio transaccional: comentario a la sentencia de 20 de diciembre de 2000*. Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 2001.
- ROGEL VIDE, Carlos. Mediación y transacción en el Derecho civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-septiembre 2009.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *El error en la transacción*. Anuario de Derecho Civil, T. 44, julio-septiembre 1991.
- RODRIGUEZ MORATA, F. *Comentarios al Código Civil*. Tomo IX. Director: Rodrigo Bercovitz. Consejo General del Notariado, 2013.
- SALVADOR CODERCH, Pablo. *ABC de la transacción*. Civitas. Madrid 2004.
- SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, seconda edizione, Napoli, 1975.
- SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA, José María, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV, Volumen 2. Coordinador: Víctor Manuel Garrido de Palma. Consejo General del Notariado, 2002.
- TAMAYO HAYA, Silvia. *El contrato de transacción*. Civitas. Madrid, 2003.
- TAMAYO HAYA, Silvia. *La rescisión por lesión en la partición transitiva*. Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2003.
- TAMAYO HAYA, Silvia. *El contrato de transacción: principales líneas de su evolución histórica*. Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Director: Manuel Albaladejo. Tomo IX. Madrid, 1982.
- VIOLA DEMESTRE. *El contrato de transacción en el Código civil*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles. Madrid, 2003.

SINGULARIDADES DEL DEBER DE LEALTAD DE LOS CONSEJEROS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Federico Pastor Ruiz

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO EL DEBER DE PROCURAR EL MEJOR INTERÉS SOCIAL.—3. OBLIGACIONES INHERENTES AL DEBER DE LEALTAD. 3.1. Interdicción del abuso de facultades. 3.2. Deber de secreto. 3.3. Deber de prevenir los conflictos de intereses y de abstenerse. 3.4. Deber de imparcialidad. 3.5. Imperatividad y dispensa.—4. APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES.—5. CONCLUSIÓN.—6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

Como le sucede a Nick Carraway con el Gran Gatsby en la novela homónima cuando conoció a Manolo Goded, llevaba mucho tiempo oyendo hablar de él. Mi padre había sido preparado por él, y en las múltiples ocasiones en que le consulté algún problema me había contestado remitiéndome a alguna enseñanza de Manolo. De estas primeras lecciones supe que se trataba de una persona con una especial clarividencia, capaz de dar con la solución cuando el resto apenas empezábamos a cobrar consciencia del problema. Tiempo después Manolo me preparó a mí cuando, retirado como magistrado del Tribunal Supremo, volvió a una academia que todo ese tiempo todos habían considerado «su» academia. Allí pude comprobar otra virtud de Manolo Goded: su lealtad y compromiso. Como he dicho, retomaba la actividad después de jubilarse y perfectamente podía haberla asumido a medio gas, como un mero divertimento. Todo lo contrario, su entrega y dedicación fue absoluta. Después de semejante ejemplo de compromiso el mejor homenaje que creo poderle brindar es escribir, precisamente, de algo que siempre presidió su actuar: la lealtad. En todo momento de su larga trayectoria como preparador su proceder fue guiado por un profundo y sincero sentimiento de lealtad hacia sus opositores y, por extensión, hacia el conjunto del Cuerpo de Abogados del Estado. Ése fue su gran legado y la razón por la que siempre le recordaremos con enorme cariño y gratitud.

2. LA LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES COMO EL DEBER DE PROCURAR EL MEJOR INTERÉS SOCIAL

La regulación del deber de lealtad de los administradores previa a Ley 31/2014, de 3 de diciembre, era excesivamente sucinta al limitarse el artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 a exigir que los administradores actuaran «*con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*». Concisión que se veía agravada al centrarse el desarrollo de este precepto en la diligencia sin prestar atención a la deslealtad.

Esta situación fue modificada por la reforma del el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, realizada por la citada Ley 31/2014, de 3 de diciembre. Dicha norma partió de una clara diferenciación entre el deber de diligencia y el de lealtad —propósito que no es incompatible con admitir supuestos de solapamiento—, regulándose por el primero las facultades de ges-

tión en el ámbito empresarial y por el segundo la conducta de los administradores frente a terceros.

El deber de lealtad se configura de una forma escalonada partiendo de una definición general (artículo 227 LSC), seguida de una enumeración de las obligaciones en que aquel se traduce (artículo 228 LSC) y una previsión de las situaciones de conflicto de interés (artículo 229 LSC).

La definición del deber de lealtad realizada por el artículo 227 LSC es claramente mejorable no solo por su carácter redundante sino por la insuficiente delimitación de un concepto clave como es el de interés social. Así, el citado artículo 227 LSC afirma: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*», precepto que comienza definiendo tautológicamente la lealtad como el deber de actuar lealmente o a la buena fe para concluir precisando que la lealtad exigida a los administradores consiste en actuar buscando el mejor interés de la sociedad.

Configurándose el deber de lealtad en torno al concepto de interés social hubiera sido conveniente que el legislador hubiera perfilado qué debe entenderse por interés social, máxime a la vista de la evolución en la que está incurso este concepto. Así, la concepción clásica de interés social era la contractualista conforme a la cual el interés social se identificaba con la maximización de los intereses de los socios y es la que inspira los artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio. En la actualidad la tendencia es evolucionar hacia posiciones institucionalistas que tienen en cuenta la función de la sociedad en el mercado ponderando, además del ánimo de lucro del accionista (*shareholder value*), los intereses legítimos de los acreedores¹, los trabajadores o, incluso, del conjunto de la ciudadanía a través de la responsabilidad social corporativa (*stakeholder value*). Según expone GARNACHO CABANILLAS², en la actualidad la tesis contractualista es mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien, paulatinamente, las tesis institucionalistas cobran mayor importancia, como refleja la recomendación décimo segunda del Código de Buen Gobierno, que define el interés social «*como la consecución de un negocio rentable y sostenible a largo plazo, que promueva su continuidad y la maximización del valor económico de la empresa. Y que en la búsqueda del interés social, además del respeto de las leyes y reglamentos y de un comportamiento basado en la buena fe, la ética y el respeto a los usos y a las buenas practicas comúnmente aceptadas, procure conciliar el propio interés social con, según corresponda, los legítimos intereses de sus empleados, sus proveedores, sus clientes y los de los restantes grupos de interés que puedan verse afectados, así como el impacto de las actividades de la compañía en la comunidad en su conjunto y en el medio ambiente*».

En el ámbito de las sociedades mercantiles estatales la delimitación de su interés social debe tener en cuenta la exigencia de su actividad empresarial guarde relación con el interés público. En este sentido citaremos la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, (Sección 1.^a) del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 en que se dijo «*la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable*».

¹ Un claro ejemplo de que el administrador no ha de atender exclusivamente al interés de los socios lo encontramos en la responsabilidad que la Ley Concursal (art. 164.2.4.º) le impone por el vaciado patrimonial de una sociedad, un comportamiento que favorece al socio pero perjudica al acreedor.

² GARNACHO CABANILLAS, L. El deber de lealtad del socio en una sociedad de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018. Aranzadi 2018, p. 167.

Por tanto, en el ámbito de las sociedades públicas es incuestionable que no cabe conceptualizar el interés social exclusivamente como la maximización de los beneficios sino que también debe atenderse al interés público que justifica su creación. Afirmación que tampoco puede ser llevada al extremo de subordinar toda la actividad social a la persecución de un interés público, prescindiendo del ánimo de lucro inherente a toda sociedad mercantil.

La delimitación del concepto de interés social aplicado a los grupos de sociedades plantea una importante controversia en los casos en que el interés de la sociedad filial entra en conflicto con el de la matriz o el general del grupo. En estos casos cuál es el interés social que debe atender el administrador, el de la filial o el grupo. Este riesgo es inherente a toda sociedad mercantil estatal puesto que ésta necesariamente está sujeta al control de la Administración General del Estado como titular, directa o indirecta, de al menos el 50% del capital (artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, y artículo 111 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Por ello interesa detenerse en el análisis de esta controversia y su resolución por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (sección 1.ª) en sentencia 695/2015, de 11 de diciembre, en la que se sostiene, con enorme rotundidad, que el deber de lealtad se dirige exclusivamente a la sociedad de la que se es administrador, interés que debe prevalecer al personal del propio administrador, de la sociedad dominante o del grupo societario. En palabras del alto tribunal:

El deber de actuar como un representante leal en defensa del interés social, entendido como interés de la sociedad, que tiene el administrador social, supone la obligación de desempeñar las funciones del cargo anteponiendo siempre el interés de la sociedad de la que es administrador al interés particular del propio administrador o de terceros. Ante cualquier situación de conflicto, el administrador ha de velar por el interés de la sociedad y dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad social de manera óptima, absteniéndose de actuar en perjuicio de los intereses de la sociedad. Este deber de lealtad viene referido al interés de la sociedad que administra, no al de otras, aunque pertenezcan al mismo grupo, aunque sea la sociedad dominante, ni a otros intereses formalmente ajenos, como es el que se ha venido en llamar «interés del grupo».

Dado el tenor de esta sentencia no puede dudarse que el deber de lealtad se proyecta hacia la sociedad de la que se es administrador sin que quepa desvirtuarlo en atención al interés personal del propio administrador, del accionista que le haya propuesto o, incluso, del grupo en el que se integre la sociedad. Por tanto, el administrador de la sociedad mantiene su propio ámbito de autonomía, sin que exista una obligación de acatar las instrucciones recibidas de la sociedad matriz o del accionista a quien le deba el nombramiento y sin que, por tanto, el administrador pueda invocar dichas instrucciones para eximirse de responsabilidad.

El interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial. El administrador de la sociedad filial que realiza una actuación que causa un daño a la sociedad que administra no queda liberado de responsabilidad por el simple hecho de que tal actuación haya sido acordada por quien dirige el grupo societario. El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de «obediencia debida» a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar.

Expuesto el criterio general de que el deber de lealtad se proyecta exclusivamente sobre la sociedad de la que se es administrador el Tribunal Supremo introduce un matiz en el fundamento quinto de la referida sentencia 695/2015, de 11 de diciembre, al promover que en los casos en que se produzca un conflicto entre el interés general del

grupo y el específico de una o varias de sus sociedades debe procurarse alcanzar un interés razonable entre uno y otro. Y es que, obvia decir, interpretado radicalmente el principio expuesto podría frustrarse el interés de legítimo de los grupos societarios. Para estos casos el Tribunal Supremo plantea la posibilidad de introducir ventajas por las que se compense el perjuicio que una filial hubiera soportado por una actuación benéfica para el grupo societario:

En todo caso, han de tener un valor económico, y guardar proporción con el daño sufrido por la sociedad filial en la actuación por la que se exige responsabilidad, en este caso, exclusivamente al administrador de la sociedad filial. Asimismo, han de resultar debidamente justificadas, pues de no serlo habrá que entender producido el daño directo para la sociedad filial de la que deriva la responsabilidad del administrador demandado. El argumento del interés de grupo y la alegación de los beneficios que, en abstracto, supone la integración en un grupo societario, si no van acompañados de una justificación razonable y adecuada de que la actuación del administrador resultó además provechosa para la sociedad filial, no excluye la existencia de un daño directo del que el administrador debe responder.

Por tanto, estas compensaciones, aparte de equilibradas han de resultar justificadas. Es decir: la actuación por la que se le compensa a la sociedad filial ha de haber sido benéfica para el grupo societario puesto que, de otro modo, la acción lesiva no estaría amparada en Derecho y el administrador sería responsable por ella. Otro límite para estas compensaciones es que la actuación lesiva no puede comprometer la viabilidad y solvencia de la sociedad filial.

En resumen, debemos concluir que el deber de lealtad se refiere únicamente a la sociedad de la que se es administrador sin que sea válido matizar, y mucho menos subordinar, dicho interés al del accionista que le haya propuesto o nombrado. Únicamente sería válida la prevalencia del interés general del grupo de sociedades frente al de la concreta sociedad filial cuando se establezcan medidas compensatorias que resarzan a ésta del daño soportado en aras del interés general y siempre que ello no comprometa la viabilidad de la sociedad. Tendremos ocasión de retomar esta cuestión al analizar el deber de independencia del administrador en los supuestos de conflictos de interés que afecten a las sociedades mercantiles estatales con su accionista de referencia la Administración General del Estado.

3. OBLIGACIONES INHERENTES AL DEBER DE LEALTAD

Inmediatamente después de la configuración general del deber de lealtad realizada por el artículo 227 LSC el inmediato artículo 228 de esa norma señala una serie de obligaciones en las que se materializa dicho deber. Listado que no tiene carácter cerrado sino que, como expone PAZ ARES³, pretende completar la definición general aportando orientaciones adicionales que faciliten la observancia del deber de lealtad.

3.1. Interdicción del abuso de facultades

En primer lugar se impone a los administradores la obligación de no ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que ha sido concedido. Regla que,

³ PAZ-ARES, C. Anatomía del deber de lealtad, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 39, Dykinson, 2015, pp. 50-51.

como expone ALFONSO SÁNCHEZ⁴, recuerda a la interdicción de la desviación de poder del Derecho Administrativo y que el artículo 70 de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa define como «*el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico*».

3.2. Deber de secreto

Seguidamente se establece el deber de secreto, obligación que presenta la peculiaridad de persistir después de cesado el administrador y que afecta a cuantas informaciones, datos, informes o antecedentes a los que se haya tenido acceso en el desempeño del cargo de administrador. Este deber de sigilo está redactado en términos tan amplios que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia 662/2011 de 4 octubre (sección 1.^a) descartó restringirlo a la información calificada como secreta, si bien tampoco ello puede llevarnos al extremo de extenderlo a absolutamente cualquier información obtenida por los consejeros. En esta difícil ponderación ARANBURU ESTIBALIZ⁵ concluye: «*En este sentido, solo las informaciones, datos, informes o antecedentes que no sean públicos y que la sociedad tenga interés en mantener secretos y/o al menos, una expectativa razonable de que serán mantenidos en secreto, deberían estar cubiertos por el deber de secreto. En otras palabras, debe aplicarse un criterio de relevancia y razonabilidad desde el punto de vista del interés social*».

El deber de sigilo se exceptúa en los casos en que la ley lo permita o requiera. Excepción que habitualmente se relaciona con las obligaciones de transparencia impuestas por la normativa de los mercados de valores lo que supone prescindir del matiz de que, en rigor, tal obligación de transparencia se impone a las sociedades y no directamente a sus administradores. En el caso de las sociedades mercantiles estales es oportuno mencionar también la legislación de transparencia a la que aquellas están sujetas por mor del artículo 2.1.g) Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Como excepciones propiamente impuestas a los administradores como tales y no en su condición de representantes de la sociedad está la de prestar declaración como testigo en un procedimiento penal. Puesto que habitualmente el consejero de las sociedades mercantiles estatales ostenta la condición de funcionario puede plantearse la duda de si podría quedar eximido de testificar al amparo del artículo 417.2.º LECr que dispensa a los funcionarios «*cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar*». Personalmente consideramos excesivo este planteamiento.

Tanto doctrinal⁶ como jurisprudencialmente se admite que el deber de secreto de los consejeros sea matizado respecto de aquellos consejeros nombrados a instancia de un accionista de control, supuesto en que se admite que estos consejeros pueda transmitir

⁴ ALFONSO SÁNCHEZ, R. Capítulo 5. «Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», en HERNANDO CEBRIÁ, L (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*. Bosch, 2015, p. 193.

⁵ ARANBURU URIBARRI, E. «Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016 Aranzadi. 2016, p. 3.

⁶ A modo de ejemplo, SÁNCHEZ CALERO defiende que el consejero dominical mantenga informado al accionista de lo que sucede en el consejo de administración. SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*, Thopson-Civitas, 2005, p. 204.

ciertas informaciones a tales accionistas. En palabras de la anteriormente citada sentencia 662/2011, de 4 de octubre, del Tribunal Supremo, «*el deber de confidencialidad no tiene carácter absoluto y no constituye una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios, singularmente cuando se trata de las llamadas operaciones de “tráfico peligroso” en las que el deber de transparencia exige, a salvo supuestos singulares, la información puntual y suficientemente detallada a los accionistas, a fin de potenciar el control de las decisiones del órgano de administración*». Al amparo de esta Jurisprudencia podemos admitir que el consejero de una sociedad mercantil estatal mantenga informado al órgano administrativo que le ha propuesto y siempre que ello no implique un conflicto de intereses como inmediatamente se verá.

3.3. Deber de prevenir los conflictos de intereses y de abstenerse

La Ley de Sociedades de Capital aborda los conflictos de intereses en que puedan verse incurso los administradores en sus artículos 228.c) y e) y 229 a 231. Comienza el artículo 228.c) LSC obligando a los administradores de abstenerse de intervenir en la deliberación y votación de los acuerdos en que tengan interés directo o indirecto, salvo los supuestos en que se discuta su nombramiento o cese. El tenor literal del precepto deja claro que la abstención se extiende no solamente a la votación sino también a la previa deliberación. Queda la duda de si, además, el administrador debe abandonar la sesión durante dicha deliberación y votación, opción por la que nos inclinamos con el propósito de procurar aislar al órgano de administración de cualquier tipo de influencia que condicione su imparcialidad⁷.

La aplicación de esta obligación de abstenerse a las sociedades mercantiles estatales plantea el problema de cómo abordar los casos en que surja un conflicto de interés entre la sociedad y la Administración General del Estado toda vez que la mayoría de los consejeros de aquellas son funcionarios o autoridades del Estado. Una interpretación rigurosa de esta norma llevará a una abstención masiva e, incluso, al bloqueo de la sociedad. Por todo ello el deber de abstención ha de restringirse a los casos en que el interés social entre en conflicto con las concretas funciones o intereses que el consejero autoridad o funcionario público tuviera encomendado. No consideramos, por tanto, bastante la mera concurrencia de intereses divergentes entre la sociedad y la Administración General del Estado para que el consejero que sea funcionario o autoridad de ésta deba abstenerse sino que es precisa una conexión, directa o indirecta, con las concretas funciones e intereses del cargo que se desempeña en la Administración General del Estado. Por último interesa destacar que en los casos en que el administrador se abstenga no podrá tampoco intervenir en su condición de funcionario o autoridad puesto que el artículo 23.2.a) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) tipifica como causa de abstención «*ser administrador de sociedad o entidad interesada*».

Completa este mandato de abstenerse un deber de prevenir las situaciones de conflicto de interés abstractamente establecido en el artículo 228.e) LSC y concretado en el inmediato artículo 229. Al amparo de ello los administradores tiene vedado (i) realizar transacciones con la sociedad, salvo que sean ordinarias, se ejecuten en condiciones estándar y tengan escasa relevancia en el sentido de contener información que no sea

⁷ En este sentido, MEGÍAS LÓPEZ, J. El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgement rule. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018. Aranzadi 2018, pp. 130-131.

necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad; (ii) servirse de la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas; (iii) utilizar para fines privados activos sociales, entre los que expresamente, y algo redundantemente dado el deber general de sigilo, el legislador ha incluido la información confidencial; (iv) aprovecharse de la oportunidades de negocio de la sociedad; (v) obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía; y (vi) desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Desde la óptica de las sociedades mercantiles estatales interesa destacar este último criterio y ponerlo en relación con la dispensa del artículo 180.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 213.2 LSC prohíbe «*ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate*» con el evidente propósito de evitar potenciales conflictos de intereses o tratos de favor. Esta prohibición no rige para las sociedades mercantiles estatales por mor del artículo 180.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas (precepto que continua remitiéndose a la Ley de Sociedades Anónimas de 1989). Existe, por tanto, la posibilidad de que en las sociedades mercantiles estatales pueda producirse un conflicto de intereses que no es posible con las sociedades privadas, lo que obligará a un equilibrio no siempre fácil en el que se ha de procurar consejeros que por conocer el sector de actividad de la sociedad sean idóneos para administrarla pero, por otro lado, que su implicación en el sector no sea tan intensa que hagan inevitable la continua concurrencia de conflictos de intereses. En este sentido, consideramos que la posibilidad abierta por el artículo 180.2 de la Ley de Patrimonio ha de ser matizada a la luz del mandato de prevenir los conflictos de intereses previsto en el artículo 229.1.f) LSC, precepto cuya aplicabilidad a las sociedades mercantiles estatales no ha sido excluida.

A la vista de este riesgo potencial de que surjan unos conflictos de interés que en el ámbito de las sociedades privadas no serían posibles, cobra mayor importancia el artículo 229.3 LSC, conforme al cual «*los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad*». Para el buen fin de este precepto debe entenderse que no basta con informar de la existencia de una posible situación de conflicto sino que es preciso transmitir toda la información necesaria para que el consejo, o en su caso la junta general, puedan valorar adecuadamente la cuestión. Por último indicaremos que por mandato del artículo 229.3 LSC la memoria de la cuentas anuales deberá reseñar las comunicaciones cursadas por los administradores en cumplimiento de la obligación de informar sobre posibles conflictos de intereses. Significa ello que la información sobre estos posibles conflictos no queda circunscrita al entorno de los administradores.

Concluye el artículo 231 LSC estableciendo un listado, que el grueso de la doctrina entiende abierto⁸, de las personas y entidades que se considerarán vinculadas a los efectos de un conflicto de intereses.

⁸ VERLEDAS PERALTA, A. «Órgano de Administración (II). Deberes y responsabilidades de los Administradores», en EMBED IRUJO, J. M. (dir.). *Derecho de sociedades de capital*. Marcial Pons, 2016, p. 307.

3.4. Deber de imparcialidad

El deber de independencia de los consejeros, previsto en el artículo 228.d) LSC, constituye una de las principales manifestaciones del deber de lealtad, lo que justifica un análisis detallado del mismo.

Puesto que la sistematización del deber de lealtad realizada por la Ley 31/2014 se basa en el derecho anglosajón, resulta oportuno comenzar citando a MEGÍAS LÓPEZ⁹, quien se sirve de la doctrina estadounidense para configurar el abstracto concepto de independencia como «*la inexistencia de relaciones que sean capaces de interferir en la conducta del consejero orientada exclusivamente al interés social*». Se trata, pues, de un concepto más amplio que el mero desinterés que PAZ ARES¹⁰ definía como la prohibición de las dobles lealtades y las «lealtades particularistas».

El derecho español, como acabaos de indicar, establece el deber de independencia como una parte del deber de lealtad definiéndolo en el artículo 228.d) LSC como la obligación de actuar «*bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros*». Se trata, pues, de un precepto con una peculiar estructura puesto que la regla de independencia se formula en segundo lugar, después de haber indicado la consecuencia de su incumplimiento. Estructura que puede ser más eficaz para garantizar el cumplimiento del deber de independencia pero que no lo es para su estudio, de ahí que analizaremos el artículo 228.d) LSC invirtiendo sus términos.

El deber de independencia obliga al administrador a actuar con libertad de criterio, sin atender a instrucciones o vinculaciones de tercero. Interesa destacar que dada la amplitud de términos empleada por el legislador queda excluida no solo la posibilidad de que el socio de control pueda dar instrucciones al administrador sino también que el actuar del administrador esté condicionado por la vinculación que tiene con el socio de control. Como expusimos anteriormente, la sentencia 695/2015, de 11 de diciembre, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es rotunda al declarar que el deber de lealtad se predica con la sociedad de la que es administrador y no frente a la grupo, la sociedad dominante o el socio de control. Consecuentemente con ello, el deber de independencia, que recordemos es una manifestación del de lealtad, se impone también frente a los socios. En coherencia con ello, el artículo 236.2 LSC establece que la autorización o ratificación por la junta general no exime de responsabilidad a los administradores «*en ningún caso*». La rotundidad de dicho precepto lleva a autores como SÁNCHEZ CALERO¹¹ a concluir que el deber de independencia «*obliga a los administradores a no realizar actos ilícitos que sean lesivos para la sociedad, aun cuando exista un acuerdo de la junta general que los autorice*». Finalmente, debe apuntarse que esta independencia de cada administrador no solo se dirige frente a terceros sino también frente a los restantes administradores de tal modo que tampoco son admisibles alianzas o pactos de sindicación de voto entre varios administradores¹².

Es importante reseñar que el artículo 228.d) LSC obliga al administrador no solo a actuar con independencia frente a instrucciones de terceros sino también frente a vin-

⁹ MEGÍAS LÓPEZ, J. *Op. cit.*, pp. 119-120.

¹⁰ PAZ-ARES. *Op. cit.*, p. 53.

¹¹ SÁNCHEZ CALERO. *Op. cit.*, p. 310.

¹² JUSTE MENCÍA, J. «Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad», en JUSTE MENCÍA, J. (coord.), en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*. Thompson-Civitas. 2015, p. 391.

culaciones con ellos. Obligación que evoca a la cita que Plutarco atribuye a Julio César sobre la exigencia de que su mujer, además de ser honrada lo parezca, en cuanto que impone al administrador el deber de abstenerse de mantener con terceros relaciones que indirectamente pudieran limitar su independencia, aunque no hayan derivado de tales relaciones directrices concretas, o no se haya podido acreditar su existencia.

La consecuencia que el artículo 228.d) LSC atribuye al deber de independencia es la responsabilidad personal del administrador. Supone ello que el administrador no queda exonerado, ni total ni parcialmente, de los daños derivados de su gestión acreditando haber actuado conforme a instrucciones de un tercero.

Respecto de las consecuencias del vulnerar el principio de independencia debe señalarse los términos en que el artículo 226.1 LSC establece la llamada *business judgment rule* en protección de la discrecionalidad empresarial y que requiere que el administrador haya actuado «*sin interés personal en el asunto objeto de decisión*». Supone ello un claro entrelazamiento entre los deberes de lealtad y diligencia puesto que si bien el ámbito de la discrecionalidad empresarial es el deber de diligencia analizado sus presupuestos se observa como su aplicación se subordina a que el administrador haya actuado leal e independientemente.

3.5. Imperatividad y dispensa

Comienza el artículo 230 LSC estableciendo en su primer epígrafe el carácter imperativo del deber de lealtad, lo que supone la invalidez de cuantas disposiciones estatutarias que lo limiten o sean contrarias al mismo.

Fijado ese criterio, continúa el artículo 231 LSC regulando los casos y formas en que el deber de lealtad podrá ser dispensado, permitiendo al administrador o a una persona vinculada realizar una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. Esta dispensa será otorgada, según los casos, por la junta general o por los administradores y será siempre singular, no siendo válida una dispensa de carácter general por hablar la norma de «casos singulares». Interesa destacar que, como expone GARCÍA DE ENTERRÍA¹³, las obligaciones enumeradas en el artículo 228 LSC no admiten dispensa por constituir el contenido básico del deber de lealtad.

Para la dispensa de la prohibición de competir con la sociedad se imponen requisitos adicionales al ser preciso que la operación no suponga daño para la sociedad o que se estime que el daño sufrido será compensado con los beneficios derivados de la dispensa. Para esta dispensa la competencia es siempre de la junta general, siendo preciso un acuerdo expreso y separado. Finalmente se prevé que cualquier socio pueda instar ante la junta general el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas que supongan para la sociedad un riesgo relevante.

4. APLICACIÓN A LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES

Configurado el deber de lealtad de los administradores y sus principales manifestaciones, procede analizar las peculiaridades con las que es exigido a los miembros de los

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, J. «Los órganos de las sociedades de capital (II). Los Administradores», en MENÉNDEZ, A y ROJO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*. Civitas Thomson Reuters, 2018, p. 507.

consejos de administración de las sociedades mercantiles estatales. Examen que debe comenzar atendiendo a la circunstancia de que si bien la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) considera en su artículo 166 como sociedades mercantiles estatales a todas aquellas en la que la participación directa o indirecta del Estado es superior al 50% posteriormente distingue en función de que dicha participación alcance el 100% o, aún siendo mayoritaria, no alcance dicho porcentaje. Esquema que reitera la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Ante esta divergencia de regímenes, y aun siendo todas sociedades mercantiles estatales, se hace preciso diferenciar entre unas y otras.

Comenzaremos con los preceptos aplicables a todo consejero de sociedad mercantil estatal. Respecto del deber de lealtad y las obligaciones que lo integran, la única excepción establecida para toda sociedad mercantil estatal se refiere al régimen de responsabilidad. Ya vimos que una de las manifestaciones del deber de lealtad era (art. 228.d LSC) la sumisión al «*principio de responsabilidad personal*» que determina que los administradores respondan frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños derivados de su conducta dolosa o negligente en los términos del art. 236 LSC. Esta regla queda matizada para las sociedades mercantiles estatales al ordenar el artículo 115.1 LRJSP que «*la responsabilidad que le corresponda al empleado público como miembro del consejo de administración será directamente asumida por la Administración General del Estado que lo designó*».

Del tenor literal de precepto resulta su limitación a los miembros del consejo que tengan la consideración de empleado público, concepto restringido a los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual por el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Circunstancia que implica que en los casos, nada excepcionales, en que el presidente del consejo de administración no sea empleado público no le resultará aplicable esta regla como tampoco le será aplicable a los demás consejeros que no sean empleados públicos¹⁴. El ámbito subjetivo del precepto acaba de perfilarse atendiendo a las sociedades comprendidas. Aunque de su texto pudiera entenderse comprendido todo empleado público designado consejero por la Administración General del Estado de su rúbrica y contexto se concluye que únicamente rige para las sociedades mercantiles estatales. Por tanto, quedan fuera los consejeros propuestos por la Administración General del Estado en aquellas sociedades en las que es titular de un porcentaje significativo pero inferior al 50%.

Desde la óptica del deber de lealtad, la mayor duda que plantea el art. 115.1 LRJSP es si la traslación de responsabilidad a la Administración supone una correlativa limitación del deber de independencia y la sumisión del consejero a las instrucciones que el Estado le pudiera cursar. Un primer argumento para rechazar que tal sea el caso viene dado por el hecho de que el legislador no lo declare expresamente como sí hace, y según veremos posteriormente, en el artículo 177.1 LPAP para las sociedades cuyo capital pertenezca íntegramente al Estado. Tesis que reforzaríamos atendiendo al epígrafe 2 del artículo 115 LRJSP que permite al Estado repetir frente al consejero «*la responsabilidad en que hubiera incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes*

¹⁴ En este sentido, HERNÁNDEZ SAINZ, E. «El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿Hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas?». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47/2016, Aranzadi 2016, p. 16.

administrativas en materia de responsabilidad patrimonial». Supone ello que la imputación de responsabilidad que el artículo 115 LRJSP hace al Estado es provisional puesto que el consejero acaba respondiendo ante el Estado. Y dado que el consejero acaba respondiendo por los daños dolosos o negligentemente causado no se aprecia fundamento para limitar su independencia.

Siguiendo con las sociedades cuyo capital pertenece íntegramente al Estado, ya sea directa o indirectamente, comenzaremos con el artículo 177.1 LPAP atribuye al Ministerio de tutela «*el control funcional y de eficacia*» sobre dichas sociedades. En análogos términos el artículo 116.3 LRJSP afirma que «*El Ministerio de tutela ejercerá el control de eficacia e instruirá a la sociedad respecto a las líneas de actuación estratégica y establecerá las prioridades en la ejecución de las mismas*». De uno y otro precepto, más claramente en el segundo, resulta la prerrogativa del ministerio de tutela para «*instruir a la sociedad*». Precepto ambiguo que no aclara el modo y efectos en que esta intervención debe hacerse. Considera PANIZO GARCÍA¹⁵ que estas instrucciones generales sí son de obligado cumplimiento para los administradores si bien no eximirían de responsabilidad al no resultarles aplicables el artículo 179 LPAP. Frente a ello consideramos más acertado equiparar estas instrucciones del ministerio de tutela a las instrucciones que pueda impartir una junta general que, como ya expusimos anteriormente, no son vinculantes para los administradores en los casos en que de dichas instrucciones resulte un perjuicio para los intereses de la sociedad. Aplicando este esquema a los artículos 177.1 LPAP y 116.3 LRJSP concluiríamos que estas instrucciones generales solamente serían vinculantes cuando no ocasionen perjuicio a los intereses sociales, de tal modo que cuanto el ministerio de tutela quiera cursar instrucciones que puedan suponer una pérdida para la sociedad necesariamente deberá acudir a lo previsto en el artículo 178.1 LPAP al que inmediatamente me referiré. Ello dado que no parece equitativo que pueda imponerse a un administrador una conducta lesiva para la sociedad si simultáneamente no se le exige de responsabilidad por dicho comportamiento.

Establece el artículo 178.1 LPAP «*En casos excepcionales, debidamente justificados, el Ministro al que corresponda su tutela podrá dar instrucciones a las sociedades previstas en el artículo 166.2 [aquellas en la que la participación del Estado es del 100 %], para que realicen determinadas actividades, cuando resulte de interés público su ejecución*». Idéntico texto se encuentra en el artículo 116.4 LRJSP en una duplicidad carente por completo de sentido. Esta norma supone una de las mayores divergencias entre las sociedades mercantiles estatales controladas al 100 % por el Estado con el resto de sociedades de capital (incluidas aquellas en que la participación estatal no alcanza el 100 %, aunque sea mayoritaria). Como hemos visto el artículo 228.d) LSC expresamente prohíbe a los administradores que actúen conforme a instrucciones dadas por terceros, regla frente a la cual el artículo 178.1 LPAP establece un caso en que los administradores deben actuar conforme a las instrucciones recibidas. Instrucciones que, por su propia índole, supondrán un sacrificio del interés social en aras del interés público puesto que, de otro modo, no sería preciso cursar instrucción alguna. Por tanto, la existencia de estas instrucciones no suponen una mera excepción a la obligación de los administradores de no actuar siguiendo obligaciones sino una enmienda a la esencia del deber de lealtad en la medida en que éste, como hemos dicho ya, se configura como el mandato de actuar persiguiendo en todo momento el interés social.

¹⁵ PANIZO GARCÍA, A. «Artículo 177», en GAYARRE CONDE (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Abogacía General del Estado-Aranzadi, 2008, pp. 1186 y 1187.

La competencia para dar estas órdenes corresponde al ministro de tutela y, en su defecto, al de Hacienda de acuerdo con el artículo 176.2 LPAP. Como destinatario de las instrucciones el artículo 178.1 LPAP designa a la sociedad en su conjunto, imprecisión que aclara el inmediato artículo 179 al referirse a «*los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior*».

Respecto de la forma parece innegable que deban darse de forma escrita y motivada al restringirlas el artículo 178.1 LPAP a «*casos excepcionales, debidamente justificados*». Y puesto que son dictadas por un ministro de acuerdo con el artículo 24.1.f) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, revestirán la forma de orden ministerial. Resolución que, como hemos indicado, habrá de estar motivada siendo preciso justificar tanto las circunstancias excepcionales que llevan a acudir a un mecanismo previsto como residual como los concretos intereses públicos tutelados con dicha medida.

En cuanto a los efectos de las instrucciones ya hemos adelantado que son obligatorias por mor del artículo 179 LPAP, que establece: «*Los administradores de las sociedades a las que se hayan impartido instrucciones en los términos previstos en el artículo anterior actuarán diligentemente para su ejecución, y quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 133 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas*».

Declarada la obligatoriedad procede analizar las consecuencias tanto del cumplimiento como del incumplimiento. Comenzando con el cumplimiento el artículo 179 LPAP exonera a los administradores de responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas del acuerdo tomado. En idéntico sentido, el artículo 116 LRJSP, que actualiza la remisión al artículo 236 LSC. La exención de responsabilidad se extiende frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales, planteándose la duda de si los administradores responderían por los daños causados a terceros distintos de los acreedores sociales. Entendemos que estos daños extracontractuales sí estarían comprendidos en la exención dado que el consejero ha actuado en estricto cumplimiento de las órdenes que se le dieron. Finalmente debe abordarse la cuestión de si la sociedad podría reclamar de la Administración General del Estado el daño sufrido por razón de las instrucciones cursadas. Cuestión a la que debe responderse afirmativamente haciendo nuestras las afirmaciones de MELLADO RAMÍREZ¹⁶, quien entiende que sí al amparo del artículo 178.2 LPAP por el que se subordina el cumplimiento de las instrucciones que supongan una variación de los presupuestos de explotación y capital a disponer de la autorización del órgano competente para efectuar la modificación presupuestaria correspondiente. Complementariamente debe recordarse la sentencia 695/2015, de 11 de diciembre, conforme a la cual el Tribunal Supremo únicamente permite que la sociedad filial anteponga los intereses del grupo cuando se establezca la correspondiente compensación.

Las consecuencias para el caso de incumplimiento de las instrucciones serían, además de legitimar un cese, la posible responsabilidad disciplinaria del infractor así como la responsabilidad ante la sociedad, los socios y los terceros acreedores por los hipotéticos daños derivados de su incumplimiento. Respecto de la validez de las decisiones tomadas en desobediencia de las instrucciones, no parece haber base legal suficiente para declarar su ineficacia, puesto que, conforme al artículo 6.2 LRJSP, «*el incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órga-*

¹⁶ MELLADO RAMÍREZ, «Artículo 178. Instrucciones», en GAYARRE CONDE (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Abogacía General del Estado-Aranzadi, 2008, pp. 1199 y 1200.

nos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir». Aborda MELLADO RAMÍREZ¹⁷ el conflicto que podría plantearse cuando el Ministerio de tutela y el que hubiera propuesto al consejero tuvieran intereses contrapuestos en el asunto afectado por las instrucciones, proponiendo como solución que se le autorizara para abstenerse o, incluso, votar en contra. Personalmente considero que el artículo 179 LPAP es rotundo al establecer la obligatoriedad de las instrucciones sin distinguir entre los consejeros nombrados a propuesta del Ministerio de tutela de los designados por otros departamentos u organismos por lo que, desde luego, no cabe voto en contra, siendo discutible incluso la abstención. Por todo ello entiendo que este conflicto interministerial deberá ser resuelto acudiendo a las facultades mediadoras atribuidas al presidente del Gobierno en el artículo 2.2.1) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

5. CONCLUSIÓN

En virtud del deber de lealtad los administradores de una sociedad están obligados a perseguir con su gestión el mejor interés de la sociedad. En el caso de los grupos de sociedades se plantea la controversia de cuál es el interés social al que debe atenderse, el de la matriz, la propia filial o el grupo en su conjunto. Controversia no abordada por el legislador y que, por tanto, ha tenido que ser resuelta por el Tribunal Supremo quien ha declarado con rotundidad que los administradores de una sociedad filial deben lealtad a dicha sociedad y, por consiguiente, incurren en responsabilidad si subordinan sus intereses a los de la matriz, el grupo societario o accionista de referencia.

La traslación de este concepto a las sociedades en las que el Estado ostenta, directa o indirectamente, una participación significativa obliga a diferenciar dos categorías de sociedades. En la primera se incluyen aquellas sociedades en las que la participación estatal es inferior al 100%. Dado que la LPAP no establece excepción o matiz al respecto debe concluirse que a los administradores de estas sociedades les es exigible el deber de lealtad en idénticos términos que a los administradores de las sociedades privadas y que, por tanto, no les es lícito subordinar los intereses de estas sociedades a los del Estado, incurriendo en responsabilidad si así lo hicieran.

Distinto es el caso de las sociedades en las que la participación estatal es del 100%. En estos supuestos el artículo 178.1 LPAP permite al ministro de tutela dar instrucciones a los administradores de aquella, lo que abre la puerta de que los intereses de la sociedad queden pospuestos en aras al interés de la Administración del Estado. Ahora bien, la configuración de dicha regla como una excepción obliga a concluir que, con carácter general, el deber de lealtad exigible a los administradores de estas sociedades mercantiles estatales les obliga a procurar el mejor interés de dichas sociedades y que únicamente podrán sacrificar dicho interés en los casos y con las formalidades previstas en el artículo 178.1 LPAP.

11. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ALFONSO SÁNCHEZ, R. Capítulo 5. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*. Bosch, 2015.

¹⁷ MELLADO RAMÍREZ, D. *Op. cit.*, p. 1196.

- ARAGÓN TARDÓN, S. El deber de lealtad de los administradores de las sociedades filiales frente al interés del grupo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 143/2016, parte Jurisprudencia. Aranzadi. 2016.
- ARANBURU URIBARRI, E. Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2016 Aranzadi, 2016.
- BOLDÓ RODA, C. Capítulo 6. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores, en HERNANDO CEBRIÁ, L. (coord.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*. Bosch, 2015.
- GARNACHO CABANILLAS, L. El deber de lealtad del socio en una sociedad de capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018. Aranzadi 2018.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J. Los deberes de conducta de los administradores. Deber de diligencia y deber de lealtad, en GARCÍA DE ENTERRÍA, J. (coord.), *La reforma de la Ley de Sociedades de Capital en materia de gobierno corporativo*. Aranzadi. 2015.
- GAYARRE CONDE, I. (coord.), *Comentarios a la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Abogacía General del Estado-Aranzadi. 2008.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E. El nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros de sociedades mercantiles estatales: ¿hacia la irresponsabilidad por la gestión de sociedades públicas? *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47/2016. Aranzadi 2016.
- JUSTE MENCÍA, J. Artículo 228. Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad, en JUSTE MENCÍA, J. (coord.), en *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014), sociedades no cotizadas*. Thompson-Civitas. 2015.
- MEGÍAS LÓPEZ, J. El deber de independencia en el consejo de administración: conflictos de interés, dispensa y business judgement rule. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 52/2018. Aranzadi 2018.
- MENÉNDEZ, A y ROJO, A. *Lecciones de Derecho Mercantil I*. Civitas Thomson Reuters, 2018.
- PAZ-ARES, C. Anatomía del deber de lealtad, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n.º 39, Dykinson, 2015.
- ROJO, A y BELTRÁN, E. (dirs.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Tirant lo Blanch, 2016.
- SÁNCHEZ CALERO, F. *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson-Civitas, 2005.
- SUÁREZ RUBIO, M. S. El deber de secreto de los administradores de las Sociedades de Capital. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 45/2015 parte Varia. Aranzadi, 2015.
- VERLEDAS PERALTA, A. Órgano de Administración (II) Deberes y responsabilidades de los Administradores, en EMBED IRUJO, JM (dir.). *Derecho de sociedades de capital*. Marcial Pons, 2016.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA REGULACIÓN FINANCIERA. HITOS DE SU EVOLUCIÓN

Gonzalo Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz, Francisco Uría Fernández

SUMARIO: 1. NOTA DE LOS AUTORES.—2. LA SINGULARIDAD DE LAS ENTIDADES Y LOS MERCADOS FINANCIEROS.—3. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES.—4. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.—5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRATIVOS EN LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE VALORES.—6. SINGULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS ENTIDADES ASEGURADORAS.—7. EL CASO SINGULAR DE LAS PERSONAS FÍSICAS REPRESENTANTES DE LOS ADMINISTRADORES PERSONAS JURÍDICAS.—8. CONCLUSIONES.—9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. NOTA DE LOS AUTORES

Los autores de este capítulo estaremos eternamente en deuda con nuestros preparadores en la oposición para el ingreso al Cuerpo de Abogados del Estado, al que ambos pertenecemos. Manuel Goded, al que está dedicada esta obra, José Antonio Piqueras (ambos tristemente fallecidos) y Manuel Martín Timón.

En primer lugar porque nos ayudaron a preparar y aprobar la oposición, permitiéndonos ser lo que somos, abogados del Estado. En un momento de nuestras vidas, llegar a serlo fue lo fundamental y nuestros preparadores nos ayudaron a conseguirlo. Con la perspectiva del tiempo nos damos cuenta de todo lo que nos ha dado la pertenencia al Cuerpo de Abogados del Estado y nuestro agradecimiento y la deuda contraída se ha hecho todavía mayor.

Pero, en segundo lugar, y hablando ya de nosotros dos, también porque la preparación de la oposición permitió que nos conociéramos y que trabáramos una amistad que se ha ido incrementado con el paso de los años.

El ambiente que existía entre los que preparábamos la oposición en aquellos días, auspiciado por unos preparadores que siempre nos alentaron a competir contra el programa y no tanto contra nuestros futuros compañeros, ayudó, sin duda, a que eso fuera posible, pero, posteriormente, la vida nos ha deparado muchos momentos de encuentro y colaboración profesional que terminaron de afianzarla.

Muchos de esos momentos de colaboración tuvieron que ver con las entidades y los mercados financieros, a los que ambos hemos dedicado buena parte de nuestra carrera profesional, por lo que, considerando la figura del homenajeado, que obligaba a elegir un tema relacionado con la intervención y disciplina de la economía por parte del Estado, sobre todo a través de la regulación, nos ha llevado a optar por un trabajo relacionado con un tema de la mayor relevancia y actualidad como es el relativo a las responsabilidades de los administradores en las entidades y los mercados financieros.

Por eso, al igual que todos los demás autores de esta obra, dejamos constancia de nuestra eterna deuda de agradecimiento con Manuel Goded, José Antonio Piqueras y Manolo Martín Timón. Va por ustedes.

2. LA SINGULARIDAD DE LAS ENTIDADES Y LOS MERCADOS FINANCIEROS

Las entidades y los mercados financieros tienen, al margen de su importancia propia, una gran repercusión en el funcionamiento de las economías a escala global.

Como la reciente crisis ha puesto de manifiesto, todo lo que ocurre en ellos se traslada a gran velocidad a la economía real provocando graves daños a las familias y a las empresas.

Es por ello que todo lo relacionado con las entidades y los mercados financieros se encuentra sujeto a una exigente regulación que ha aumentado sensiblemente sus requerimientos en respuesta a la propia crisis.

El gobierno corporativo y la gestión de riesgo han sido, sin duda, algunos de los factores que contribuyeron a la crisis. En nuestra opinión no fueron la causa única, ni tal vez siquiera la más importante, pero sí que fueron algunos de los factores cuyo funcionamiento deficiente impidió limitar sus efectos.

Si consideramos que el origen de la crisis se situó en el binomio política monetaria expansiva (sostenida durante un largo período de tiempo) y la correlativa expansión crediticia, constataremos que, frente a la tentación de asumir riesgos excesivos en la política crediticia o en las inversiones financieras, fallaron la regulación (que no fue lo suficientemente exigente, especialmente a la hora de exigir que los niveles de recursos propios de las entidades fueran realmente adecuados a sus niveles reales de riesgo), la supervisión (que no compensó suficientemente las deficiencias de la regulación, exigiendo individualmente a las entidades que alcanzaran niveles suficientes de recursos propios para responder al nivel real de riesgo que estaban asumiendo) y, ya en el seno de las propias entidades, el gobierno corporativo y la gestión del riesgo.

Por este motivo, fueron distintos los aspectos relacionados con el gobierno corporativo de las entidades financieras que fueron objeto de revisión por parte de los reguladores y supervisores tanto a nivel global como regional (europeo, en nuestro caso) y local.

Se trataba de garantizar una mejor preparación, dedicación y funcionamiento de los órganos de gobierno de las entidades (y en particular del consejo de administración), evitar que las políticas retributivas introdujeran un sesgo proclive a la asunción imprudente de riesgos y que, en general, el «sistema de gobierno corporativo» de las entidades, como nuevo concepto aparecido en la regulación bancaria, mejorase su estructura y funcionamiento tanto a nivel del consejo como también en sus distintas comisiones, a las que se ha prestado una atención renovada (particularmente en el caso de la comisión de auditoría, dada la relevancia de sus funciones).

Las entidades financieras suelen ser, cumulativamente, sociedades mercantiles de capital, entidades reguladas por la legislación financiera que les resulte de aplicación en cada caso y sociedades cotizadas o al menos emisoras de valores que se negocian en los mercados lo que resulta en la aplicación agregada de la legislación mercantil en materia de sociedades, la regulación propia de las entidades financieras y la normativa sobre el mercado de valores, todo lo cual resulta en un considerable endurecimiento de la exigencia regulatoria sobre estas entidades.

Esto tiene, sin duda, un reflejo particularmente importante en su gobierno corporativo, triplemente influido por esos tres relevantes grupos normativos, y, en última instancia, sobre la responsabilidad de los administradores, que se ha visto fuertemente incrementada no sólo en términos puramente normativos sino también en los criterios de aplicación exhibidos recientemente por los supervisores y los órganos judiciales.

No ha sido una respuesta normativa meramente mercantil y regulatoria. También desde otros ámbitos, más relacionados con la tutela de los bienes públicos, se ha producido una expansión considerable de los deberes y las responsabilidades de los administradores de las entidades financieras. Ello se ha evidenciado en la legislación tributaria, la de la seguridad social, la relacionada con la protección medioambiental y, no en menor medida, de la legislación penal.

El consejo y los administradores de las entidades de crédito se han convertido en los garantes del cumplimiento normativo en todas sus dimensiones, incluida la fiscal, de la adecuada gestión del riesgo en las compañías y de la calidad y rigor de la información financiera y (recientemente) no financiera proporcionada a los mercados, por citar solamente alguno de sus cometidos más relevantes.

El consejo debe aprobar también algunos de los documentos que han devenido claves en las entidades financieras, particularmente en las entidades de crédito, como su marco de apetito al riesgo, los instrumentos clave de su estrategia de capital y liquidez (ICAAP e ILAAP), y las políticas fundamentales que habrán de garantizar su adecuado funcionamiento.

Al objeto de garantizar el cumplimiento de todas esas obligaciones, el consejo y sus miembros han visto considerablemente reforzadas sus responsabilidades potenciales tanto en el ámbito penal, como en el mercantil o el regulatorio.

Como ha indicado certeramente HERRERA, «aunque la regulación del gobierno corporativo de las entidades de crédito y, en particular, de los requisitos de idoneidad de sus administradores y directivos se haya considerado desde largo tiempo atrás como uno de los elementos sustanciales del acceso al ejercicio de la actividad bancaria, no cabe ninguna duda de que la profundidad, dimensión y repercusión de la crisis económica y financiera que han sufrido la mayoría de los países desarrollados han llevado a la necesidad de analizar en detalle este específico ámbito de actuación de las entidades financieras, con el objetivo de mejorar de manera radical su marco regulador y, especialmente, la aplicación práctica del mismo».

Efectivamente, se ha producido un considerable endurecimiento de la respuesta penal, tanto en el ámbito legislativo como, y no en menor medida, en el ámbito judicial. El número de consejeros y directivos bancarios que han sido sometidos a procesos penales como consecuencia de la crisis ha superado, de acuerdo con las informaciones publicadas en los últimos meses, el número de trescientas personas y también han sido muy numerosos los procedimientos disciplinarios y las sanciones impuestas a las entidades, sus administradores y sus directivos como consecuencia de distintos hechos relacionados a menudo con la crisis financiera o con la inadecuada comercialización de determinados instrumentos financieros.

Este es el contexto en el que nos encontramos y que, con los límites de toda índole que son propios de este trabajo, trataremos de describir someramente a continuación.

3. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Los administradores de las sociedades mercantiles siempre han sido responsables de sus actos y esta responsabilidad podía venirles exigida a través de diversos canales, en función de la naturaleza de los incumplimientos legales, estatutarios o contractuales que hubieran podido producirse.

Dejando al margen la responsabilidad derivada de las infracciones de la regulación financiera aplicable, que será objeto de atención en los apartados siguientes de este trabajo, y que tiene una naturaleza administrativa, la evolución más significativa del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles en general se ha producido de la mano de las reformas recientes de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) y del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Comenzando por este último, y a través de reformas legales sucesivas, el principio tradicional de que las personas jurídicas no podían delinquir ha quedado olvidado para siempre para ser sustituido por la posibilidad de que las sociedades puedan cometer delitos y que, al margen de sus posibles responsabilidades personales, sus administradores pudieran afrontar responsabilidades penales derivadas de los delitos presuntamente cometidos por la sociedad.

Si bien este principio general queda posteriormente modulado en la parte especial del Código Penal, de modo que no en todos los delitos se produce esta evolución, sino solamente en aquellos en que el Código Penal expresamente establece una responsabilidad penal del autor persona jurídica, es lo cierto que la misma se ha establecido en áreas sensibles para las entidades financieras como son las relacionadas con la prevención del blanqueo de capitales o los delitos contra la hacienda pública o la seguridad social, por citar sólo algunos casos en que las entidades financieras o sus empleados pueden desempeñar un papel instrumental para la comisión de determinados delitos.

No es, obviamente, una responsabilidad objetiva, y la misma puede ser evitada a través de medidas de diligencia que han ido concretándose sucesivamente.

El precepto clave a este respecto es el artículo 31 bis del Código Penal, que ha sufrido modificaciones sucesivas (la última a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) hasta alcanzar su redacción actual, en cuyo apartado segundo se establecen las condiciones que permitirían la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y que son las siguientes:

- a) Que el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.
- b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.
- c) Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
- d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición b).

En definitiva, tras las reformas sucesivamente introducidas en nuestro Código Penal, los administradores de las sociedades mercantiles responden penalmente tanto por los hechos delictivos que ellos hubieran cometido como también por los cometidos por la sociedad en la que desempeñan sus funciones, viéndose exonerados de dicha responsabilidad en el caso de que concurran las condiciones que acaban de citarse.

Aunque en los últimos años se han tramitado numerosos procesos penales en relación con administradores de entidades de crédito, normalmente de las entidades recep-

toras de algún tipo de ayuda pública o simplemente «nacionalizadas» con la intervención del Fondo Ordinario de Resolución Bancaria, nos parece procedente la doctrina derivada de una antigua sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2006, en la que se alertaba de la dificultad de proyectar juicios relativos a acuerdos societarios en materia (en ese caso) de remuneraciones con «las relaciones laborales ordinarias, los fondos de pensiones, las prestaciones sociales, etc.», al ámbito de los acuerdos societarios adoptados en las entidades de crédito. Concretamente, llega a decir la sentencia, «el derecho penal no puede dar un salto frente a la jurisdicción que debe analizar la existencia de responsabilidad mercantil, cuando el hecho ha sido consentido por la masa social, aprobándolo. Ahora bien, no se trata de exonerar de responsabilidad (penal) porque el acto o el acuerdo lesivo haya sido aprobado, autorizado o ratificado por la junta general (lo que impide, mercantilmente el artículo 133,4 LSA (entonces vigente), sino que indefectiblemente los acuerdos sociales no pueden ser perjudiciales para la sociedad en la manera que ésta los acepta y adopta como propios («*voluntas non fit injuria*»)... En suma, en esta materia (como en muchas otras), lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El tribunal penal no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, cualquiera que sea su opinión personal al respecto».

Es una doctrina que debería ser tenida en cuenta en algunos de los casos que han sido sometidos a enjuiciamiento penal en los últimos meses, sin perjuicio de reconocer, con la misma claridad, la necesidad de la respuesta penal frente a las conductas y abusos más intolerables.

Manteniéndonos en el plano de las responsabilidades potencialmente exigibles a los administradores de todas las sociedades mercantiles por el hecho de serlo, sean o no entidades financieras, también la legislación mercantil ha mostrado un paulatino endurecimiento, plasmado sobre todo en la reforma realizada de la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, para la mejora del gobierno corporativo de las sociedades de capital.

Los preceptos clave para la construcción del sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital son los artículos 236 y 237 de la LSC que establece los «presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad».

Las ideas fundamentales que se desprenden del régimen legal en la materia son las siguientes:

- a) Los administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.
- b) La responsabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.
- c) La ratificación posterior por la junta no exonera a los administradores de la responsabilidad derivada de sus actos.
- d) La responsabilidad de los administradores se extiende a los administradores de hecho.
- e) La responsabilidad también se hará extensiva a la persona física representante del administrador persona jurídica, con la que responderá solidariamente.
- f) La responsabilidad de los miembros del consejo de administración derivada de los acuerdos adoptados o los actos lesivos realizados será solidaria, quedando exonerados solamente aquellos consejeros que no hubieran intervenido en su

adopción y ejecución, desconocieran su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieran expresamente a él.

Las acciones de responsabilidad contra los administradores podrán ejercitarse individualmente por las personas interesadas (incluidos los acreedores) o por la sociedad, en los supuestos del artículo 238 LSC, y previo acuerdo de la junta general.

La acción de responsabilidad contra los administradores, tanto social como individual, prescribe a los cuatro años.

Los requisitos fijados por la jurisprudencia para el ejercicio de la acción individual de responsabilidad de los administradores societarios, como destaca por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2004, por citar una de las resoluciones recaídas en el mismo sentido, son los siguientes:

- a) Que se haya producido un daño al socio o acreedor, que implique una lesión directa a su patrimonio.
- b) Que se hayan producido acciones u omisiones dolosas o negligentes por parte de los administradores por incumplimiento de la obligación de actuar como un ordenado empresario.
- c) Que exista una relación de causalidad entre el daño producido y la conducta producida.
- d) Que el daño causado sea directo (a diferencia del supuesto de la acción social de responsabilidad).

En todo caso, y como recuerda PRENDES CARRIL¹, «la responsabilidad de los administradores contemplada en el régimen general de responsabilidad exige que el demandante acredite la existencia de un acto concreto del administrador social que sea vulnerador de la norma legal o estatutaria o incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo concurriendo dolo o culpa, causante del perjuicio reclamado u objeto de reposición. No cabe, desde esta perspectiva, pretender la responsabilidad de los administradores invocando la gestión negligente de un ejercicio social en general. La jurisprudencia viene advirtiendo de la necesidad de evitar que una laxa interpretación de estos preceptos convierta a los administradores en responsables absolutos por encima y además del patrimonio social, desnaturalizando así la esencia de la sociedad como persona jurídica independiente, por todas, la paradigmática STS 21/05/1992 (RJ 1992, 4274)».

Al margen de todo lo anterior, y sin perjuicio de lo que se explicará más adelante en relación con la responsabilidad de los administradores derivada de la normativa sobre mercado de valores es relevante tener en cuenta que, tras diversos hitos y modificaciones legislativas, la Ley 31/2014 añadió un nuevo título XIV de la Ley de Sociedades de Capital dedicado a las sociedades anónimas cotizadas, poniendo fin así a la tradicional regulación de esta materia en la Ley del Mercado de Valores.

En este título se integran numerosas normas específicamente aplicables a las sociedades cotizadas y, entre ellas, procede destacar, a los fines de este trabajo, las relativas a las facultades indelegables del consejo de administración contempladas actualmente en el artículo 529 ter LSC.

¹ Prendes Carril, P. «La responsabilidad de los administradores», en la obra colectiva *Tratado de Sociedades de Capital*, tomo I. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, página 1487.

4. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

Además de las responsabilidades penales, civiles o sociales (mercantiles) que se han expuesto en el apartado anterior, los administradores de las entidades de crédito se enfrentan a un régimen específico de responsabilidad que está regulado en la legislación bancaria.

Tras la profunda modificación de nuestra legislación bancaria derivada de la aprobación de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, es esta disposición legal la que contiene el régimen disciplinario de las entidades y de sus administradores.

Siguiendo las más recientes corrientes en materia de gobierno corporativo de las entidades de crédito e influenciada por los acontecimientos que llevaron y tuvieron lugar con ocasión de la última crisis, esta legislación ha implicado también un endurecimiento del régimen de responsabilidad de los administradores de las entidades de crédito que se refleja, en nuestra opinión, y entre otros preceptos de la Ley 26/2010, en su artículo 37, cuando se hace responsable al consejo de administración de las entidades de crédito «de los riesgos que asuma» la entidad o en el listado de funciones indelegables del consejo del artículo 29 entre las que se encuentra «asumir la responsabilidad de la administración y gestión de la Entidad, la aprobación y vigilancia de la aplicación de sus objetivos estratégicos, su estrategia de riesgo y su gobierno interno», «garantizar la integridad de los sistemas de información contable y financiero, incluidos el control financiero y operativo y el cumplimiento de la legislación aplicable», «supervisar el proceso de divulgación de información y las comunicaciones relativas a una entidad de crédito» y garantizar una supervisión efectiva de la alta dirección».

El principio general de la Ley (artículo 89) es el de que no sólo las entidades de crédito, sino también quienes ostenten cargos de administración de las mismas que infrinjan normas de ordenación y disciplina, incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable, siendo independiente la responsabilidad de la entidad y la de sus administradores y directivos.

En función de las circunstancias y gravedad de las conductas observadas, podrán ser constitutivas de infracción leve, grave o muy grave a las que corresponderán las sanciones correlativas (leves, graves o muy graves) y, en el caso de los administrativos o directivos, podrán ser específicamente merecedoras de las sanciones muy graves, graves y leves que se establecen sucesivamente en los artículos 100 al 102 de la Ley 26/2010.

Las sanciones más importantes son las de multa, suspensión en el ejercicio del cargo, separación del cargo o incluso la inhabilitación y también se incluyen medidas accesorias de requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla o la amonestación pública con publicación en el BOE.

El artículo 104 de la Ley 26/2010 es muy importante a los presentes efectos puesto que establece el principio general de que la responsabilidad de los administrativos y directivos como consecuencia de las infracciones cometidas por las entidades a las que pertenezcan sólo resultará cuando las infracciones sean imputables a su conducta (al menos) dolosa o negligente contemplándose dos circunstancias exoneradoras de responsabilidad:

- a) Falta de asistencia justificada a las reuniones correspondientes, voto en contra o cuando se hubiera salvado el voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones.

- b) Cuando las infracciones fueran exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, miembros del órgano de administración con funciones ejecutivas, directores generales u órganos asimilados, y otras personas con funciones ejecutivas de la entidad.

Las competencias sancionadoras sobre las entidades de crédito y sus administradores y directivos corresponden a sus supervisores y, específicamente, al Banco de España y al Banco Central Europeo.

Como han señalado DEPRÉS, VILLEGAS y AYORA², «la potestad sancionadora complementa las facultades atribuidas al supervisor, de modo que este no solo es el encargado de la vigilancia del cumplimiento de las entidades bajo su supervisión, sino que también puede imponer las correspondientes sanciones en el caso de detectar incumplimientos».

El Banco de España impondrá las sanciones determinadas por la legislación que anteriormente se ha citado a través del procedimiento establecido por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por su parte, el Banco Central Europeo podrá imponer, igualmente, sanciones en el caso de la comisión de infracciones producidas en sus ámbitos competenciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18 del Reglamento (UE) n.º 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

En virtud de ese precepto, el BCE podrá imponer sanciones pecuniarias administrativas de hasta el doble de la cantidad correspondiente a los beneficios obtenidos o las pérdidas evitadas como resultado del incumplimiento, en caso de que puedan determinarse estos, o de hasta el 10% del volumen de negocios total anual, según lo defina el derecho aplicable de la Unión, de la persona jurídica en el ejercicio anterior, u otras sanciones pecuniarias contempladas en el derecho pertinente de la Unión. Las sanciones aplicadas deberán ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias» de acuerdo con el apartado 3 del artículo 18 del Reglamento 1024/2013.

Es relevante no confundir esas normas con las contenidas en el Reglamento (CE) n.º 2157/1999, del Banco Central Europeo, de 23 de septiembre de 1999, sobre las competencias del Banco Central Europeo para imponer sanciones que ha sido objeto de modificaciones relevantes a través del Reglamento (CE) 985/2001, de 10 de mayo de 2001 y del Reglamento (UE) n.º 469/2014, del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, que, teniendo en cuenta las nuevas funciones supervisoras que le fueron atribuidas por el Reglamento, adapta el marco sancionador previamente existente para aclarar que dicho procedimiento sancionador no sería utilizado en el caso de que las infracciones se produjeran en relación con las competencias de supervisión del Banco Central Europeo y sí en otras materias (política monetaria, estadística...) previamente atribuidas a la entidad.

Una de las cuestiones fundamentales abordada por la jurisprudencia se refiere al nivel de conocimiento exigible a los consejeros de las entidades de crédito y los efectos de éste sobre el principio de culpabilidad.

² Deprés, M., Villegas, R. y Ayora, J. *Manual de Regulación Bancaria en España*. Editorial FUNCAS. Madrid, 2017, página 559.

Concretamente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003 indicó, como principio fundamental, que «la singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata (entidades de crédito) lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollen, haciéndolas responsables, tanto si aceptan la producción de tales consecuencias como si no adaptan las previsiones necesarias para evitarlas, en el caso de que tales prácticas sean objetivamente idóneas para producirlas». Idéntica posición fue adoptada por las Sentencias de 5 de julio de 2001 y 27 de mayo de 2003.

Con este punto de partida, los administradores no podrían alegar su falta de conocimiento como base para rechazar la concurrencia de culpabilidad y la consiguiente posibilidad de imponerles sanciones derivadas de la falta de cumplimiento de sus obligaciones regulatorias.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2006, se planteó frontalmente la cuestión planteada, con cita de la jurisprudencia que acaba de citarse, para recordar, por un lado, la efectiva vigencia del principio de culpabilidad en materia sancionadora, reconocida por numerosas sentencias de la Sala y, en particular, por la 23 de noviembre de 1998, señalando, a este respecto, que «para exigir responsabilidad a los cargos de administración o dirección de las entidades de crédito, en relación con las infracciones por éstas cometidas, el artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención 26/1988, establece el requisito de que las mismas sean imputables a su conducta dolosa o negligente. No se trata, por tanto, de una responsabilidad objetiva o sin culpa, por el mero hecho de la ostentación de un cargo o de la pertenencia al Consejo de Administración, sino de que la infracción cometida por la entidad obedezca a una conducta culpable, que sea imputable a la acción u omisión deliberada o indiligente del titular del cargo».

Sin embargo, lo anterior no puede conducir a considerar que los administradores pueden quedar exonerados de responsabilidad por carecer de los conocimientos necesarios sobre algún ámbito de la normativa reguladora de las entidades de crédito o, como sucedía en el caso al que se refería la sentencia citada en el párrafo anterior, la normativa contable. Así, la sentencia afirma categóricamente que «los miembros del consejo de Administración tienen que poner una especial diligencia en comprobar que esas dotaciones (de las provisiones para insolvencias) se encuentran realizadas y contrastarlas con los créditos que por sí mismos deben calificar como dudosos. Y ello no es exclusivamente imputable a comisiones delegadas, consejeros delegados o directores generales —art. 15.2. LDIEC—, sino que por la propia esencialidad a que se ha aludido es misión relevante de todos el Consejo de Administración, sin que para su cumplimiento se requieran específicos conocimientos, sino que bastan los que se exigen a los que voluntariamente han asumido ser miembros de dicho Consejo».

Es decir que, dados los requisitos regulatorios de idoneidad actualmente exigidos para ser consejeros de las entidades de crédito, cabe presumir que los administradores dispondrán de los conocimientos técnicos suficientes como para el cumplimiento de su misión con lo que no podrán escudarse en una supuesta falta de conocimiento como modo de evitar la asunción de responsabilidades por el juego del principio general de culpabilidad.

5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRATIVOS EN LA REGULACIÓN DE LOS MERCADOS DE VALORES

También en el ámbito de la regulación de los mercados de valores se ha producido un endurecimiento de la respuesta disciplinaria, con especial afectación para los consejeros de las entidades obligadas tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante, LMV) a través del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Antes de describir el nuevo régimen disciplinario actualmente vigente, parece conveniente repasar el estado de los preceptos que la LMV dedica al gobierno corporativo de las empresas de servicios y actividades de inversión.

En este sentido, es relevante el tenor del artículo 186 de la LMV que, de manera original, establece que «cada uno de los miembros del órgano de administración de las empresas de servicios y actividades de inversión actuará con honestidad, integridad e independencia de ideas, evaluando y cuestionando, en su caso, de manera efectiva las decisiones de la alta dirección y vigilando y controlando de manera efectiva el proceso de dirección de la alta dirección.

Además, se establece en el artículo 192 bis LMV, de forma coherente con lo que hemos analizado hasta ahora, que «el órgano de administración es el responsable de los riesgos que asuma una empresa de servicios y actividades de inversión».

Un precepto similar se recoge en el artículo 197 undecies en relación con el órgano de administración de los proveedores de servicios de suministro de datos.

El régimen sancionador en materia de mercado de valores se encuentra contenido en los artículos 271 y siguientes de la LMV.

La regulación se abre con la declaración de que «las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de esta ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este artículo».

El principio de culpabilidad queda expresado un poco más adelante, en el apartado 3 del propio artículo 271 LMV, cuando se exige la concurrencia de una conducta dolosa o negligente como condición para la exigencia de responsabilidad por la comisión de infracciones muy graves o graves a quienes ejerzan en la entidad infractora cargos de administración o dirección, reconociéndose igualmente la exención de responsabilidad en los casos de ausencia justificada o cuando las personas hubieran votado en contrario o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones y también cuando las infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones similares en la entidad.

También en este caso las infracciones y sanciones derivadas del incumplimiento de las normas reguladoras del mercado de valores se clasifican en muy graves, graves y leves.

El texto legal, en su redacción actual, resulta particularmente minucioso en la tipificación de las infracciones muy graves, distinguiendo entre infracciones por incumplimiento de las obligaciones exigidas para el correcto funcionamiento del mercado primario de valores y la negociación de instrumentos financieros en los mercados secundarios de valores, las relativas a las ofertas públicas de adquisición, las relativas a los sistemas de compensación y liquidación y registro de valores, las derivadas del incumplimiento

de las obligaciones de transparencia e integridad del mercado, las provocadas por el incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales exigidas, las que tengan su origen en el incumplimiento de la obligación de información y protección al inversor, las infracciones por incumplimiento de las medidas adoptadas por la CNMV en el ejercicio de su potestad supervisora, inspectora y de control y por reiteración de infracciones graves, las infracciones por incumplimiento del Reglamento (UE) n.º 236/2012, de 14 de marzo, del Reglamento (UE) n.º 648/2012, de 4 de julio, del Reglamento (UE) n.º 909/2014, de 23 de julio de 2014, las infracciones relativas a las agencias de calificación crediticia y a las participaciones significativas, las infracciones por incumplimientos del Reglamento (UE) n.º 1286/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculado y los productos de inversión basados en seguros, las infracciones por incumplimiento del Reglamento (UE) n.º 2016/1011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión.

En cuanto a las infracciones graves, se añade a las anteriores la inclusión como infracciones por incumplimiento de la reserva de actividad y la obligación de obtener autorizaciones exigidas, por incumplimiento.

Respecto de los administradores y directivos, el artículo 306 LMV establece sanciones complementarias por infracciones muy graves. Las sanciones, dejando al margen la cuantía de las de carácter pecuniario, son similares a las contempladas en la normativa bancaria. Lo mismo sucede con las sanciones correspondientes a las infracciones de carácter grave.

Uno de los elementos en los que la jurisprudencia ha insistido de forma más clara es el de que los administradores de las entidades sujetas a la LMV no pueden justificar su incumplimiento de las obligaciones que les son exigibles escudándose en la supuesta falta de medios personales y materiales necesarios para ello cuando dichos medios vienen exigidos por la LMV y en todo caso era competencia de los administradores haber adoptado las disposiciones necesarias para asegurarse de que ello era así.

Así lo ha manifestado de forma rotunda la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 al señalar que «la posición activa, en unos casos, y omisiva, en otros, de los vocales del consejo de administración, respecto de hechos como los aquí descritos, reveladores de una insuficiencia acentuada de medios materiales para gestionar de modo correcto la entidad, ponen de manifiesto, en principio, su culpabilidad a título de culpa. Los componentes del órgano gestor de una entidad que opera en el mercado de valores no pueden desconocer, o alegar ignorancia en el cumplimiento de las obligaciones que les vienen impuestas legalmente, máxime si se tienen presentes los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, siéndoles exigible, como parte de sus funciones libremente asumidas, un deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad que dirigen y sobre su situación organizativa».

6. SINGULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LAS ENTIDADES ASEGURADORAS

La Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras ha renovado, igualmente, tanto lo relativo al siste-

ma de gobierno de las entidades aseguradoras y reaseguradoras como el régimen sancionador que garantiza su efectiva aplicación.

El principio fundamental en materia de gobierno corporativo en las entidades aseguradoras y reaseguradoras viene establecido por el artículo 65 de la Ley 20/2015 cuando dice que «todas las entidades aseguradoras y reaseguradoras dispondrán de un sistema eficaz de gobierno que garantice la gestión sana y prudente de la actividad y que sea proporcionado a su naturaleza, el volumen y la complejidad de sus operaciones».

En ese mismo artículo, de forma novedosa en su literalidad pero en el fondo similar a lo establecido para las demás entidades financieras por su regulación propia, se dice que las funciones propias del sistema de gobierno serán la gestión de riesgos, la verificación del cumplimiento, la auditoría interna y actuarial. A ello se añade la declaración expresa de que el responsable único del sistema de gobierno será el órgano de administración de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En cuanto al régimen sancionador, la Ley 20/2015 incluye entre los sujetos infractores, ya sean personas físicas o jurídicas, a las personas físicas o jurídicas que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la ley y, entre ellas, a las personas que ejerzan la dirección efectiva, bajo cualquier título, en las entidades sujetas a la ley, dedicando un precepto específico, el artículo 191, a la responsabilidad de partícipes, liquidadores o cargos de administración y dirección.

El precepto se abre con la declaración de que esas personas podrán ser los únicos sancionados por la comisión de las infracciones cometidas por las entidades y, en cambio, no serán responsables quienes ocupando cargos de administración, se encuentren en las condiciones habituales de ausencia justificada en las reuniones de los órganos de gobierno en que se hubieran tomado los acuerdos que dieran lugar a la comisión de las infracciones o el hecho de haber votado en contra o salvado su voto a la hora de adoptar esos acuerdos y también, en el igualmente habitual caso (como causa de exención de responsabilidad en el ámbito sancionador de las entidades financieras) de que las infracciones fueran exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados o a quienes desempeñen funciones relacionadas con el sistema de gobierno de las entidades.

7. EL CASO SINGULAR DE LAS PERSONAS FÍSICAS REPRESENTANTES DE LOS ADMINISTRADORES PERSONAS JURÍDICAS

Una de las novedades de la evolución reciente del gobierno corporativo en España es la posibilidad, admitida por la LSC en su artículo 212 bis de que pueda ser administrador una persona jurídica, en cuyo caso deberá designar a una persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo.

Esta posibilidad, cada vez más habitual en la práctica, ha suscitado una rica casuística en los casos de responsabilidad.

Una de las cuestiones más relevantes es la relativa al juego del principio de culpabilidad en estos supuestos.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, aclaró que «el reconocimiento de capacidad infractora de las personas jurídicas en derecho administrativo no significa en absoluto que para las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de

la culpa, sino simplemente que este principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas».

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala Tercera de 10 de marzo de 2003, partiendo de la doctrina anterior, afirmó que «la exigencia del requisito de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas a efectos sancionadores no puede entenderse en los mismos términos en que lo es para determinar la imputabilidad de las personas físicas, estrechamente vinculada a elementos psíquicos por definición ausentes de aquéllas. Si estas últimas son susceptibles de recibir sanciones administrativas (y, obviamente, lo son en nuestro derecho, habiendo recibido esta posibilidad el expreso refrendo de la doctrina constitucional) cualquiera que sea la justificación dogmática que se admita para ello, no podrá exigirse sino una mínima relación entre la actividad de quienes actúan en su nombre y la actividad formalmente atribuida o atribuible a la propia persona jurídica, incluso si aquélla se ha desarrollado sin órdenes expresas al respecto. De modo que la sociedad habrá de responder administrativamente por la conducta ilícita realizada por sus administradores o agentes, de cuya actuación se constituye en garante frente a terceros, también en el plano sancionador y bastará para ello la tolerancia o la pasividad frente a la ejecución de las conductas infractoras que se lleven a cabo en el ámbito societario.

»El eventual desconocimiento de dichas conductas —continúa la misma sentencia— incluso por un órgano colectivo de administración (...) no exime de responsabilidad a la persona jurídica cuando...los hechos ilícitos se ejecutan por los propios administradores, fácilmente puede ser conocidos y constituyen una parte importante de la propia actividad de la empresa, hasta el punto de que incluso se traducen en participaciones del capital social de otra entidad».

La conclusión sería, por un lado, la exigencia de que concurra un elemento de culpabilidad tanto en la persona física representante de la persona jurídica como en esta última como requisito para su responsabilidad disciplinaria derivada de un expediente sancionador, si bien tendría una distinta naturaleza dependiendo de la propia conducta (acción u omisión) de la persona física, y del modo en el que la persona jurídica hubiera ejercitado sus deberes de vigilancia y control sobre la actividad de aquélla.

8. CONCLUSIONES

La última crisis económica global, que tuvo su origen en el sector financiero norteamericano, ha provocado una modificación profunda de la regulación financiera global tratando de atajar las causas identificadas de la crisis de determinadas en todo el mundo y, entre ellas, las relacionadas con los defectos del gobierno corporativo y la gestión de riesgos.

En este sentido, y sobre todo en la regulación de las entidades de crédito, han aparecido normas que regulan de forma exigente las funciones y responsabilidad de los administradores, de modo que se ha elevado considerablemente el nivel de exigencia.

Al mismo tiempo, se han producido modificaciones recientes de la normativa penal, la regulación de las sociedades de capital y algunas normas sectoriales (abuso de mercado, blanqueo de capitales, normas fiscales y de seguridad social, legislación medioambiental) que en todos los casos han tenido una evolución convergente hacia mayores niveles de exigencia.

Los deberes y las responsabilidades de los administradores de las sociedades mercantiles en general, de las sociedades cotizadas y, sobre todo, de las entidades reguladas se han visto así considerablemente fortalecidos, convirtiéndoles en auténticos garantes del cumplimiento normativo y la adecuada gestión del riesgo en las entidades.

Se trata de una tendencia global, seguramente inevitable, habida cuenta de lo ocurrido en la crisis financiera, a la que se añade la beligerancia judicial en el ejercicio de acciones penales frente a los administradores y directivos de entidades financieras que han tenido dificultades con motivo de la crisis.

En este sentido, no parece probable que la evolución previsible de la regulación, la expectativa de los supervisores y la interpretación que se viene produciendo en los casos que se han judicializado en ámbito mercantil o penal, haga cambiar el sesgo hacia una menor exigencia de responsabilidad de los administradores. Esta es la nueva normalidad con la que tendremos que convivir y a la que deberemos adaptarnos.

9. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- DEPRÉS, M., VILLEGAS, R. y AYORA, J. *Manual de regulación bancaria en España*. Editorial Funcas. Madrid, 2017.
- HERRERO, J. «La reciente evolución del gobierno corporativo de las entidades de crédito». *Estabilidad financiera*, número 28, Banco de España, 2015, páginas 49-74.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. *El Gobierno corporativo de las Entidades Bancarias*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Pamplona, 2016.
- PRENDES CARRIL, P., MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A. y CABANAS TREJO (directores), y BALLESTER AZPITARTE (coordinadora). *Tratado de Sociedades de Capital*, tomos I y II. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2017.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D. y HUERTA VIESCA, M.I. *La responsabilidad de los administradores en las Sociedades de capital*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
- URIA, F. «El gobierno corporativo de las entidades de crédito ante la supervisión bancaria única», en la obra colectiva (previamente citada) dirigida por José María López Jiménez, *El Gobierno Corporativo de las Entidades Bancarias*. Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016. Páginas 229 a 264.

VIII. FUNCIONES DE LA ABOGACÍA GENERAL
DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO
JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO: DE LOS PACTOS DE LA MONCLOA A LA MOCIÓN DE CENSURA. DE 1976 A 2018

Francisco Espinosa Fernández

*A don Manuel Goded, en 1982: «De dos cosas estoy cierto,
que soy temporal y que seré abogado del Estado».*

*«La verdad es el enemigo; la lógica, la amenaza»
(Capítulo 29, *The Twilight Zone*).*

SUMARIO: 1. LOA AL MAESTRO.—2. OBJETIVO DEL PRESENTE ENSAYO.—3. CONCEPTOS PREVIOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—4. LA ABOGACÍA DEL ESTADO, DE 1976 A 2019.—5. QUÉ FUNCIONA Y QUÉ NO ESTÁ FUNCIONANDO EN LA ABOGACÍA DEL ESTADO A LA FECHA.—6. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

1. LOA AL MAESTRO

Cuando me propusieron realizar un trabajo para el libro de *Estudios jurídicos en homenaje a don Manuel Goded* no hubo dudas. Por el gran maestro, cualquier cosa. Nosotros, sus alumnos, somos los hijos e hijas que él, con su Carmen (tan imprescindible) no llegó a tener. Promoví, desde la Asociación, su homenaje el 11 febrero 1992 y ahora, en su memoria, alabo sus inagotables conocimientos jurídicos, su humanidad, su cariño y, en fin, su identificación con mi propio proyecto personal.

Tuve el extraordinario privilegio de encontrar a los mejores y más implicados guías en el durísimo proceso de preparar la oposición de Abogado del Estado, sin ellos no hubiera sido posible: Goded, Manuel Timón y José Antonio Piqueras. Tardé siete años, dos meses y 21 días, cuatro convocatorias, siempre en línea ascendente, mucho tiempo, pero es que yo ya era oficial interventor militar, control jurídico-económico de gasto público. Según me dieron el despacho de teniente, inicié la preparación de mi gran vocación jurídica tras un expediente académico destacado.

Lo primero fue aprenderse la Constitución, la Inocente (BOE de 29 de diciembre, un día después), el más gran anhelo, por fin un Estado de derecho, y en ese Estado es donde yo quería ser abogado del Estado, en beneficio de los contribuyentes, de todos los ciudadanos (esos son los «clientes» auténticos, no la teoría del «cliente» en la AE, que no comparto). Pero, como todos los sueños que se realizan, pueden sorprendernos sus resultados cuando se transforman en algo muy distinto de aquello que pensamos. «Ten cuidado con aquello por lo que rezas, puedes llegar a obtenerlo» (atribuida a santa Teresa).

2. OBJETIVO DEL PRESENTE ENSAYO

Intento una suerte de análisis para valorar críticamente lo que ha supuesto y lo que es la Abogacía del Estado en estos últimos 43 años (1976-2019), que son los de mi curso

vital como abogado del Estado, ya en puertas de la jubilación. Como era de lógica la Abogacía del Estado sigue el curso del Estado, por lo tanto: enormes logros (en el periodo histórico de más desarrollo de España), derivas preocupantes, organización manifiestamente mejorable, futuro inquietante si lo que se trata es de que los términos Abogacía del Estado y Estado de derecho vayan de la mano. He tenido muy presente la figura y ejemplo de Manuel Goded para intentar un análisis constructivo.

Repasando el inmenso volumen de documentación y encuestas preparadas para confeccionar este ensayo, el balance es indudablemente muy favorable. La función, utilísima, de la Abogacía del Estado, se cumple y se cumple muy bien pero, podríamos decir, parafraseando a JFK¹, «no pienses que subsecretaría pueden darte, sino qué puedes hacer tú por tu país». No todo es «gestión» (supuesta gestión), ni eficacia puede suponer la obtención de un objetivo político administrativo en el que siempre se obtenga algún beneficio individual (legal, por supuesto).

He visto cosas que no creerían², resoluciones y actuaciones administrativas pasmosas, todo legal o aparentemente legal, nada punible o aparentemente punible. Destaco que el Informe de la Comisión Europea señaló en 2014 a España como uno de los países con más corrupción³ de la Unión Europea, aunque estaba «mejorando», investigación liderada por la comisaria de Interior, Cecilia Malmström, y en 2016 repitió su peor resultado histórico en el Índice de Percepción de la Corrupción (CPI) de la ONG Transparencia Internacional (TI) al lograr 58 puntos sobre un máximo de 100 (Agencia Efe, 25-1-2017).

Termino el ensayo en los días en que ha acontecido en nuestro país la gesta del Cerro de Totalán en Jaén, un prodigio de actividad humana, tecnológica y solidaria para rescatar, desgraciadamente sin vida, el cuerpo de un menor caído en una profunda perforación no autorizada. En estas mismas fechas miles de taxistas, han tomado las calles de Madrid con gran agresividad en un actitud que no puede ampararse en el derecho de huelga (además de muchos no ser trabajadores). Es decir: vivimos en un país capaz de las mayores hazañas (una constante histórica) y, al mismo tiempo, en el que se puede incumplir la ley sin coste alguno. Entonces, ¿cómo debe actuar un AE en este paisaje? Entiendo que siendo un vigilante de la legalidad, así lo enseñaba Manolo Goded, pero ¿todos los AE están de acuerdo? Quiero creer que sí, con todos sus matices.

El ensayo está destinado al libro de estudios en homenaje a mi querido maestro, pero no quiero hacer un trabajo de elevada ciencia jurídica de la que seguro que hay muchos ya, quisiera aportar algún valor añadido, no permanecer callado en el fondo de la clase —en feliz simil de mi compañero Juan Carlos Calvo— para que pueda ser utilizado por quienes investiguen en el futuro y busquen materiales para ello, porque no hay absolutamente nada, tan sólo la escueta bibliografía que incluyo al final del trabajo de la que debo destacar, por ser lo último, el excelente libro de investigación histórica de Miguel Ángel Gilabert.

Así pues, escribo para los que deseen conocer lo que es un AE, cómo piensa un sector de los AE (no me atrevo a escribir en genérico), qué ganan los AE, cuál es la carrera

¹ Discurso toma posesión John Fitzgerald Kennedy, 20 de enero de 1961: «Do not ask.. «No preguntes lo que tu país puede hacer por ti, pregunta lo que tú puedes hacer por tu país».

² Parafraseando el monólogo final del replicante Roy Batty (interpretado por Rutger Hauer) en la película *Blade Runner* (1982) de Ridley Scott (*I've seen things*). *He visto cosas que no creerían, atacar naves en llamas más allá de Orión, Rayos C brillan en la obscuridad cerca de la puerta de Tanhäuser...*

³ Sólo en 2017 los juzgados españoles conocieron de 97 procedimientos por corrupción, contra 411 personas, que fueron a juicio por estos delitos. Datos del CGPJ.

que puede esperar un AE y, sobre todo, si el AE sigue siendo un instrumento —ya centenario— a favor y en guarda del Estado de derecho o acaban pudiendo más los intereses públicos de quien gobierna (¿abogado del Estado o abogado del Gobierno?, ya escribió Alfredo Sánchez-Bella Carswell en *ABC* el 7 abril de 1988). Aquí también don Manuel Goded fue un visionario porque, sabiendo que el AE en activo está, indefectiblemente, bajo obediencia gubernativa, estimaba que *«lo ideal es que la mitad seamos del Partido Popular y la otra mitad seamos del Partido Socialista»* (por ideología, no por militancia), así podrán escoger los que gobiernen.

En un país pluripartidista como es España ahora, el AE siempre cumplimentará la instrucción jerárquica que reciba y que, al cabo, vendrá establecida desde el Gobierno que también está sujeto a la ley. Aquí es donde aparece el enorme problema de dónde está la frontera, el *«non plus ultra»* del AE, lo que al final nos llevará a cuál ha de ser el código deontológico del AE.

Motivo de sorpresa y estupefacción (y que influye mucho en este ensayo), es que, producido el golpe de Estado secesionista de los días 6 y 7 de septiembre de 2017 cuando el Parlamento de Cataluña aprobó las Leyes de Referéndum y Transitoriedad Jurídica hacia la República —con reiteradísimas prohibiciones previas del Tribunal Constitucional— y, comoquiera que en la casi diaria reunión de colegas del 7 de septiembre yo dijera que se estaba produciendo un golpe de Estado (el segundo que yo vivía), nadie, repito, nadie de los AE presentes consideraron que fuera algo de este calibre, ni tampoco la Asociación de Abogados del Estado en su comunicación de septiembre. Sólo cuando Su Majestad el Rey tocó a rebato en su discurso del 3 de octubre, entonces hubo una «adhesión» masiva a considerar que sí, que había un serio problema. Preocupación agravada cuando hubo algún titubeo en relación con la defensa ante un tribunal de Bélgica del Juez Instructor en la Sala Segunda del tribunal Supremo del proceso al «procés» —un supuesto claro de defensa por el AE según la aplicación habitual de la normativa—, y no digo más cosas para no interferir en un acontecimiento que estamos viviendo en directo.

3. CONCEPTOS PREVIOS Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El abogado del Estado es el asesor-defensor en derecho y ante los órganos jurisdiccionales de los intereses colectivos, de los fines públicos que son gestionados por la Administración General del Estado, con particular acento en el aspecto económico (el *«fiscus»*). Debe ser el celoso garante del más escrupuloso respeto de la ley por la Administración hasta el punto de que considerársele como un verdadero «Comisario de la legalidad».

Por Real Decreto de 28 diciembre de 1849 de la Reina Isabel II, se crearía en el Ministerio de Hacienda la Dirección General de lo Contencioso que refundía las asesorías de la Superintendencia de la Hacienda Pública y del Consejo de Hacienda, buscando «el Centro que es siempre indispensable para dar unidad al sistema, para que haya homogeneidad en las doctrinas y principios que ante los Tribunales deben sustentarse...» (de la exposición de motivos). Este es el arranque de los funcionarios que, previa la convocatoria en 1868 de unos oficiales letrados de la Hacienda Pública, unas décadas después serían creados por RD de 10 marzo de 1881 como el Cuerpo de Abogados del Estado, colectivo íntimamente ligado a su dirección rectora.

El espíritu de lo que ha de ser el abogado del Estado en el Estado de derecho lo describió inmejorablemente el Sr. Sainz de Robles, presidente entonces del TS y CGPJ en la

conferencia de 10 marzo 1981, con ocasión del centenario del Cuerpo: «*En el Estado de Derecho... "es preciso que el poder estatal quede sujeto a control, en cuanto que hace normas, en cuanto las ejecuta y cumple y en cuanto juzga sobre conflictos"...*». *El Estado, residenciado ante un Juez, como parte procesal, (...) sólo un Estado de Derecho necesita un Abogado que defienda ante los Jueces su interés*».

¿Por qué se ha hecho usted AE? Esta interesantísima pregunta se puede hacer, lo importante es si hemos sabido responderla. Yo la contesto, creo que de forma similar a don Manuel Goded: por la búsqueda de la excelencia jurídica, el mayor conocimiento, la multidisciplinariedad. Goded era juez y quiso ser AE, yo era interventor militar y quise ser AE. Hay otras opciones de oposición jurídica pero no son tan completas.

Lo que sí hay son otras respuestas a esa pregunta y algunas de esas contestaciones pueden llevar precisamente a lo contrario, porque para otras finalidades no son necesarios 465, ni 505, ni 432 temas (diferentes duraciones de la oposición). Para crear un Cuerpo de Letrados inteligentes, prácticos y de sólida obediencia política, tantos temas distraen del objetivo principal: seguir las razones gubernativas, las que sean.

Tampoco soy partidario de considerarlo como obtención de un «*master cualificado*» y, una vez superado, toma el prestigio (y la experiencia y los contactos) y corre⁴. Hay ofertas tentadoras que te llegan en cinco o seis años, pero no comparto que el que no se haya ido en ese plazo es poco listo. Desde luego que esa no era mi idea de ser AE, ni la de la muchos que conozco.

4. LA ABOGACÍA DEL ESTADO, DE 1976 A 2019

Antes de 1975 la Abogacía del Estado es una de las instituciones principales (sino la principal) que ha ido poniendo las bases para la transformación de lo que era un Estado autoritario en un Estado que se podrá regir por el derecho. Las leyes que se han ido aprobando en el entorno de lo que será el Plan de Estabilización Económica de 1959, lo van a ir permitiendo, con mención especial a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y a la Ley de Procedimiento Administrativo 1958.

La Transición española es un proceso que asombrará al mundo (y a los españoles) para pasar «de la ley a la ley» (Fernández Miranda) a un Estado homologable con las democracias de nuestro entorno. Se inicia propiamente con los llamados Pactos de la Moncloa, uno económico y otro político, en 25 octubre 1977, con validación del Congreso de Diputados del día 17, y con el presidente de Gobierno don Adolfo Suárez entrando en la historia (se lo reconocerán sólo años después), bajo la dirección jurídico-económica del profesor Fuentes Quintana y la actuación silente de los abogados del Estado. Unos años después se publicará un trabajo de encuesta sobre la forma de pensar política de los miembros de los cuerpos jurídicos prestigiosos del país, resultando que virtualmente todos los abogados del Estado son del centro político.

Sobre la redacción de nuestra Constitución se ha escrito mucho, pero ¿dónde está mencionada la AE, que tanto colaboró? Pues no está, se siguió el criterio de buscar la mención en reglamentos y no en textos constitucionales ni legales. Se la menciona como «*sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos*» en el Artículo 124 CE sobre el Ministerio Fiscal. Aprobada la Constitución, empezaron a publicarse leyes excelentes

⁴ Parfraseando el filme *Toma el dinero y corre* (*Take the Money and Run*, 1969), de Woody Allen.

para equiparar a España con los países modernos. Los AE se reunirían en asamblea para acordar prescindir de tareas que se consideraron «menores», entre ellas la atención a los impuestos de transmisiones patrimoniales y sucesiones y Donaciones, el antiguo impuesto de derechos reales de donde procedían. Las importantísimas entidades de FOGASA (Ley 36/1976), INEM (RDL 36/1978) y CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS (RD 2878/1981, asunción de otros órganos), y sus millonarios presupuestos, ya no van a tener a un abogado del Estado atendiéndolas, ni siquiera como abogado jefe del ejército de letrados que requerirán estas entidades. No he encontrado documentación de esta Asamblea ni apenas referencias. En BOE de 20 de abril de 1978 consta plantilla de 312 abogados del Estado.

La primera fase de la Transición llega hasta 1979, con las nuevas elecciones generales (y la ruptura del consenso), pero también se la sitúa hasta el primer golpe de Estado, en 23 de febrero de 1981, con la toma del Congreso por el teniente coronel Tejero. En todo caso el Gobierno Calvo Sotelo, celebra el centenario del Cuerpo de Abogados del Estado el 10 de marzo de 1981, se publica un Libro conmemorativo, se editan sellos, se hacen publicaciones y celebraciones varias. Se acuerda el ingreso en la OTAN, condición para ingresar en las instituciones europeas. Se emiten los dos Informes Enterría sobre autonomías y su financiación (darían origen a la fallida Ley de Organización del Proceso Autonómico, declarada inconstitucional en buena parte)⁵.

Se publica la regulación de la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional y la Abogacía del Estado en el Servicio Exterior (RRDD 1425 y 1654/1980). Los abogados del Estado se encuentran en su cenit (el RD 2799/1982, de 15 de octubre, integra las Secciones de Patrimonio del Estado en las Abogacías del Estado).

La segunda fase de la Transición se iniciará el 28 de octubre de 1982 con la victoria en las urnas del Partido Socialista con una mayoría aplastante. Comienza una etapa sombría para los abogados del Estado a los que ya no se pide informe por pura (e infundada) desconfianza política. En el año 1983 no hay prácticamente movimiento legislativo, pero en 1984 se publican leyes de gran trascendencia, la tremenda Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública que, sin decantarse por un modelo de función pública, consagra la superioridad del concepto «puesto de trabajo» que define las aptitudes para el mismo y sus retribuciones. Poco después se publicará la Ley 53/1984 de Incompatibilidades, y en 1985 el gran golpe a la división de poderes: la nueva Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial somete el Consejo General del Poder Judicial a la elección del Legislativo, lo que generará los pactos políticos consensuados de sus miembros. Las transferencias a las comunidades autónomas reducirán el número de AE (en el BOE de 6 de diciembre de 1982 ya constan 296 plazas). El proyecto, apuntado por los Informes Enterría sobre proceso autonómico, de que los AE pudieran ser los letrados de todas las autonomías (Cuerpo único con destinos posibles varios), no ve la luz.

Para los AE la némesis viene por la disposición adicional novena, apartado uno.4, de la Ley 30/1984 que los fusiona con letrados del Consejo de Estado, letrados del Ministerio de Justicia y letrados de la Dirección General de Registros y del Notariado, todos cuerpos prestigiosos, en el nuevo Cuerpo Superior de Letrados del Estado con un aparente liderazgo del Consejo de Estado, cuerpo que será adscrito al Ministerio de Justicia (ministerio que ha visto reducidas sus funciones con la existencia del CGPJ, todo lo relativo a jueces pasaba a su órbita). Los Opositores de 1985 se encontraron con un cambio de cuerpo, de ministerio y un cambio sustancial en el orden de los ejercicios adelan-

⁵ STC 76/1983, de 5 de agosto, inconstitucionalidad parcial LOAPA.

tando el práctico al oral público, difícil de olvidar ese caluroso verano. Mientras, en sus despachos de ministerios, los AE estaban haciendo bastantes y meros trámites, un número amplísimo de AE solicitaron la excedencia por mor de la muy rigurosa Ley de Incompatibilidades, el personal en activo se redujo al mínimo.

Los Reales Decretos 849/1985 y 850/1985 organizan la que se llamará Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y que absorbe las competencias de la extinta Dirección General de lo Contencioso del Estado.

El año 1986 es fecha muy importante para la Abogacía del Estado porque será nombrado como director una persona excelsa, don Fernando Valdés Dal-Re, a quien nunca se agradecerá lo bastante su entrega. Tomaba el relevo del gran José Luis Gómez Degano, prolongado director que había capitaneado la Transición y al que muchos siempre reconoceremos como director honorífico. Fernando Valdés va a conseguir recuperar la confianza del poder político en que los letrados del Estado hacen lo que dice su nombre, asesoran al Estado con independencia de quien ocupe el Gobierno. En esas fechas se hace preciso representar en juicio al Estado contra decenas de miles de demandas judiciales, laborales, contencioso administrativas y civiles, las secuelas de la Transición. En BOE de 13 abril 1987 se publica la integración de la Mutualidad Benéfica del Cuerpo de Abogados del Estado en el Fondo Especial de MUFACE.

La sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 declara nulos por inconstitucionales diversos preceptos de la Ley 30/1984 y, dentro de ellos, la disposición adicional novena en cuanto a que la fusión deba comprender a los letrados del Consejo de Estado, el razonamiento apela a la jerarquía de «ley orgánica» de la regulación del Consejo de Estado (aunque los letrados no forman parte del Consejo de Estado, sólo lo asisten). Sea como fuere, la fusión se trunca en ese aspecto y la Ley 23/1988 aplica los principios de la STC para establecer que el Cuerpo Superior de Letrados del Estado pasa a denominarse Cuerpo de Abogados del Estado (no «superior») en el que no se integrarán los letrados del Consejo de Estado. Evidentemente es un cuerpo éste de Abogados del Estado que comparte denominación y funciones con el antiguo Cuerpo de AE, pero no es el mismo.

Los letrados del Ministerio de Justicia se integrarán a todos los efectos en el escalafón conjunto y desempeñarán funciones de AE, actualmente un AE atiende el asesoramiento del Ministerio. Los antiguos letrados de la DGRN, ahora integrados en AE, se irán al desempeño de una notaría o registro con arreglo a su normativa propia y, por razones desconocidas, la Dirección del SJE no provee los puestos de AE en la DGRN, puestos que se pierden y que ocuparán notarios y registradores en comisión como nuevos letrados DGRN.

Las primeras dos promociones de letrados del Estado se incorporaron a los múltiples puestos de trabajo vacantes y sostuvieron la función en esos años difíciles. Destaco que impidieron que la defensa en juicio del Estado ante la jurisdicción laboral fuera otra competencia perdida por la Abogacía del Estado (era pura representación en juicio).

Se dicta por la Dirección la Circular 2/1987 sobre circulación de información contenciosa, precursora de todas las posteriores, modificada por Instrucción 3/1993.

De 1990 es un informe de KPMG sobre las deficiencias y reorganización del SJE, proponiendo su práctica supresión, así como del Ministerio de Justicia. Consta un contrainforme de la SG de Consultivo (práctica tradicional en desuso actualmente).

Don Fernando Valdés, que participó como presidente de tribunal en la oposición convocada en 1989 con 11 asistencias, dejará su puesto recibiendo un multitudinario y muy merecido homenaje de los AE. Su carta de despedida es un monumento a la función del AE.

Es nombrado como nuevo director un catedrático de Derecho Penal, don Gonzalo Quintero Olivares, que estará poco tiempo y que obtendrá algo milagroso, la mejor propuesta de RPT, relación de puestos de trabajo, de todos los tiempos para los AE con complementos específicos equiparables con los que se fijarían después a los AE en la Agencia Tributaria. Lamentablemente hubo una oposición radical a la propuesta por parte de algunos compañeros porque no abarcaba a los AE de ministerios (entonces no había todavía unidad orgánica), sucedido del que pueden extraerse múltiples meditaciones. La propuesta se archivó.

En 1990 se constituyó el Servicio Jurídico del Estado en la Agencia Estatal de Administración Tributaria⁶, la recreación de los abogados del Estado en el sitio que los vio nacer. Se logró una coonestación razonable, dentro de lo posible, con la DGSJE en el Ministerio de Justicia y que la separación entre el AE Jefe del poderoso Servicio Jurídico de la Agencia fuera compatible con el director SJE y que los servicios fueran atendidos por Abogados del Estado.

El Consejo de Estado guardó silencio un tiempo y luego publicó una relación de Letrados del Consejo de Estado que excluía a los miembros de las dos promociones de Letrados del Estado que habían opositado tanto a los puestos AE como a los puestos de Letrado del Consejo de Estado. Frente a esa resolución, dos letrados del Estado interpusieron recurso contencioso administrativo que llegó directo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo (era un caso inédito). Las dos sentencias del Tribunal Supremo⁷ desestimaron la pretensión con mucho respeto y de forma escuetísima en la cuestión de fondo, su razonamiento era que no había habido incorporación al Consejo de Estado (siendo así que les había dado posesión el presidente del Consejo de Estado). Queda sin explicar qué motivo al resto de las dos promociones para no interponer sus similares reclamaciones (habrían sido más de cuarenta demandas, una fuerza importante). El fruto de este proceso no fue pequeño (además de la defensa de fundada pretensión) porque quedó sentado que al Consejo de Estado lo representa en juicio el Abogado del Estado.

Después de Gonzalo Quintero, es nombrado el primer director abogado del Estado, con lo que podemos considerar el inicio de la etapa que nos lleva a la actualidad, que es continuista en el alineamiento con el Gobierno.

Se estableció la ampliación de la edad de jubilación optativa hasta los setenta años y antes la Abogacía del Estado se había opuesto con efectividad a los miles de demandas de funcionarios que consideraban, no sin razón, que se les había expropiado cinco años de servicios, todas las demandas fueron desestimadas⁸ y el TC declaró la constitucionalidad del adelanto de la edad legal de la jubilación en la función pública.

El 30 de enero de 1991, un grupo adelantado de abogados del Estado, básicamente de la Subdirección de Servicios Contenciosos, efectuó una petición a la Asociación de AE para que se constituyese un grupo de estudio que formulara propuesta para la más rápida adaptación de la AE a las exigencias del futuro y al desarrollo constitucional. Que se eligiera este cauce es elocuente. Pero más lo es que la Asamblea de la Asociación de 1 de junio 1991 no aceptó la propuesta, declarando que la Asociación no puede invadir las competencias que no son suyas.

⁶ OM de 17 de diciembre de 1991, Resolución 29-5-1992. AEAT creada por Ley 31/1990.

⁷ STS 7-3-2003 (dos), Recursos 1437 y 1457/2000, Sec Séptima. Letrados del Estado, acceso al Consejo de Estado.

⁸ STS 30-11-1992, que desestima la indemnización por adelanto de la edad de jubilación funcionarios a 65 años, es expectativa, no derecho. Pero LO 7/1992, de 20 de noviembre, fija la edad de jubilación de Magistrados en 70 años.

El 28 de diciembre de 1993 acontecerá un suceso dramático, la intervención gubernativa de BANESTO y el cese del Abogado del Estado entonces más glamuroso, don Mario Conde. La lectura de su libro *El Sistema* hace reflexionar.

Por RD 915/1994 se creará en la DGSJE una unidad especial contra el fraude y la corrupción. No llegará a funcionar prácticamente (será sustituida por la homónima de la Fiscalía). Por RD 1414/1994 se contemplará la Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público por la vía del convenio.

En 1996 se produjo un cambio político, en cierta forma inesperado porque el juego de mayorías política parecía en principio no posible, pero se obtuvo. Los nuevos gobernantes pidieron proyectos legislativos, los que hubiera, para comenzar la legislatura y de un cajón olvidado se sacó un proyecto de ley de defensa en juicio del Estado que, sorprendentemente, pasó todos los filtros y llegará a ser aprobado como Ley 52/1997 de Asistencia Jurídica al Estado. Un AE, diputado del Congreso, ejerció una labor loable al respecto.

De la Ley 52/1997 reseñamos como bibliografía el libro que contiene dos esfuerzos colectivos diferentes —que nunca debieron ocupar el mismo texto por su diferente naturaleza—, uno el importante resultado del Primer Congreso de la Abogacía del Estado de 1999 y otro las Jornadas organizadas por la Asociación de AE sobre la Ley 52/1997. Lo primero era el futuro, lo segundo era el presente, y lo segundo parecía absorber al primero.

La Ley 52/1997 va a generalizar la asistencia jurídica a la práctica totalidad de las entidades estatales y constitucionales e incluso comunidades autónomas y, en ampliación posterior, a las corporaciones locales, también para entes públicos empresariales. Todo lo que no fuere Administración estatal requerirá, en principio, firma de convenio administrativo de asistencia y defensa con contraprestación económica a ingresar en el presupuesto estatal. Por lo demás, la Ley 52/97 consagrará lo que Martín Retortillo califica como «modulaciones» en vez de «privilegios procesales», modulaciones requeridas para la defensa procesal del Estado en razón de su organización. La Ley 50/1998, disposición adicional quinta posibilitará, mediante convenio, la asistencia jurídica a sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal.

En 16 y 17 de diciembre de 1999 tendría lugar el Primer Congreso de Abogados del Estado para debatir cómo habría de ser «La Abogacía del Estado en el siglo XXI» (el lema del grupo AE de enero de 1991, zaherido en su día). Este importante Congreso, en el que trabajamos con intensidad, alumbró importantes propuestas, unas se aplicaron, otras no se desarrollaron y otras ni se aplicaron. La reunión preparatoria de nuestro grupo de trabajo, con 17 comensales, tuvo lugar el 7 de diciembre en la taberna La Carmencita de la simbólica Calle de la Libertad 16. No ha vuelto a haber otro Congreso de AE.

Tras un proyecto fallido de febrero de 1999, el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado tardará un tiempo absurdo en aprobarse. Será el RD 997/2003, extenso, que incorpora el contenido del Reglamento de 1943 y todas las normas reglamentarias existentes a la fecha. Tendrá reformas por RD 247/2010 y 1003/2012, para adecuar (por fin) la Abogacía del Estado a la distribución en comunidades autónomas, para atribuir la competencia asesora en el Ministerio de Justicia, para suprimir el concepto de Gabinete de Estudios a favor de una Subdirección de gran poder ahora, la de auditoría, coordinación y gestión del conocimiento y para creación de departamentos.

La legislatura de 2000 traerá el cambio de ubicación del director del Servicio Jurídico del Estado, ahora con rango de Subsecretario, que se va a la sede del Ministerio en la calle San Bernardo 45. Se aleja de sus medios personales, que quedarán en la calle Ayala,

pero se acerca al titular de la cartera, con él se traslada el Gabinete de Estudios, la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional. Se constituye así una Dirección en la sede del Ministerio y la unidad funcional física con las Subdirecciones de Consultivo y contencioso se pierde. Se aprueba modificación sustanciales del concepto retributivo denominado «productividad» por «cumplimiento de objetivos», Resolución SE de Presupuestos de 4 de noviembre de 2002, que introduce los primeros polinomios, sin embargo el criterio inicial de distribución tomará en cuenta básicamente la antigüedad. Se pergeña el concepto de *Departamentos* especializados, grupo de trabajo (Instrucción 1/2001).

Con el terrible atentado del 11-M de 2004 se producen elecciones y un nuevo cambio gubernativo y de Director, la nueva línea de orientación introducirá cambios importantes, no exentos de polémica. Surgen los conceptos de «AE coordinador» y las Instrucciones sobre abono de complemento de productividad genérico y por asignación de convenios. El proyecto de crear una Agencia Estatal de la Abogacía del Estado queda inédito. Se crean los departamentos (Orden Comunicada del Ministro de 23-1-2009) de Social, Penal y Civil-Mercantil y se apunta el de Tributario, disolviéndose en estas materias la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo que atenderá lo que quede. Se realizarán Jornadas de Estudios DSJE sobre la Asistencia Jurídica al Estado y se dicta Instrucción Deontológica 3/2006, de 21 de abril, pero, por razones que pueden imaginarse, no llega a ocupar en la práctica diaria el lugar que le correspondería.

La nueva legislatura de finales de 2011 se inicia con una acentuada crisis económica que obliga al Gobierno —en el que por primera vez desde la Transición participan abogados del Estado— a tomar medidas urgentes una tras otra. La organización anterior de la AE se mantiene, aunque el proyecto de Departamento Tributario decae porque era imposible sustanciar en un departamento separado la multitud de funciones de la AE relacionadas con los tributos (la AE nació precisamente a virtud de la gestión del Impuesto de derechos reales).

El importante Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 diciembre 2011 establecerá la posibilidad de compatibilidad con actividad privada de cualquier puesto de funcionario público por la vía de acomodar el complemento específico para que no supere el 30% del salario base. Este acuerdo (vigente) no consta desarrollado para los AE.

De 2012 a 2015 no se registran novedades destacadas en la AE, es periodo de medidas para salir de la recesión y varios abogados del Estado asumirán importantes responsabilidades políticas, lo mismo para la muy corta legislatura 2016 y la actual 2016-2018 hasta la moción de censura que prospera y configura el Gobierno actual, que está lidiando con el desafío secesionista.

La regulación actual es, pues, la Ley 52/1997 y el RD 997/2003, de 25 de julio, Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, que sustituye a toda la reglamentación anterior. Para la representación en juicio el precepto base es el artículo 551, antiguo 447, de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 (redactado por LO 19/2003).

La característica de este último periodo es el funcionamiento de los Departamentos que —en algunos aspectos— no están cubriendo las expectativas con que se crearon, funcionan básicamente en Madrid y su estabilidad (mayor en el de civil) se reduce a tener uno o dos especialistas fijos que son los AE que desempeñan su jefatura, el resto en buena medida es rotación. Auspiciamos su reforma. En la organización de la AE en comunidades autónomas y provincias se producen problemáticas peculiares pero las señaladas en este ensayo se dan en menor grado. Para ejercer como AE quizás el sitio menos confortable sea el más frecuentado, Madrid.

5. QUÉ FUNCIONA Y QUÉ NO ESTÁ FUNCIONANDO EN LA ABOGACÍA DEL ESTADO A LA FECHA

5.1. Puntos que sí están funcionando, que tienen resultados buenos o muy buenos. Analizamos con método de Descartes (no es necesario análisis DAFO)⁹.

5.1.1. Funciona, desde luego, la oposición, el rito iniciático madre, de donde sale el sentido de cuerpo, de donde sale el mayor y sorprendente bien: la unidad de doctrina. ¿Cómo es posible que más de 300 juristas en activo lleguen a las mismas conclusiones cuando informan en derecho o cuando defienden ante tribunales? Puede haber matices y diferenciaciones, incluso esporádicas divergencias (que se resuelven por el Centro Directivo) pero lo pasmoso es que, globalmente, todos informan similarmente. Por supuesto, salvo influencia política, supuesto en que todo cambia.

La unión *ad extra* (ese aspecto berroqueño hacia el exterior que ofrece el Cuerpo, nada que ver con mi percepción de la situación *ad intra*) se comprende porque este impresionante esfuerzo de superación marca carácter para siempre (y reaparece en sueños). Los AE se saben cualificados, pocos, inteligentes. Vínculo de unión es también que la preparación es individual, personal y autofinanciada (esporádicamente aparecen becas), no hay centro de formación posterior al ingreso, no se pasa por el INAP (Instituto Nacional de Administración Pública) ni por el CEJ, Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia (por donde sí pasan los fiscales).

5.1.2. Funciona la función, el AE asesora antes y representa en juicio después a la Administración General del Estado y prácticamente a todas las entidades del Estado y constitucionales. Incluso opcionalmente puede llegar a asesorar —y entendemos que a representar en juicio— a comunidades autónomas y corporaciones locales (en los términos de ley y reglamento).

5.1.3. Funciona el Estado de Derecho y con él funciona la organización de la Abogacía del Estado y lo ha demostrado con la crisis del golpe de Estado.

5.2. Puntos que NO están funcionando en la AE y donde se radican los problemas que se pretende exponer —con los límites propios de un libro homenaje— y que en varios casos considero graves.

5.2.1. Falta de análisis interno. El último Congreso de Abogados del Estado se celebró los días 16 y 17 de diciembre de 1999, hace veinte años, y allí se establecieron unos propósitos y postulados la mayoría de los cuales permanecen aplicados en parte o, directamente, no aplicados. No ha vuelto a haber otro congreso.

No es cuestión menor la adscripción administrativa en el Ministerio de Justicia, porque muchos consideramos que su función requiere otra ubicación. El regreso a la sede del Ministerio de Hacienda sería una solución bien operativa (transversalidad, ministerio con medios, origen histórico, defensa de los intereses económicos). Por el contrario, la adscripción a la Presidencia de Gobierno (otra propuesta) nos inspira sana desconfianza, aunque no la propuesta de que un abogado del Estado sea el Secretario, sin voz ni voto, del Consejo de Ministros (si nos creemos lo del Estado de derecho).

La falta de análisis externo tiene otra faceta que es la forma en que se exterioriza a la sociedad civil, qué es, qué hace un AE y para qué sirve. La opinión cada vez más extendida es que son los abogados del Gobierno, al modo y manera de otros sistemas jurídicos.

⁹ DAFO, análisis empresarial de dificultades, amenazas, fortalezas, oportunidades.

5.2.2. Tendencia a buscar una salida de puesto de ejercicio político en vez de funcionario profesional. Siendo una salida legítima, la carrera de Abogado del Estado queda devaluada. Es un fenómeno que sucede con carácter general en toda la Administración Pública por los beneficios regulados bajo el concepto coloquial de «mochila»¹⁰.

Es curioso que ninguna de las personas, AE, que han llegado a altos niveles políticos hayan intentado mejorar las condiciones (las reguladas) del colectivo del que procede, aunque han tirado de compañeros para que les acompañen, lo que muestra el individualismo real frente al corporativismo que se nos achaca. El Cuerpo de AE funcionaría como un «*cohetes Saturno*»¹¹, para impulsarse y luego ser olvidado.

5.2.3. En medio de una notable diferenciación entre abogados del Estado, no siempre se encuentran razones objetivas para ello.

La discriminación, el trato injusto percibido por el ser humano es de las emociones que más dañan porque generan melancolía, baja autoestima y obsesión. Es un sentimiento personal, que está en la propia cabeza pero que se percibe como real y expansivo. No tienen los seres humanos la exclusividad de este sentimiento porque se ha apreciado en animales, en monos (el conocido experimento de los plátanos y la escalera) y en perros (perciben cuando se da alimento o premio a otro perro y no saben por qué a ellos no, tienden a autolesionarse).

Y como esta diferenciación en buena parte no es pública —hay publicidad en la intranet de las instrucciones de productividad y convenios, así como de los convenios y consejos asignados, pero no de los criterios de decisión—, se genera desconfianza interna (mejor hablar de fútbol) y otro curiosísimo fenómeno, la captación por algunos jóvenes de que no hay más mérito que la autopromoción, que está por encima del compañerismo, en particular con los viejos que, además, se presume que no tienen conocimientos «digitales». Los mayores deberán seguir su particular *Balada de Narayama*¹² y cuanto antes. Las líneas de diferenciación serían:

Vías clásicas, de componente político legítimo, admitido desde siempre. Vía primera. Nombramientos en libre designación de las jefaturas importantes, esto es los puestos de subdirectores y AE jefes de nivel alto y complemento alto. Vía segunda es la atribución de puesto en consejo de administración de empresa pública (recompensa clásica concedida por el director y con perfecto amparo legal).

Vías acrecentadas desde la Ley 30/1984. Vía tercera es la pluralidad de complementos específicos de los puestos de trabajo, no siempre de fácil justificación. Cada puesto tiene su complemento retributivo específico en la RPT (relación de puestos de trabajo), independiente del nivel del puesto y puestos de función idéntica tienen complementos específicos diferentes. Esta situación, concebida provisionalmente en su día a exigencias de función pública, no sólo se ha mantenido sino que se ha incrementado creándose abanicos de complementos específicos para puestos de trabajo que desempeñan absolutamente las mismas funciones y ocasionando una migración continua de abogados del Estado que quieren pasar de un puesto a otro (en el mismo destino) para, lógicamente, mejorar su específico. Produce en ocasiones risa el invento de

¹⁰ Sobre «mochila» de los cesados: artículo 33 de la Ley 31/1990, artículo 87-3 del RDLvo 57, 2015; Resolución SEAP 15-2-1996, BOE 23 febrero.

¹¹ El Saturno V (Saturn V) fue un cohete desechable de múltiples fases y de combustible líquido usado en los programas Apolo y Skylab de la NASA.

¹² *Balada de Narayama*, filme, 1958, Japón, de Keisuke Kinoshita, con un *remake* en 1983 de Shohei Imamura. Una anciana espera para morir a los 70 años.

nombres esotéricos para intentar justificar retribuciones diferentes en puestos idénticos.

Vía cuarta será la disminución paulatina de los puestos a cubrir por concurso de méritos, tendencia general en las AAPP. El RDLvo 5/2015, Ley del Estatuto del Empleado Público prevé el sistema de puestos de cobertura por libre designación y por concurso de méritos, pero no la proporción entre ambos, se supone que la regla general es la cobertura por concurso. Los puestos de libre designación se publicitan para que se puedan solicitar por todos los interesados, pero la realidad es que los puestos de cobertura por concurso de méritos acaban siendo residuales, para los recién ingresados y de muy escasa antigüedad en la prestación de servicios.

Vías de última generación y que suponen mayor grado de discrecionalidad serán la (Vía Quinta) la extensión completa de los puestos de libre designación a todos los puestos que se consideran como AE «altos» (entre ellos los de AE coordinador) e incluso a los puestos de «nivel 24», los únicos antiguamente compatibles (cuya adjudicación será pues más subjetiva que otras). Lo último será el sistema de anuncio digital de los puestos de libre designación, que no es una comunicación administrativa ni reúne los requisitos correspondientes (no se indica quien resuelve ni por qué, no dan pie de recurso y su plazo de solicitud es laxo), y sin embargo sirve en exceso para orientar el resultado de la publicación, ya con los requisitos legales, de una Convocatoria de Libre Designación, en el BOE.

Vía sexta es el complemento de productividad (previsto legalmente), y que se regula anualmente por una instrucción anual de difusión restringida en la que sólo los AE Jefes podían ser calificados con nivel 10.

Vía Séptima será la denominada «Coordinación de Convenio», utilizándose ahora el término «coordinación» en un sentido diferente, para referirse a la atención no contenciosa de los «convenios de asistencia jurídica». El coordinador será el único que se relaciona con el ente o empresa pública atendida y percibe por ello un montante significado adicional de productividad. La Coordinación de Convenio es de adjudicación discrecional individual y, a veces, funciona como beneficio añadido a determinados puestos.

El arco económico se extiende y se extiende mucho y con las consiguientes desigualdades. Ese es el secreto, ¿tiene usted «convenio?», y ¿cuál?, porque no todos son iguales (en retribución por vía de productividad). En cambio, la retribución regulada como complemento de productividad ex Ley 30/1984 y RDLvo 5/2015 está ligada a unos objetivos a fijar para luego evaluar su obtención, objetivos no subjetivos.

Si los AE, todos ellos, que han acreditado ser excelentes juristas no son tratados de forma igualitaria, diferenciada sólo por la antigüedad de ingreso, los años de prestación de servicios efectivos, los conocimientos y la especialización jurídica demostrados en su curriculum y, desde luego, el trabajo realizado, tendrán menos fuerza como colectivo.

5.2.4. Inexistencia de un código deontológico más detallado y aprobado por un Congreso de Abogados del Estado, no por un director (Instrucción 3/2006, de 21 de abril), más para recordar obligaciones jerárquicas (como funcionarios tienen que obedecerle en todo caso y el secreto profesional «debe ceder» ante el interés público que, parece, determinará el Director), que como salvaguarda de una independencia de criterio. El código figura ahí como «criterios de actuación» y permanece olvidado.

5.2.5. Auxiliarización de los AE «base».

Uno de los fenómenos más desconcertantes es lo que denominamos «auxiliarización de los AE», es decir, la tendencia a que los AE deban hacerse cargo de tareas que en otros tiempos efectuaba el personal auxiliar o de apoyo. A esta asunción de funciones de auxiliaría se la denomina «adaptación a las nuevas tecnologías» (labores de clasificación, registro, archivo, mecanografía e impresión, Lex Net, Agenda, actuaciones on line, lo que antes hacía el personal de apoyo). No nos referimos a la escritura del texto que tiene cierta lógica que lo haga el AE porque el teclado sustituye (con menos ventaja intelectual) a la pluma sobre el papel, sino a la generalidad de las tareas de apoyo, las que desempeñaba en su día el personal de apoyo, cada vez más reducido, que están muy alejadas de una base jurídica y requieren un tiempo muy valioso. Pero la tecnología avanza y, en puertas, el internet de las cosas, como se ha difundido en la CES de LAS VEGAS¹³, hay una esperanza.

5.2.6. ¿Quién defiende al Abogado del Estado en el ejercicio de su profesión?, seguros privados aparte. No está claro.

El director era el amparante tradicional, el jefe del Cuerpo, pero, si no queremos perder la lógica, concordaremos en que él debe dedicarse a funciones más importantes. Existe, sí, un(a) secretario(a) general, experto para cuestiones puntuales pero con ninguna capacidad resolutoria. No es Abogado del Estado, difícilmente te comprenderá y, si te comprendiera, nada podría hacer. ¿Acudir a CC OO, UGT, CSIF? No parece adecuado ni solventaría. Sólo quedan los Tribunales de Justicia pero ese es otro ámbito.

Lo que nos lleva a la Asociación de Abogados del Estado, que siempre he pensado que debería defender los intereses profesionales de los AE asociados, lo que no parece que esté en sus prioridades. Quiero criticar la excesiva cercanía que percibo entre la Asociación y la Dirección.

6. *¿Hay futuro?*¹⁴. Creo que sí lo hay pero debe preverse que no suceda lo que pasó con otras Instituciones históricas, consolidadas, y que se desplomaron cuando su base fue removida lentamente, colapsaron. No digo que sea éste el caso pero la tensión existía desde hace tiempo y ahora yo la veo con más claridad. Creo que merece la pena ser abogado del Estado y dedicarse profesionalmente a ello aunque las retribuciones sean exiguas y tengas que depender de la retribución semestral de productividad para cuadrar tus cuentas mensuales. ¿Qué gana un AE? De entrada no está mal; el problema es que, 30, 40 años después se sigue ganando lo mismo más los trienios devengados (en mi caso, decimotercero). De joven sobra, de mayor falta. Entiendo que el futuro pasaría por:

- Toma de conciencia y transparencia, la Ley 19/2013 es una oportunidad.
- Pensar más en los abogados del Estado de base que en los famosos por su trayectoria política o empresarial.
- Una o varias (mejor) asociaciones realmente representativas de intereses profesionales. Con una sola Asociación la defensa es peor o inexistente.
- Un Congreso de Abogados del Estado cada tres años —no es mucho pedir—.

¹³ *Internet of Things* o internet de las cosas, concepto acuñado en Silicon Valley que proclama que los objetos cotidianos deben tener acceso a Internet. Presentados en enero de 2019, Consumer Electronics Show (CES) de Las Vegas (NEVADA), enero de 2019.

¹⁴ Parafraseando el filme *Terminator II*, James Cameron, 1992: *The future is not... El futuro no está establecido. No hay destino, sólo existe el que nosotros creamos.*

- Tras el nombramiento como abogado del Estado sería más que aconsejable un periodo breve (o muy breve) de ejercicio bajo tutoría de otro AE o de una unidad colectiva de AE. La selección garantiza personas inteligentes, competentes y con sólidos conocimientos pero sin experiencia.
- La «carrera» profesional del AE no debe consistir en la búsqueda de conocimientos, relaciones y experiencias para... irse a otro lugar, fuera de la Administración.
- Limitar la libre designación como contrapeso a una politización excesiva.
- Disminuir la diferenciación retributiva. Deberá revisarse y contar con la intervención de una asociación de defensa profesional que publicite los resultados, conforme a la Ley de Transparencia, Ley 19/2013.
- La especialización y el estudio debe fomentarse entre los AE, y mantenerse todo lo posible. El estudio no es desplazarse a Madrid para hacer un curso (dietado) de algo poco o nada relacionado con el trabajo propio, curso que luego contará como mérito frente al AE que ha estado trabajando.
- Incrementar la relación con los Colegios de Abogados, singularmente con el de Madrid y con el Consejo General de la Abogacía, superar el trauma histórico «Sendín», Oposiciones de 1898, Reglamento Orgánico de 1900, Libro de M.A. Gilabert, pág. 207. Nuestra función es exactamente la misma, somos y actuamos como abogados (cobrando por iguala), minutamos como abogados en las costas. Para ingresar como Juez, el artículo 304 LOPJ prevé un abogado con más de 10 años de ejercicio en el tribunal evaluador, ¿por qué no en la oposición de AE? Cuestión paralela es que la dispensa de colegiación de los AE no debe implicar prohibición de colegiación porque colegiación no supone en sí ejercicio de actividad incompatible.
- Es muy deseable el fomento de la relación de los AE con las universidades, sobre todo con las universidades públicas, fuentes primigenias de conocimiento universal. El contacto con el «alma mater» es vivificador para el jurista avanzado (una de las propuestas del Congreso de AE).
- Y es muy deseable incrementar el acervo jurídico del abogado del Estado con el conocimiento y prácticas de la abogacía. el abogado del Estado tiene que tener una formación completa como abogado, que es la función que desempeña para la Administración Pública.
- Respecto a la organización (requerirá un cambio reglamentario), mi experiencia es contraria a requerir que el puesto de director sea reservado para un AE, precisamente porque su implicación ideológica es completa. Mejor debiera ser una persona ajena al colectivo, un juez excedente, un catedrático, un administrador superior, una persona externa en su caso. Los AE le asesorarán, el director resolverá, asumirá responsabilidad política e incluso podrá tomar medidas favorecedoras del colectivo sin ser acusado de corporativismo.
- Sería aconsejable la existencia de un vicedirector —que sí podría ser AE— en el que el director pueda delegar y que fuera *primus inter pares* de los restantes subdirectores y, más que conveniente, un subdirector de Personal que asumiese estas funciones y contase con la asistencia técnica del secretario general. Tendríamos alguien con quien poder hablar.
- La configuración de los departamentos debiera reconsiderarse porque sus objetivos no se están cumpliendo.

Vulnerant omnes, ultima neeat: Todas hieren, la última acaba (inscripción latina frecuente en los relojes de la Iglesia medievales)

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Informes de la Comisión de Expertos sobre Autonomías y sobre Financiación de las CC AA. Centro de Estudios Constitucionales. Mayo 1981.
2. Libro del I Centenario del Cuerpo Abogados del Estado. Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, 30 noviembre 1982.
3. Documentación Jurídica. Monográfico dedicado al Estudio sobre la Élite Jurídica española. Tomo XIV. Marzo 1987. Ministerio Justicia. Secretaría General Técnica.
4. El Sistema. Mario Conde. Espasa Calpe. 1994.
5. Primer Congreso Abogados del Estado. Madrid, 16 y 17 diciembre 1999 (aquí la comunicación de Juan Carlos Calvo). Incluye las Jornadas de Asistencia Jurídica al Estado 25 y 26 de marzo 1998 de la Asociación AE.
6. La asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas: estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista. Thomson Reuters Aranzadi, 1999.
7. XXVIII Jornadas Estudio DSJE de 2006, Abogacía Estado para una Administración del Siglo XXI. Ministerio Justicia, 2007.
8. Vida y obra de Don Juan Francisco Camacho. 2007, Asociación AE.
9. La formación histórica del Cuerpo de Abogados del Estado. Miguel Angel Gilabert. Editorial Derecho Global, 2016.

LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO DEL ESTADO

Juan José Torres Fernández, José Luis González Carazo

SUMARIO: 1. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO DEL ESTADO.—2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS Y LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO.—3. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.—4. EL SECRETO PROFESIONAL.—5. LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA.—6. CONCLUSIONES

1. LA DEONTOLOGÍA PROFESIONAL DEL ABOGADO DEL ESTADO

La deontología profesional es el conjunto de normas que regulan los derechos y deberes de una profesión colegiada. La deontología profesional del abogado es el conjunto de normas reguladoras de los derechos y deberes del abogado cuando ejerce su profesión, esto es, el consejo jurídico o la defensa en tribunales (incluidos aquí los órganos no estrictamente jurisdiccionales como los arbitrales).

Los abogados del Estado, en tanto funcionarios públicos a los que incumbe la representación legal y asistencia letrada del Estado, organismos dependientes del mismo, órganos constitucionales y entidades convenidas, ejercen la abogacía, esto es, tanto el consejo jurídico o asesoramiento legal como la asistencia letrada en el proceso ante los diferentes órdenes jurisdiccionales.

Así lo recoge el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que en cuanto al ámbito de las funciones de los abogados del Estado dispone

1. La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los Órganos Constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo Director dependen sus unidades, denominadas Abogacías del Estado.

A ello debe añadirse la asistencia jurídica, representación y asistencia letrada en juicio de las entidades convenidas a las que alude el apartado 4 del precepto legal comentado:

4. Salvo que sus disposiciones específicas establezcan otra previsión al efecto, podrá corresponder a los Abogados del Estado la asistencia jurídica a las entidades públicas empresariales reguladas en el capítulo III del Título III y disposiciones adicionales octava, novena y décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, mediante la formalización del oportuno convenio al efecto, en el que se determinará la compensación económica a abonar al Tesoro Público.

El ámbito de competencia de los abogados del Estado se completa en el apartado 3 del citado artículo 1 que establece:

3. Los Abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las Comunidades Autónomas en los términos que, en su caso, se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, los Abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las Corporaciones locales en los términos que se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre la Administración General del Estado y las respectivas Corporaciones o las Federaciones de las mismas.

Finalmente, el artículo 9 establece que, «*previa autorización del titular del departamento, organismo público correspondiente, y con informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, los Abogados del Estado integrados en los Servicios Jurídicos del Estado podrán asumir la representación y defensa del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas de ellos dependientes y órganos constitucionales en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales de naturaleza nacional o internacional*».

Por su parte, el artículo 4.1 de la citada ley establece: «*1. Los Abogados del Estado, por el hecho de su nombramiento y toma de posesión en el destino, quedan habilitados para el ejercicio de todas las funciones y para el desempeño de todos los servicios propios de su cargo*».

Cuando nos estamos refiriendo a la deontología profesional del abogado del Estado nos estamos refiriendo a los deberes del abogado del Estado en el ejercicio de su profesión, aunque como se dirá, posteriormente, en algunos casos, de esos deberes surgen para él unos correlativos derechos.

Debemos resaltar que el abogado del Estado es un funcionario público que ejerce la abogacía. Como funcionario público está sometido a un código de conducta y a unos principios éticos y de conducta que actualmente están recogidos en el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

En efecto, en el capítulo VI del título III, artículos 52 a 54, ambos inclusive, de esta norma se recogen (i) los deberes de los empleados públicos, que se establecen en un código de conducta para los mismos (art. 52), (ii) unos principios éticos (art. 52), comenzando por el respeto a la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico y (iii) unos principios de conducta (art. 53) en el desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo y el trato que deben tener con sus superiores, los ciudadanos y los restantes empleados públicos.

Es decir, que en relación con el comportamiento deontológico del abogado del Estado habrá de estarse siempre, en primer lugar, a lo que dispongan las normas y principios que regulan ese comportamiento en su condición de funcionario, recogidos, principalmente, en el Estatuto Básico del Empleado Público, como se ha dicho con anterioridad.

Así lo reconoce también la Instrucción 3/2006, de 21 de abril, sobre la observancia de normas deontológicas de la abogacía en las funciones de asistencia jurídica de los abogados del Estado de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico cuando dispone que «... *lo dispuesto en la Instrucción se entiende siempre sin perjuicio de la aplicación a los Abogados del Estado de los principios y normas deontológicas y de comportamiento y actuación que por su condición de funcionario procedan*», (cfr. disposición general segunda, 1 de la Instrucción).

Ahora bien, ya hemos dicho anteriormente, que el abogado del Estado es un funcionario que ejerce la abogacía y el objeto de este trabajo es, principalmente, examinar en qué medida le son aplicables al abogado del Estado las normas deontológicas que rigen ese ejercicio de la abogacía¹.

¹ El diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE) define **la ética** como el «conjunto de las normas morales que rigen la conducta de las personas en cualquier ámbito de la vida» y **la deontología**, como la «parte de la ética que trata de los deberes, especialmente los que rigen una actividad profesional». «Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico. Art. 541.1 LOPJ». En los mismos términos se expresa el art. 6 del Estatuto General de la Abogacía Española

Asimismo, lo están a las específicas de la Abogacía del Estado y a las normas deontológicas de la profesión de abogado en los términos recogidos en la Ley 52/1997, y su reglamento de desarrollo, así como, en el concreto ámbito deontológico a la Instrucción 3/2006.

Así lo resalta el preámbulo de la Instrucción citada, que señala: «... *La Abogacía del Estado constituye una forma singular de ejercer la Abogacía, tanto por su forma de acceso, como por el estatuto jurídico-público del Abogado del Estado y por las funciones que la legislación y la propia Constitución, derivadas del artículo 103.1 le atribuye... los Abogados del Estado están dispensados de la obligación de colegiación y por ello, no sometidos a la ordenación colegial de la profesión ni al régimen disciplinario colegial. Ahora bien, siendo una de las actividades esenciales del Abogado del Estado el desarrollo de la actividad de la Abogacía, parece razonable que los principios deontológicos de estas normas informen la regulación y criterios de actuación de los Abogados del Estado en su función de asistencia jurídica y bajo el superior control del Abogado General del Estado*».

Precisamente esta doble naturaleza y esa doble normativa deontológica determina la necesidad de aprobar la Instrucción 3/2006, ya que «... *todas ellas confluyen de forma más o menos armoniosa, si bien pueden apreciarse ciertas zonas de conflicto entre las distintas exigencias concurrentes. De ahí que se haga necesario llevar a cabo una adecuada armonización*».

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS DEONTOLÓGICAS Y LOS PRINCIPIOS DEONTOLÓGICOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO DEL ESTADO

En la Instrucción 3/2006 se establece que los principios deontológicos de la abogacía informen la regulación y los criterios de actuación del abogado del Estado bajo el superior control del Abogado General del Estado. Esta disposición incorpora al estatuto jurídico del abogado del Estado los principios básicos y normas deontológicas de la abogacía, si bien —como se verá—, y por razón de la especialidad y doble condición del abogado del Estado antes indicada, con matices y precisiones en algunos y relevantes aspectos.

Por eso la Instrucción, tras dicha declaración, define un grupo de normas deontológicas «... *predicable en el ejercicio de la función de Abogado y que, en cuanto derivadas de la exigencia de la tutela de derechos fundamentales, inherente al ejercicio de la Abogacía en cualquiera de sus modalidades, resultan, en principio, de aplicación general*»; ello sin perjuicio de la aplicación de los principios y normas deontológicas de la función pública (cfr. Instrucción, preámbulo I y II, disposiciones generales, primera y segunda de la Instrucción), esto es, los de jerarquía administrativa, irrenunciabilidad de las competencias (sin perjuicio de la aplicación de las causas de abstención y recusación), legalidad, lealtad y cooperación, así como la sujeción al régimen de incompatibilidades, disciplina de la función pública y códigos administrativos que puedan elaborarse.

Sentada esta doble sujeción normativa, la asunción de los principios esenciales de la deontología profesional del abogado implica una remisión al texto básico en esta materia que es el Código Deontológico de la Abogacía Española (en adelante CDAE)². Este cón-

(EGAE).

² Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía de 27 de septiembre de 2002 y modificado

go, a su vez, tal como demuestra su preámbulo, asume el Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea (CCBE³)⁴.

El CDAE establece las «... normas mínimas de actuación de cualquier abogado en el ámbito territorial del Estado Español para garantizar la buena ejecución de su indispensable función a toda la sociedad española». Dichas normas tienen vocación de generalidad y uniformidad, «...igual que no se concibe una doble, triple o múltiple deontología dentro de la Unión Europea, tampoco tendría sentido que en España la función del abogado fuera sustancialmente diferente en cada una de las Comunidades Autónomas».

El CCBE no constituye derecho derivado europeo. Se trata de una norma producto de la autorregulación corporativa característica de nuestro derecho (artículo 5.i de la Ley de Colegios Profesionales) y de otros derechos de la UE. La finalidad, como se dijo, es dotarse de una regulación básica común e incorporar dicha regulación al derecho interno a través de los correspondientes códigos deontológicos de las diferentes abogacías nacionales. Además, se ha previsto su aplicación respecto de los abogados de la Unión Europea y de los Estados del Espacio Económico Europeo en cuanto al ejercicio de la abogacía transfronterizo definido en su norma 1, apartados 4 y 5. Dichos preceptos disponen que existe ejercicio transfronterizo cuando concorra cualquiera de las situaciones siguientes:

- Una relación profesional de un abogado de un Estado miembro con otro abogado de otro Estado miembro.
- El ejercicio de la abogacía en un Estado miembro distinto del de origen del abogado, tanto si exige traslado a dicho Estado como si no lo exige.

Los principios básicos de la deontología profesional del abogado se recogen en los artículos 2 a 5 CDAE. Debe resaltarse que el CDAE no es un catálogo de normas éticas o deberes morales, sino que se trata de normas jurídicas como ha destacado la doctrina constitucional. Por tanto, las normas deontológicas de la abogacía son normas jurídicas dotadas de los caracteres propios de las mismas, esto es, se trata de normas imperativas, vinculantes y cuya infracción acarreará consecuencias, en este caso, la respuesta disciplinaria correspondiente que puede llevar aparejada la imposición de sanciones⁵.

Las normas contenidas en estos códigos son normas jurídicas vinculantes y coactivas. Lo ha dicho reiteradamente la doctrina constitucional, así, por otras, en la STC 219/1989, de 21 de diciembre:

en el Pleno de 10 de diciembre de 2002, adaptado al EGA.

³ <https://www.ccbe.eu/>

El CCBE, fundado en 1960, es una asociación internacional sin finalidad lucrativa que reúne a los abogados y las organizaciones de abogados europeos y tiene como finalidad la defensa de los principios jurídicos esenciales de la democracia y el Estado de derecho. En materia deontológica su texto esencial es el Código Deontológico, aprobado por el Conseil Consultatif des Barreaux Européens, máximo órgano representativo de la abogacía, europea, en sesión de 28 de octubre de 1988, modificado en las sesiones plenarias de 28 de noviembre de 1998 y 6 de diciembre de 2002.

⁴ También debemos tener presente el Estatuto General de la Abogacía (EGA), aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

⁵ El EGA regula la responsabilidad disciplinaria del abogado en los artículos 80 y siguientes en los que se tipifican las infracciones (muy graves, graves y leves), las sanciones correspondientes y los demás aspectos característicos de la potestad disciplinaria (efectos, extensión de las sanciones a todo el territorio nacional, publicidad, cumplimiento, prescripción, rehabilitación y aspectos procedimentales). Obviamente, dicha potestad está sujeta a los principios generales de la potestad sancionadora recogidos en la legislación administrativa y consecuentes con el artículo 25 de la Constitución.

... En efecto, frente a lo que el recurrente sostiene, las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para «ordenar... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares» [art. 5 i) de la Ley de Colegios Profesionales], potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de «ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial». Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una más que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales. Y, en último extremo, este mismo criterio por el que se considera el incumplimiento de dichas normas como merecedor de las sanciones previstas en el ordenamiento corporativo es el que viene manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal y como recuerda ahora la representación del Colegio de Arquitectos de la Comunidad Valenciana.

En el mismo sentido, la jurisprudencia, por ejemplo en la STS 3.^a, 26 de abril de 1985, (RJ 1985/2241):

No es factible confundir un expediente disciplinario tramitado conforme a un Estatuto colegial con actuaciones de un Tribunal de Honor, pues ni se trata en aquél de cuestiones de honor, sino de salvaguardar las normas que reglamentan el ejercicio profesional, ni se produce la alternativa única que cumple a los Tribunales de Honor, donde sólo cabe decidir la suspensión total o expulsión, o bien la absolucón.

Los principios deontológicos esenciales que rigen la actuación del abogado del Estado por la remisión que la Instrucción 3/2006 hace a las normas deontológicas que rigen el ejercicio de la abogacía se contienen en los artículos 2 a 5 del CDAE, y son los siguientes:

1. Libertad de defensa y libertad de expresión. Debe resaltarse que el abogado dispone de una libertad de expresión reforzada al servicio de la defensa letrada que, no obstante, no comprende el insulto o la descalificación ajenas a la necesidad del derecho de defensa.
2. Confianza e integridad. Consecuentes con la inmunidad del abogado y el comportamiento que le resulta exigible.
3. Independencia. Principio esencial de la abogacía que, en el caso del abogado del Estado, está sometido a matizaciones.
4. Secreto profesional. Principio y prerrogativa axial del derecho de defensa, esencial para el Estado de derecho que también tiene alguna especialidad en el caso del abogado del Estado por su condición de funcionario público así como su integración en una estructura jerarquizada, la Abogacía General del Estado.

Seguidamente, se destacarán algunos de los aspectos esenciales de los principios básicos (virtudes de la abogacía) arriba indicados.

La libertad de defensa garantiza al abogado «... *el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes*», debiendo ejercer dicha libertad conforme al principio de buena fe y a las normas de la correcta práctica profesional y comprendiendo también una libertad de expresión reforzada o cualificada al servicio del citado derecho (artículo 3 CDAE).

El CDAE, en su preámbulo, recuerda que «... *la honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son virtudes que deben adornar cualquier actuación del Abogado*». La integridad del abogado es consecuente con la relación de confianza del abogado con su

cliente, y marca una pauta de comportamiento del abogado que «...exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente» (artículo 4 CDAE).

A la independencia se refiere el preámbulo del CDAE, que destaca su importancia:

La independencia del abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del Juez, dentro de un Estado de Derecho. El Abogado informa a su cliente de su posición jurídica, de los distintos valores que se ponen en juego en cualquiera de sus acciones u omisiones, proveyéndole de la defensa técnica de sus derechos y libertades frente a otros agentes sociales, cuyos derechos y dignidad personal han de ser también tenidas en cuenta, y esta tan compleja como unívoca actuación del Abogado sólo sirve al ciudadano y al propio sistema del Estado de Derecho si está exenta de presión, si el Abogado posee total libertad e independencia de conocer, formar criterio, informar y defender, sin otra servidumbre que el ideal de Justicia. En ningún caso debe actuar coaccionado ni por complacencia.

A su vez, el artículo 1 del CDAE se refiere a la independencia del abogado concretando lo anunciado en el preámbulo de dicho código:

1. *La independencia del abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el abogado constituye un derecho y un deber.*

2. *Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios o ajenos.*

3. *El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores.*

4. *La independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia.*

Debe repararse en que la independencia profesional del abogado se proyecta respecto del cliente, de sus compañeros abogados, poderes públicos incluido el poder judicial, otros terceros e incluso respecto de los propios intereses del abogado, tal como confirma la regulación de los conflictos de intereses recogida en el artículo 13 apartados 4 a 6 CDAE.

La Instrucción 3/2006 también alude expresamente a la independencia, señalando que tiene una doble faceta de prerrogativa y de obligación: «... Como prerrogativa está situada en el territorio de la inmunidad en el ejercicio según su propio criterio técnico-jurídico, mientras que como obligación atiende a la defensa del interés objetivo de la Justicia», añadiendo que, dicho principio debe ser modulado por el de unidad de doctrina y restantes principios éticos que corresponden a la condición de funcionario público, quedando sustituida la garantía del Colegio de Abogados «... por la garantía de la Abogacía General del Estado. Y ello por cuanto la observancia de estas normas deontológicas se impone como criterio general de actuación de los Abogados del Estado, en su función reservada de asistencia jurídica, siendo ésta una competencia del Servicio Jurídico del Estado cuya dirección corresponde al Abogado General del Estado».

Por lo que respecta al principio del secreto profesional, este es un derecho y deber del abogado que tiene naturaleza legal y reconocimiento constitucional ya que no puede haber derecho a un proceso justo sin abogados independientes y no existe independencia si no existe secreto profesional. Aunque se ha discutido si el secreto profesional tiene origen legal o contractual, en el derecho español debe darse prevalencia al origen legal con respaldo constitucional del secreto profesional. Hay que tener en cuenta que ni si-

quiera el consentimiento del cliente autoriza al abogado a revelar el secreto profesional (artículo 5.8 CDAE). Debe considerarse que esta cuestión no es tan sencilla puesto que la autorización del cliente puede perjudicar al propio cliente o a terceros. Cabe pensar que el primero es consciente del perjuicio que le ocasionará y puede compensarlo con circunstancias del caso concreto o del proceso judicial en el que se produce dicha situación, pero los terceros que puedan afectados podrían oponerse a dicho levantamiento o ejercitar acciones de responsabilidad contra el abogado.

Tampoco el decano (o el abogado general del estado) puede dispensar del secreto profesional (artículo 5.8 CDAE⁶). Únicamente subsiste en nuestro derecho una excepción muy limitada en la que la junta de gobierno de un Colegio de Abogados puede levantar de forma limitada el secreto profesional.

En efecto, el artículo 34.e) EGA, tras señalar que es deber del abogado «e) *Mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habidas con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento*», añade que «no obstante, por causa grave, la Junta de Gobierno del Colegio podrá discrecionalmente autorizar su revelación o presentación en juicio sin dicho consentimiento previo».

Debe repararse en el tenor literal tajante de la norma que condiciona la presentación en juicio a la autorización de la Junta, de modo que no puede acompañarse el documento (o soporte) que contiene las conversaciones y correspondencia que constituye secreto profesional *sub condicione* de obtener dicha autorización, sino con la *condictio sine qua non* de haber obtenido la autorización.

En definitiva, no puede haber abogacía sin secreto profesional (artículos 24 de la Constitución, 542.3 LOPJ, 32.1 EGA, 5 CDAE, Norma 2.3 CCBE y 199.2 del Código Penal).

El preámbulo del CDAE da cuenta de la relevancia constitucional e importancia del secreto profesional que la jurisprudencia ha definido como la piedra angular de la abogacía:

La Constitución reconoce a toda persona el derecho a no declarar contra sí mismo, y también el derecho a la intimidad. Ambos persiguen preservar la libertad y la vida íntima personal y familiar del ciudadano, cada vez más vulnerable a los poderes estatales y a otros poderes no siempre bien definidos. El ciudadano precisa del Abogado para conocer el alcance, la trascendencia de sus actos, y para ello, debe confesarle sus circunstancias más íntimas. El Abogado se convierte así en custodio de la intimidad personal de su cliente y de su inalienable derecho a no declarar contra sí mismo. El secreto profesional y la confidencialidad son deberes y a la vez derechos del Abogado que no constituyen sino concreción de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico reconoce a sus propios clientes y a la defensa como mecanismo esencial del Estado de Derecho. Todo aquello que le sea revelado por su cliente, con todas sus circunstancias, más todo aquello que le sea comunicado por otro Abogado con carácter confidencial, deberá mantenerlo en secreto.

Como recoge el artículo 5.1 CDAE, «la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos».

⁶ El artículo 5.8 es inequívoco en este sentido frente a la regulación del CDAE anterior, tanto la norma II.7 como el CDAE de 1995, que permitían al decano por causas graves y para evitar flagrantes injusticias o la comisión de delitos, la dispensa del secreto profesional.

El secreto profesional también es regulado en la Instrucción 3/2006, que recuerda que «... tiene también un alcance especial para quienes desempeñan la Abogacía, y, por tanto, también para el Abogado del Estado, dentro siempre del respeto a las obligaciones que le incumben como funcionario público, según el Estatuto de la Función Pública previsto en el artículo 103.3 de la Constitución u otra norma sectorial de la que derive un deber de sigilo...» (cfr. preámbulo IV). Ello sin perjuicio de señalar que ese deber (y derecho) de secreto deben entenderse dentro del carácter de funcionario público del abogado del Estado: «... A consecuencia de ello, por una parte nos estamos refiriendo a un deber «ad extra», pues el secreto profesional no rige, desde luego con relación a la Abogacía General del Estado. Y por otra parte, cuando el secreto profesional pugna con el interés público, aquél debe ceder» (cfr. preámbulo IV). Expuestos así los aspectos generales, de los principios que rigen la deontología del ejercicio de la abogacía. Aplicables también a los abogados del Estado, con las debidas matizaciones, vamos a examinar a continuación el estudio del contenido esencial concreto que de esos principios se hace en la Instrucción 3/2006.

3. EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El artículo 2 del CDAE regula la independencia que constituye una exigencia del Estado de derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por eso el abogado tiene el derecho a ser independiente pero también tiene el deber de preservar su independencia, lo que le permite rechazar las instrucciones que en contra de sus criterios profesionales pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona. El abogado tiene la obligación de cesar en su defensa desde el momento en que no pueda preservar la independencia con el único límite de no causar indefensión a su cliente (artículo 13.3 CDAE).

Gráficamente, se ha dicho que la independencia, «... como prerrogativa del abogado en el ejercicio del derecho de defensa, constituye excepción oponible frente a cualquier injerencia en vía judicial o deontológico, que pretenda la revisión técnico-jurídica de su actuación en un caso concreto»⁷.

Relacionado de forma directa con el principio de independencia se encuentra el principio de libertad de elección (artículos 25 EGA, 9 y 13.3 del CDAE).

Ambos principios, independencia y su consecuencia, libertad de elección deben ser matizados respecto del abogado del Estado. Así, si el abogado del Estado sí es titular del derecho de independencia, principio de la deontología profesional, no tiene libertad de elección para aceptar o renunciar a un asunto encomendado en el ejercicio de su función al formar parte de una organización y estar subordinado a los principios de jerarquía y unidad de doctrina.

Como se ha dicho, estos matices a las normas deontológicas propios de la situación bifronte del abogado del Estado —funcionario y abogado— no suponen que éste no sea independiente porque, como consecuencia de los principios de sumisión al derecho (artículo 9.1 de la Constitución) y de vinculación de la Administración Pública por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, así como la finalidad que preside su actuación al servicio y consecución del interés general (artículos 9.1 y 103 de la Constitución), el abogado del Estado asesora y ejerce la defensa en tribunales formando libremente su

⁷ La cita es de RAFAEL DEL ROSAL, *Normas Deontológicas de la Abogacía Española: Una doctrina construida a partir del ejercicio de la competencia disciplinaria*, Madrid, 2002, página 61.

opinión profesional sobre la conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico, sin perjuicio del respeto al principio de unidad de doctrina.

Algunas leyes dan cuenta de esta independencia; así, el artículo 54.2 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dispone:

2. Si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación administrativa recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de veinte días para comunicar su parecer razonado a aquélla. El Secretario judicial, previa audiencia del demandante, acordará lo procedente.

O el artículo 14 de la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, que establece:

1. En los procesos civiles que se dirijan contra el Estado, sus Organismos autónomos, entidades públicas dependientes de ambos o los órganos constitucionales, el Abogado del Estado recabará los antecedentes para la defensa de la Administración, Organismo o entidad representada, así como elevará, en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A tal fin, al recibir el primer traslado, citación o notificación del órgano jurisdiccional podrá pedir, y el Juez acordará, la suspensión del curso de los autos, salvo que, excepcionalmente, y por auto motivado, se estime que ello produciría grave daño para el interés general.

El plazo de suspensión será fijado discrecionalmente por el Juez, sin que pueda exceder de un mes ni ser inferior a quince días. Dicho plazo se contará desde el día siguiente al de la notificación de la providencia por la que se acuerde la suspensión, no cabiendo contra tal providencia recurso alguno.

En efecto, la subordinación al ordenamiento jurídico como directriz que preside el ejercicio de la abogacía del Estado no puede desvincularse del interés de su cliente y éste por disposición constitucional sirve al interés general (artículo 103 de la Constitución).

De forma que el abogado del Estado debe considerar también el interés de su cliente que siempre debe ser el servicio al interés general (artículos 97 y 103 de la Constitución). En el servicio a dicho cliente el abogado del Estado debe ser independiente. La independencia es perfectamente compatible con los principios de jerarquía y unidad de doctrina.

Por eso, la Instrucción 3/2006 se ocupa de la independencia reforzando así la seguridad jurídica al recoger el principio y su aplicación a los abogados del Estado.

Así, el preámbulo nos explica que «... la modulación más importante que ha de sufrir este principio ha de hacer referencia, por una parte, a la condición de... funcionario público sometido a un principio de unidad de doctrina y dependencia jerárquica, a la irrenunciabilidad de su función, y al respeto por la competencia de fijación de estrategias y objetivos estratégicos y de administración que corresponden a otros órganos...». La segunda matización es la sustitución de la garantía colegial por la garantía de la Abogacía General del Estado, «... y ello por cuanto la observancia de estas normas deontológicas se impone como criterio general de actuación de los Abogados del Estado en su función reservada de asistencia jurídica, siendo esta una competencia... cuya dirección corresponde al Abogado General del Estado» (cfr. preámbulo III).

Se reconoce la libertad de criterio técnico en el ejercicio de las funciones contenciosas (y consultivas) dentro de la sujeción a las instrucciones generales o particulares de la Abogacía General del Estado o del abogado del Estado-jefe de la Unidad en el ejercicio de sus competencias u otras que fueran de aplicación, en el marco del principio de unidad de doctrina (cfr. apartado II, Criterios de actuación, primero). Para garantizar dicha independencia se regula un procedimiento sencillo y ágil de resolución de discrepancias de criterios jurídicos, e incluso se arbitra la posibilidad de sustituir al abogado del Estado responsable del asunto si la mejor defensa del interés público así lo

aconsejase⁸. Es lógico pensar que esta sustitución puede plantearse tanto a iniciativa del sustituido como del abogado del Estado-jefe o del abogado general del Estado. En cualquier caso, resuelta la discrepancia el abogado del Estado responsable (no sustituido), si ve rechazada su opinión, tiene la obligación de actuar conforme al criterio que se haya establecido o cumplir la orden o instrucción oportunas con toda su diligencia y lealtad⁹.

Es obligado decir que la Instrucción regula la independencia de forma sensata garantizando los distintos principios e intereses que subyacen en la función del abogado del Estado en tribunales. Así, en la norma II.4 se ha previsto la diligencia profesional (*lex artis*) que obliga al abogado del Estado a aplicar todos los conocimientos y técnicas jurídicas a su alcance, «... *procurando obtener la máxima eficacia en la defensa de los intereses representados*». Atendidas las circunstancias que concurren frecuentemente en las actuaciones judiciales orales también se faculta para que se puedan modificar en el acto de la vista las posturas procesales que hasta el momento se hayan defendido siempre que «... *durante el mismo se evidenciara una alteración sustancial de los elementos de juicio que le habían llevado a fijar aquélla y no fuera posible solicitar instrucciones o elevar consulta. El Abogado del Estado actuante deberá comunicarlo seguidamente a quien hubiese dictado las instrucciones, según los casos, con la debida fundamentación*» (cfr. norma 4.5).

Como correlato de este principio de independencia, la norma II.7 faculta al abogado del Estado que se vea en situación de riesgo frente a la misma para hacer uso del amparo previsto en el artículo 542 LOPJ y, en su caso, ponerlo en comunicación de la Abogacía General del Estado. Esta comunicación constituye, en cierta medida, una garantía emparentada con el amparo colegial previsto en el artículo 41 EGA. Así lo demuestra la norma segunda, 2, para el caso de que se vulnere la libertad de expresión del abogado del Estado, en cuyo caso el abogado general del Estado adoptará las medidas que considere oportunas al efecto.

Finalmente, como correlato lógico de la independencia, el abogado del Estado goza de libertad de expresión en los mismos términos previstos en el artículo 542 LOPJ, aunque deberá evitar ... *alusiones personales innecesarias, que impliquen falta de respeto o menoscaben la imagen de los demás intervinientes en el proceso, debiendo actuar con el decoro inherente a la dignidad de la representación que le corresponde, y guardar y hacer guardar el respeto debido a las demás partes en el proceso y a la autoridad del Poder Judicial* (cfr. norma segunda 1).

4. EL SECRETO PROFESIONAL

La dignidad profesional en el ejercicio de la profesión de abogado en general y de abogado del Estado en particular, comprende las virtudes tradicionales de la abogacía, es decir: la probidad, honradez, rectitud y sinceridad. Así lo han establecido las normas

⁸ Cuando se considere necesario por la importancia o dificultad del litigio, por su trascendencia política, social o jurídica, o porque se trate de litigios que puedan plantearse idéntica y simultáneamente de suerte que sea necesario o conveniente su unificación, las discrepancias de criterio jurídico que pudieran existir entre la opinión técnica del Abogado del Estado actuante y del Abogado del Estado-Jefe se resolverán por el Abogado del Estado-Jefe, comunicándolo al Abogado General.— El Abogado del Estado-Jefe podrá proponer, y, en todo caso, el Abogado General podrá disponer la sustitución del Abogado del Estado consultante en el asunto de que se trate, si la mejor defensa del interés público así lo aconsejare» (Cfr. Instrucción, apartado II, Criterios de actuación, primero).

⁹ Lealtad que ha sido y es la pauta constante de actuación de la abogacía del Estado, que, en palabras de L. MARTIN RETORTILLO-BAQUER, «... *si se ha distinguido por algo durante su historia ha sido por su talento de servicio al Estado, auténtica medida de lealtad institucional*» (*La defensa del Estado en Derecho, Civitas*).

éticas profesionales desde su origen y se recoge actualmente en el artículo 36 EGA (también en la norma 2.2 CCBE. Estas virtudes, tal y como dice el preámbulo del CDAE, «... deben adornar cualquier actuación del abogado».

De las mismas se deducen, a su vez, otra serie de deberes y derechos deontológicos:

El abogado debe actuar honesta y diligentemente. Se trata de deberes primordialmente para con su cliente, aunque la honestidad también lo es para la parte adversa¹⁰ y para los tribunales. Manifestación de la honestidad y diligencia son el deber de información (artículo 13.9 CDAE), la diligencia y dedicación (artículo 13.10 CDAE y norma 3.1.2 CCBE) y la competencia profesional del abogado (artículo 13.8 CDAE y norma 3.1.3 CCBE).

Se trata de deberes éticos exigibles al abogado del Estado que actúa en tribunales que también se debe su cliente público, a cuya representación y defensa debe entregarse con lealtad y con pericia profesional incumbiéndole el deber y el derecho de formarse continuamente para mejorar su pericia profesional.

La Instrucción hace especial referencia a algunos de estos deberes éticos. Así, el apartado II, Criterios de actuación, primero, 4, dispone: «*El Abogado del Estado representará y defenderá el caso de que se trate ante los Tribunales de Justicia aplicando todos los conocimientos y técnicas jurídicas a su alcance y cuidando en especial el periodo probatorio, procurando obtener la máxima eficacia en la defensa de los intereses representados*». En el mismo sentido puede citarse el criterio cuarto, 1, del apartado II de la Instrucción, donde se establece: «*Las relaciones del Abogado del Estado con los Abogados de la otra parte deben ser de recíproca lealtad y respeto mutuo, especialmente en todas las comunicaciones orales o escritas, evitando toda alusión personal*»¹¹.

Sentado este principio, matiza la Instrucción 3/2006, que el deber de secreto «... siempre debe entenderse dentro del carácter de funcionario público del mismo, sujeto a la dependencia jerárquica...». En buena lógica la interpretación de este planteamiento la ofrece la propia Instrucción al establecer que el secreto no es oponible frente a la Abogacía General del Estado. El matiz más importante no es éste, sino la delimitación del ámbito del secreto que determina el interés público. La mención al interés público se concreta después en el apartado II, Criterios de actuación, dedicándose la norma tercera al secreto profesional.

Esta norma delimita el ámbito del secreto profesional (muy extenso como sucede con el que recoge el vigente CDAE), e incluye las siguientes singularidades:

*El deber de informar a la parte adversa de que los documentos que de él se reciban podrán ser incorporados a un expediente administrativo y judicial*¹².

El deber y el derecho a no prestar declaración sobre hechos, informes o documentos que constituyan secreto profesional salvo en los casos en que así lo autorice de forma expresa el *Abogado General del Estado siempre que esté previsto en la Ley, o, en general, cuando la preserva-*

¹⁰ A la que el artículo 43 del EGA prohíbe causar perjuicio injusto (lo que debe ser entendido como toda actuación dolosa en perjuicio de la parte contraria que no redunde en beneficio del propio interés y que, además, es innecesaria de forma manifiesta para la defensa).

¹¹ El apartado 2 de la misma norma recoge la posibilidad de que el abogado del Estado ponga en conocimiento del Colegio de Abogados competente el trato descortés o desconsiderado del abogado de la parte adversa informando de ello a la Abogacía General del Estado. El apartado 3 recoge el principio ético de relación con la parte adversa a través del Abogado que la representa «... si lo hubiere y las circunstancias lo permiten».

¹² Debe recordarse aquí el derecho de acceso a información pública archivos y registros reconocido por el artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

ción del secreto pueda causar perjuicios irreparables, flagrantes injusticias o la divulgación revista un interés público superior.

Esta última norma (apartado 3) —parecida al artículo 5.8 CDAE— tiene el inconveniente de recurrir al uso de conceptos jurídicos indeterminados que siempre plantean un problema de interpretación y que no dejan de ser técnicas de reducción de la discrecionalidad. La redacción elegida para resolver los conflictos entre el secreto y el interés público a favor de la prevalencia de este último al que se adjetiva como «superior» no es suficientemente satisfactoria. Hubiera sido preferible un mayor esfuerzo de concretización. En cualquier caso, considero que la norma refleja un conflicto de máximos y debe estar sujeta a un criterio hermenéutico restrictivo frente al derecho y deber de secreto profesional.

El deber de secreto y discreción profesional permanece también después de haber cesado en el desempeño de actuación profesional y sin limitación de tiempo. Mención que abarca incluso el cambio de situaciones administrativas o destinos profesionales del Abogado del Estado que no le dispensan de preservar el secreto profesional¹³.

5. LA CLÁUSULA DE CONCIENCIA

También podría plantearse aquí si es posible para un abogado del Estado acogerse a la cláusula de conciencia y ser excusado de un determinado asunto. Considero esta cuestión no desde la perspectiva de la disparidad de criterio técnico antes examinada al estudiar la independencia, sino desde el punto de vista de la moral o ética personal que pueda constituir un impedimento para asumir un determinado encargo o asunto.

La Instrucción no contempla la cláusula de conciencia. Puede ser porque se considere que el abogado del Estado tiene obligación de defender cualquier asunto con sumisión estricta al principio de jerarquía. Sin embargo, una solución que de prioridad a los principios de unidad de doctrina y jerarquía no tiene porque ser incompatible con una regulación de los casos y el procedimiento a seguir en situaciones como las examinadas que, en todo caso, sería siempre una regulación que, por su propia naturaleza, debería ser restrictiva pero también razonable en sus presupuestos de hecho y que, desde luego, no limitaría en modo alguno el deber de diligencia exigible una vez rechazada la discrepancia¹⁴.

¹³ Parece inexorable que el derecho y el deber de secreto prevalezcan incluso si se pierde la condición de funcionario público.

¹⁴ En la propuesta de Código Deontológico del Abogado del Estado hecha por F. ESPINOSA FERNÁNDEZ, que no ha perdido un ápice de actualidad y que, en punto a la independencia del abogado del Estado, dice lo siguiente: «8.3 La actuación del Abogado del Estado se acomodará al principio de independencia intelectual: 8.3.1. Independencia intelectual absoluta en el ejercicio de su asistencia jurídica, lo que incluirá la libertad de doctrina y de expresión. 8.3.2. Esta independencia intelectual será compatible con la dependencia administrativa, orgánica y funcional en la que esté incardinado. 8.3.3. Si, en aras de esa independencia intelectual, el Abogado del Estado disintiera de las instrucciones administrativas recibidas podrá pedir ser relevado del caso concreto de que se trate y, subsidiariamente, exigir que las instrucciones le sean dadas por escrito, recibidas las cuales actuará conforme a ellas y haciendo constar su existencia. 8.3.4. El Abogado del Estado podrá invocar cláusula de conciencia con arreglo a la forma general en que se regule esta cláusula». Puede verse el texto completo en las páginas 793 a 796 del libro *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*, dentro del trabajo «Aproximación a un Código Deontológico del Abogado del Estado».

6. CONCLUSIONES

6.1. La deontología profesional es el conjunto de normas que regulan los derechos y deberes de una profesión colegiada. La deontología profesional del abogado es el conjunto de normas reguladoras de los derechos y deberes del abogado cuando ejerce su profesión, esto es, el asesoramiento jurídico o la defensa en tribunales.

6.2. Los abogados del Estado son funcionarios públicos que ejercen la abogacía en cuanto que a ellos les incumbe el asesoramiento jurídico y la representación legal y asistencia letrada en el proceso ante los diferentes órdenes jurisdiccionales del Estado, Organismos dependientes del mismo, órganos constitucionales y entidades convenidas.

6.3. Los abogados del Estado, en cuanto funcionarios, están sometidos a un código de conducta y a unos principios éticos que actualmente están recogidos en el capítulo VI del título III del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

6.4. Los abogados del Estado, en cuanto abogados que ejercen la abogacía, están sometidos, con ciertas matizaciones, a los principios esenciales de la deontología profesional del abogado. Estos están recogidos, principalmente, en el Código Deontológico de la Abogacía Española, que, a su vez, asume los principios del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea. Así lo reconoce la Instrucción 3/2006, de 21 de abril, sobre la observancia de normas deontológicas de la abogacía en las funciones de asistencia jurídica de los abogados del estado de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico.

6.5. La Instrucción 3/2006, citada, pretende con sus disposiciones llevar a cabo una armonización de las posibles situaciones de conflicto que pueda derivarse de la concurrencia en el abogado del Estado de una ética funcional y principios que rigen la actividad de la Administración Pública y de las normas deontológicas propias del desempeño de la actividad de la abogacía.

6.6. En este artículo se examina la naturaleza jurídica de las normas y principios deontológicos de la abogacía; los principales de ellos: (i) independencia, (ii) libertad de expresión y (iii) secreto profesional; y la regulación que se hace de los mismos en el Código Deontológico de la Abogacía Española y en la Instrucción 3/2006 de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico. Finalmente, se plantea en el artículo la conveniencia de que entre las normas deontológicas del abogado del Estado se incluyera alguna relativa a la cláusula de conciencia.

LOS CÓDIGOS ÉTICOS Y LOS PACTOS DE INTEGRIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN GENERAL Y EN LA ABOGACÍA DEL ESTADO EN PARTICULAR

Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. QUÉ ES LA INTEGRIDAD PÚBLICA.—3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA.—4. BUZÓN ÉTICO.—5. EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Manuel Goded fue muchas cosas para los que le conocimos, y entre ellas, un ejemplo de funcionario público íntegro. De ahí que haya querido dedicarle estas líneas cuyo propósito es analizar los sistemas de integridad que pueden aplicarse en el marco de las organizaciones públicas para facilitar que haya otros muchos empleados públicos como él. Soy consciente de que este esfuerzo le habría resultado sin duda un tanto extraño, en la medida en que los marcos de integridad se encuentran a caballo entre varias disciplinas: el derecho, la sociología, la ética y hasta la psicología. También le habría parecido un esfuerzo un tanto innecesario, porque hay personas —como él— que no necesitan de marcos de integridad para servir con lealtad a los intereses generales. Pero me parece que también habría entendido la necesidad de que existan estas herramientas en un entorno en el que los servidores públicos están sometidos a incentivos que pueden apartarles de ese servicio a los intereses generales y de esa voluntad de servicio público consciente o inconscientemente.

Recuerda el profesor Manuel Villoria en su trabajo «Integridad», publicado en el número 1 de la revista *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, de septiembre de 2011, siguiendo a su vez a Carter, que la integridad requiere la formalización de tres pasos: 1. El discernimiento de lo que está bien y lo que está mal. 2. La actuación de forma coherente con los resultados del discernimiento, incluso con coste personal. 3. La declaración abierta de que se está actuando de forma coherente con lo que se entiende como correcto. La integridad sería, así pues, una virtud que garantiza que las acciones se basan en un marco de principios internamente consistente. Por eso Manuel Goded era un ejemplo de persona íntegra: porque actuaba en coherencia con un conjunto de valores y principios, en los que destacaba la voluntad de servicio público.

Sin embargo, no cabe obviar la contradicción con el servicio a los intereses generales que suponen fenómenos como la politización y la falta de neutralidad de las instituciones, la falta de meritocracia en la promoción profesional (y a veces también en la selección de los empleados públicos) o la falta de una auténtica cultura de la transparencia y la rendición de cuentas han sido muy estudiados. Hay que mencionar también los problemas que se derivan de la integración de las carreras políticas y funcionariales han sido objeto también de mucha atención doctrinal, especialmente fuera de nuestras fronteras, pudiendo mencionarse un reciente y recomendable libro de los profesores Víctor Lapuente y Carl Dahlstrom, *Organizando el Leviathan* donde ponen de manifiesto los efectos (negativos) que se derivan de esta integración en términos de buen gobierno¹.

¹ *Organizando el Leviathan*,+ Dalhstrom y Lapuente, Ed. Deusto, 2018.

Hay que mencionar también un corporativismo muchas veces mal entendido («los trapos sucios se lavan en casa») y la falta de protección y la incompreensión de las organizaciones ante los denunciantes de cualquier conducta poco ética producida en su seno. Peor es todavía la situación de los denunciantes de la corrupción que pueden sufrir auténticos calvarios administrativos y personales si se deciden a denunciarla y si sus superiores jerárquicos —incluso aunque no sean los responsables o los beneficiados— prefieren encubrirla como sucede lamentablemente con frecuencia. En definitiva, estas circunstancias someten a presiones muy importantes a los empleados públicos y estas presiones no siempre son fáciles de resistir y pueden comprometer su integridad, es decir, la coherencia de su actuación en relación con el conjunto de valores y principios que dicen profesar. En un mundo ideal, atacando las raíces de los problemas que hemos apuntado —politización, falta de neutralidad institucional, falta de meritocracia, etc., etc.—, los incentivos deberían cambiar, facilitando las conductas íntegras en el sector público. Pero en el mundo real son muchas las inercias y los intereses creados que están impidiendo un avance hacia un modelo más meritocrático, neutral y profesional en el sector público. Por esa razón, considero conveniente utilizar como una herramienta o palanca de cambio en la dirección deseada (una mayor integridad de las personas que desempeñan funciones en el sector público) el establecimiento de estos marcos de integridad.

Efectivamente, si la integridad de una institución se mide por la conducta de los empleados que forman parte de la misma está claro que queda mucho camino que recorrer. Si recordamos los muchos escándalos de corrupción que hemos presenciado en los últimos años debemos reconocer que muchas actuaciones de los responsables políticos investigados o condenados por casos de corrupción (pensemos por ejemplo en el expresidente de la Comunidad de Madrid, Ignacio González, o el exvicepresidente Francisco Granados) no habrían sido posibles sin la complicidad, activa o pasiva, de muchos empleados públicos, como bien explican Lapuente y Dahlstrom en su libro ya citado.

No podemos olvidar que han sido demasiado frecuentes los escándalos de corrupción o/y de despilfarro o mala gestión de muchos gestores públicos, incluso en el ámbito de la Administración General del Estado, generalmente más profesional y más meritocrática que las Administraciones de ámbito territorial menor pero no exenta de problemas, en particular en su sector público donde los controles preventivos son más laxos. Y debemos ser conscientes de que toda actuación incorrecta, poco ética o deshonestas —no digamos ya si llega a ser delictiva— perjudica de forma muy notable la imagen de una institución y socava la confianza de los ciudadanos en ellas. Como ocurre también en la vida privada, la credibilidad es un valor importantísimo en un mundo de incertidumbres y recelos. El problema es que una vez perdida, no es fácil recuperarla como saben bien algunas instituciones que están intentando rehacer una imagen que ha quedado muy deteriorada tras la constatación de que su funcionamiento en los momentos en que eran más necesarias dejó mucho que desear. Instituciones como el Banco de España o la CNMV no actuaron debidamente durante la crisis financiera como tampoco lo hizo el Tribunal de Cuentas frente a la financiación irregular de los partidos políticos o la Universidad Rey Juan Carlos frente a determinados políticos que querían obtener títulos oficiales sin demasiado esfuerzo.

En último término, la erosión de la confianza en las instituciones erosiona también profundamente la democracia. No es casualidad la aparición de movimientos políticos populistas antisistema que ponen en cuestión su funcionamiento. Hay otras muchas causas del auge de los populismos, es cierto, pero no podemos dejar de lado la importancia que tiene la falta de credibilidad de nuestras instituciones.

Algunos datos muestran este deterioro en la confianza de las instituciones, si bien hay que señalar que es similar al que se ha producido en otros países de nuestro entorno y no afecta a todas las instituciones por igual (lo que también sucede en otros países). Estos que he elegido proceden de una encuesta de Metroscopia realizada en 2016 y me parecen bastante significativos. Como puede verse, el problema se concentra —como era previsible— en los políticos y los partidos políticos, pero también se ven afectadas otras instituciones si bien es cierto que al menos en esta encuesta los funcionarios aprueban sin problemas.

2. QUÉ ES LA INTEGRIDAD PÚBLICA

Desde un punto de vista conceptual, para entender qué es la integridad pública podemos partir de la definición de la OCDE recogida en su Recomendación del Consejo sobre integridad pública, Recomendación C (2017) 5 de 26 de enero de 2017, según la cual integridad pública es el «*posicionamiento consistente y la adhesión a valores éticos comunes, así como al conjunto de principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados*». Se trata de una herramienta orientada a garantizar que los intereses generales tienen prioridad sobre los intereses privados o particulares de personas u organizaciones.

Los sistemas o marcos de integridad (*integrity frameworks*) hacen referencia a un sistema coherente y global (holístico por usar un término de actualidad) fundado en una serie de valores éticos, que debe de incorporar un conjunto de herramientas con la finalidad última de generar una cultura de la integridad en las organizaciones. Obviamente, para conseguirlo es fundamental una estrategia y un liderazgo fuerte.

Por otra parte, la relación de la implantación de estos marcos de integridad con la buena gobernanza está demostrada. La doctrina académica considera que la mejor fórmula para alcanzar un buen gobierno es la puesta en marcha de una política de prevención de riesgos (especialmente de los que están asociados a la corrupción y al despilfarro) combinada con un control efectivo de la organización y con una efectiva rendición de cuentas lo que requiere cambios de cultura organizativa. Estos cambios de cultura pueden ser impulsados por estos marcos o sistemas de integridad.

El objetivo de estas herramientas conceptuales es, en definitiva, evitar las malas prácticas y controlar el riesgo de corrupción (lo que tienen en común con las políticas de compliance) pero también establecer un clima ético en las organizaciones que permita que sus trabajadores y gestores puedan desarrollar sus funciones con honestidad y transparencia sin sufrir presiones que puedan comprometer su voluntad de servir a los intereses generales por encima de los particulares de jefes políticos, entidades privadas, o personas con las que tengan determinados lazos familiares, profesionales, ideológicos, etc. En palabras de Manuel Villoria y Agustín Izquierdo, estudiosos en nuestro país de estos marcos de integridad, se trata de «establecer normas, procesos y órganos dentro de cada organización pública que prevengan las conductas inmorales».²

Tal y como exponen esos autores entre los elementos esenciales de un marco de Integridad se encuentran los códigos éticos, las evaluaciones de riesgo de integridad, la formación ética de gestores, trabajadores y órganos de gobierno (puesto que las obliga-

² Manuel Villoria Mendieta y Agustín Izquierdo Sánchez. *Ética pública y buen gobierno. Regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público*. Madrid: Editorial Tecnos, 2016

ciones éticas incumben a todos los trabajadores de una institución), el establecimiento de comités de ética para resolver las consultas sobre problemas o dilemas éticos, un buzón ético de denuncias (compatible con otros sistemas de alerta temprana), sistemas de gestión de los conflictos de intereses e incompatibilidades, sistemas de detección e investigación de conductas contrarias a los fines y valores de la organización o la realización de encuestas de clima ético entre los empleados.

Lógicamente, en todas estas herramientas pueden coexistir las normas jurídicas con las normas procedimentales y la autorregulación de la propia organización que no siempre se realiza a través de elementos normativos. Como señala Rafael Jiménez Asensio, no todo lo prohibido por la ley resulta éticamente aceptable y además la ética institucional va más allá de lo que podría abarcar la ética privada. Es decir, un servidor público está obligado por supuesto a cumplir con las normas del ordenamiento jurídico pero también a adecuar su conducta a una serie de valores y principios que dependerán de su posición en la organización pero que en último término deben de reflejar su compromiso con el servicio a los intereses generales por encima de los particulares³.

En España asistimos lentamente a la aparición en las organizaciones públicas de estos marcos de integridad. El modelo que se suele citar es el de la Diputación Foral de Gipuzkoa que sigue las pautas del modelo de la OCDE. En sus propias palabras «los principios en los que se fundamenta el Buen Gobierno de la Diputación Foral de Gipuzkoa encuentran su raíz en el modelo de gobernanza impulsado por la Diputación Foral y recogido, entre otros, en el documento “Compromiso para una Gobernanza Ética, Inteligente y Eficiente”, en el que la integridad institucional es aspecto sustantivo y valor esencial en el ejercicio de las funciones públicas por parte tanto de las personas con responsabilidad política como por los empleados y empleadas públicos y por las entidades o personas que participen en la prestación de servicios forales. Pretende consolidar la implantación de un nuevo modelo de relación de la Administración con la ciudadanía, basada en la integridad institucional, la buena gestión, la rendición de cuentas, la transparencia y el reconocimiento a la ciudadanía de su derecho a acceder a la información que obra en poder de la Administración foral, y orientada siempre hacia el establecimiento del Buen Gobierno como cauce de profundización democrática».

Son muchas las instituciones públicas que en estos momentos se están planteando la adopción de marcos o sistemas de integridad similares y probablemente serán muchas más las que lo hagan en el futuro. Por esa razón considero que es interesante analizar las herramientas básicas de un marco de integridad: los códigos de conducta (incluida la gestión de los conflictos de intereses) el buzón ético y el órgano de supervisión del sistema de integridad. Como hemos visto, existen otras piezas importantes en estos sistemas de integridad como pueden ser la evaluación de los riesgos éticos o la formación de los gestores y empleados públicos, o la realización de encuestas de clima ético, que son también muy relevantes pero que exceden del objeto de las presentes reflexiones.

3. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

Los códigos de conducta recogen los estándares éticos aplicables tanto a empleados públicos como a altos cargos y constituyen un instrumento para reforzar la integridad y

³ Rafael Jiménez Asensio, «Marcos de integridad institucional y códigos de conducta: encuadre conceptual y algunas buenas prácticas», INAP, Estudios y comentarios, 12 de enero de 2017.

la búsqueda de la excelencia en la gestión pública mediante el diseño de un sistema que garantice el efectivo cumplimiento de los principios éticos en él recogidos. Es interesante destacar que, como recuerda Jiménez Asensio en el trabajo ya mencionado, estos códigos éticos no se formalicen en normas jurídicas, es decir, mediante leyes o reglamentos pese a que se ha intentado en ocasiones. El ejemplo más claro es la regulación comprendida en el Estatuto Básico del Empleado Público (recogido en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP) en sus arts. 52 a 57. En particular, el art. 52 señala que «los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos». El art. 53 recoge una serie de principios éticos y el art. 54 una serie de principios de conducta. Por su parte, el título II recogido en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de Transparencia, derecho de acceso a la información pública y buen Gobierno (en adelante LTAIBG), bajo el epígrafe «buen gobierno» dedica una serie de preceptos a los que denomina «principios de buen gobierno» (art. 26) y a las infracciones y sanciones correspondientes que han quedado inéditas hasta el momento por razones fáciles de entender, dado que tienen que ser sancionadas por el superior jerárquico del que las ha cometido y no parece fácil que el superior jerárquico esté dispuesto a asumir el coste político de imponer dichas sanciones.

Efectivamente el art. 31.4 establece las siguientes reglas de competencia:

4. La competencia para la imposición de sanciones corresponderá:

- a) Al Consejo de Ministros cuando el alto cargo tenga la condición de miembro del Gobierno o Secretario de Estado.
- b) Al ministro de Hacienda y Administraciones Públicas cuando el responsable sea un alto cargo de la Administración General del Estado.
- c) Cuando el procedimiento se dirija contra altos cargos de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, los órganos que tengan atribuidas estas funciones en aplicación del régimen disciplinario propio de Administraciones en las que presten servicios los cargos contra los que se dirige el procedimiento o, en su caso, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma o el Pleno de la Junta de Gobierno de la Entidad Local de que se trate.

Pues bien, si partimos de la premisa de que los valores exigibles a los empleados públicos se centran en la satisfacción de los intereses generales y en la prestación de servicios públicos de calidad a los ciudadanos atendiendo a los criterios y a los estándares recogidos en normas como las citadas es evidente que la existencia de estos códigos éticos es perfectamente compatible con la existencia de las obligaciones legales que establece el ordenamiento jurídico vigente y que muchas veces no resultan exigidas por razones como las que acabamos de exponer: ningún responsable va a tener incentivos para sancionar a una persona que él ha designado o/y depende de él por alguna de estas conductas salvo en casos extremos. Pero también puede ocurrir que no siempre sea fácil identificar la conducta poco ética o contraria a estos principios y valores: un caso típico

es el del conflicto de intereses en un país como el nuestro, donde proliferan las puertas giratorias y donde no existe todavía una regulación estatal del lobby. Por otro lado, la interpretación que se realiza por la oficina de conflictos de Intereses estatal de la normativa en materia de incompatibilidades (tanto de la que afecta a los funcionarios como de la específica de los altos cargos, Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado) es muy burocrática y poco efectiva para prevenir y sancionar los conflictos de intereses.

Por tanto, a través de los códigos éticos se trata precisamente de reforzar las obligaciones legales en algunos casos, especificando en casos concretos como deben de entenderse y cumplirse mientras que en otros supuestos se trata de ir más allá de las obligaciones legales exigiendo unos estándares éticos de conducta que sean acordes con la relevancia de las funciones públicas encomendadas a los empleados públicos y con lo que de ellos espera la sociedad. Es evidente que estos estándares dependerán también de la posición relativa que tenga el empleado público y que deberán de ser exigentes cuanto más alto sea su nivel y su responsabilidad. Se pretende además que los empleados públicos ya sean altos cargos, funcionarios de alto nivel o empleados de niveles inferiores interioricen dichos valores y principios, de forma que los sientan no como una obligación externa si no como una obligación moral. Dicho de otra forma, lo que se intenta es que los códigos de conducta se cumplan porque de no hacerlo quedaría dañada la buena imagen que toda persona desea tener de sí misma. Sin embargo, en una sociedad donde hasta hace relativamente el coste reputacional de las conductas poco éticas tanto en el sector público como en el privado era muy bajo parece razonable añadir otro tipo de incentivos externos.

El mecanismo que se suele establecer es el de que todos los altos cargos y empleados públicos manifiesten su adhesión individual y formal al código ético preferiblemente en el momento de su toma de posesión o de la firma de su contrato si es posible, y si no lo es en algún momento posterior. El compromiso público supone que el empleado público se compromete al cumplimiento de estos principios y valores frente a los ciudadanos pero también frente a sus superiores y compañeros. Por esa razón, la vulneración del código ético debe dar lugar a algún tipo de consecuencias que pueden diferir según los casos (por ejemplo, puede ser causa de cese de un alto cargo o de una persona que ocupa un puesto de libre designación, pero también puede ser considerado como incumplimiento contractual en caso de un empleado público con contrato laboral). Por supuesto, con independencia de las consecuencias que el incumplimiento de las obligaciones legales pueda llevar consigo.

En cuanto a las fórmulas para su aprobación dado que estamos en el ámbito de la autorregulación sólo se precisa de un acuerdo del órgano de gobierno correspondiente. Por esa razón nada obsta a que cada ente y organismo público pueda aprobar sus propios códigos éticos y de comportamiento adaptado a sus circunstancias específicas con la finalidad de establecer medidas más concretas en sus respectivos ámbitos de actuación. No obstante lo anterior, parece razonable que exista un código ético que sea aplicable a todos los empleados públicos de una determinada Administración (por ejemplo, el Estado o una Administración territorial) de manera que los códigos éticos particulares que puedan existir no puedan suponer una reducción de los estándares de conducta establecidos en los códigos más generales.

Es importante resaltar que —como también señala el EBEP en su art. 52— estos principios y estándares de actuación guiarán la interpretación y aplicación de los tipos de infracciones administrativas que establezca la normativa vigente en relación con las

acciones u omisiones en los que puedan los empleados públicos y que guarden relación con dichos principios.

En cuanto a los principios y valores que se recogen en este tipo de códigos, pueden mencionarse en primer lugar el propio principio de integridad, entendiendo por integridad la adhesión de los empleados públicos a los principios de imparcialidad, objetividad, honestidad y transparencia.

La imparcialidad exige que los empleados públicos desempeñen sus funciones con neutralidad, de manera que sus actos no conlleven ningún tipo de trato de favor o de discriminación injustificada hacia ningún ciudadano o empresa o hacia sus intereses. La objetividad exige que los empleados públicos en su actuación atiendan a la información y a los datos disponibles. La honestidad requiere actuar siguiendo las reglas de la buena fe y la transparencia supone que se facilite información a los ciudadanos que facilite la rendición de cuentas, incluso yendo más allá de las obligaciones legales de transparencia activa y pasiva recogidas en la LTAIBG.

También hay que mencionar el principio de lealtad institucional. Interesa detenerse en este concepto, porque en España la lealtad institucional no se suele entender adecuadamente. La lealtad institucional supone que los empleados públicos deben de dar prioridad a los objetivos y fines de la institución, tal y como aparecen definidos en sus normas de creación. Esto puede conllevar la necesidad de denunciar aquellas actuaciones y conductas que son contrarias precisamente a dichos objetivos y fines de la institución. La fórmula para hacerlo exige, a su vez, la puesta a disposición por parte de la organización en la que prestan sus servicios de cauces adecuados, normalmente a través del denominado buzón ético o buzón de denuncias del que hablaremos más adelante. Se trata por tanto de asegurar la lealtad a la institución y a sus fines, que es algo muy diferente de la lealtad a las concretas personas que en cada momento las dirigen o incluso a los miembros de la propia institución que de una forma u otra puedan desarrollar actuaciones contrarias a los fines de la institución.

Como ya hemos dicho, los incentivos para que se produzcan dentro de una institución actuaciones contrarias a sus fines son muy numerosos, particularmente en organizaciones muy jerárquicas, politizadas y poco meritocráticas en la que los empleados públicos saben bien que denunciar determinadas conductas puede costarles muy caro en términos profesionales y a veces incluso personales. Pensemos, por ejemplo, en el caso de secretarios, tesoreros e interventores de ayuntamientos con alcaldes fuertes o «*strong majors*» (que son todos en nuestro país) que se han visto envueltos en casos de corrupción o de despilfarro. Que en buena medida el controlador dependa del controlado —en términos de puestos, retribuciones, recursos materiales, etc., etc.— supone la asunción de riesgos muy altos para que estos funcionarios denuncien conductas solo poco éticas sino incluso ilegales. El hecho de que en España en el momento de escribir estas líneas no haya sido todavía posible aprobar una ley a nivel nacional que proteja a los denunciantes de la corrupción pone de relieve la falta de una cultura institucional y hasta social que ampare a aquellas personas que arriesgan su bienestar profesional y personal por servir a los intereses generales y a los fines de la institución.

Pero la lealtad institucional no se agota aquí. Es también interesante destacar la necesidad de que la utilización de los medios oficiales de la institución no sea puesta a disposición de intereses particulares, incluyendo los de un partido político concreto. Un caso particularmente interesante es el que ha ocurrido con el Centro de Investigaciones Sociológicas y su metodología al ser nombrado como director una persona procedente de la ejecutiva del PSOE. Recordemos que el art. 103 CE establece que la Administración

Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho. Pues bien, las instituciones —y en particular algunos organismos como el que nos ocupa— no pueden servir bien esos intereses generales sin un elevado componente de neutralidad. No son instrumentos al servicio de determinada visión política, sino que sus fines fundamentales vienen predeterminados por la ley y se espera de sus gestores y empleados públicos que los respeten.

A mi juicio, el riesgo de confundir los fines e intereses de la institución con los de un determinado partido es muy alto —como la práctica ha demostrado— cuando el director de la misma está tan cercano a los fines e intereses de un determinado partido político.

Otros principios que no pueden olvidarse es el del respeto al Estado social y democrático de derecho, a los principios constitucionales y al marco jurídico vigente, y en particular a los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos. Esto requiere que los empleados deben de tratar a los ciudadanos evitando en particular cualquier tipo de discriminación por razón de género, raza, religión, ideología, orientación sexual, diversidad funcional o por cualquier otro motivo, como puede ser la pertenencia a un partido político distinto del que gobierna. El ejemplo de las instituciones catalanas puestas al servicio de una visión política determinada —el independentismo— sirve también para ilustrar este problema, no ya por la falta de respeto al marco jurídico vigente sino por lo que supone de discriminación para una parte muy importante de la ciudadanía, la que no ha votado a los partidos independentistas.

Además hay que mencionar los principios de eficacia y responsabilidad, que están relacionados con la forma en que se realiza la actividad pública y que con no poca frecuencia brilla por su ausencia en nuestro país, dada la ausencia de una cultura de evaluación de las políticas públicas. El principio de eficacia requiere que los funcionarios y empleados públicos desempeñen sus funciones buscando la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos teniendo presente la mejor utilización de los recursos públicos disponibles en cada supuesto. Lamentablemente, en España incluso cuando no cabe hablar de corrupción o de despilfarro la falta de atención por el principio de eficacia es notoria; muchas veces se hace y se deshace por razones meramente políticas obviando los costes económicos y de tiempo que determinadas actuaciones suponen para los contribuyentes. El adanismo es muy frecuente en nuestras organizaciones públicas, empezando por el eterno tejer y destejer en las denominaciones de los entes públicos cada vez que hay elecciones o simplemente cada vez que un responsable político quiere dejar su impronta.

Por último, hay que hablar de la ejemplaridad. La ejemplaridad es un concepto filosófico que trasladado a un código de conducta supone que los empleados públicos no pueden comportarse de manera que su actuación comprometa la imagen de la institución a la que sirven. Por ejemplo, no pueden abusar del poder o de la información de que dispongan como consecuencia de su cargo o posición para la obtención de ventaja o beneficio alguno para sí, sus familiares o allegados. Por poner un ejemplo real, la imagen de la institución que da un fiscal que amablemente se ofrece a otro funcionario para solucionar un problema penal (exceso de alcohol conduciendo) no es precisamente ejemplar.

Pero además la ejemplaridad se proyecta sobre el resto de los empleados públicos, particularmente cuando hablamos de altos cargos o directivos que tienen personal a su cargo. Por eso es tan importante que se respete en todo momento la profesionalidad en el desempeño de las tareas de este personal subalterno, evitando, en todo caso, influir

en ellos o en otro alto cargo para que resuelvan en beneficio propio o de su partido, o de su entorno familiar y social inmediato o menoscabando los intereses de terceros. En ese sentido, hay que destacar la importancia del mensaje que con su conducta emite un directivo público al resto de la organización y que sienta los estándares éticos que se interiorizarán rápidamente por todos los que trabajen en ella. Si estos estándares no son demasiado exigentes, no será de extrañar que la exigencia ética del resto de los empleados también se relaje, dado que se habrá sentado una norma aceptable para todos, tal y como explican los psicólogos que han estudiado este tipo de reacciones sociales. Lo que sucede es que, como señala Jonathan Haidt en su obra *La mente de los justos*⁴, toda persona está preocupada con lo que el resto del grupo piense de ella; por eso desafiar los estándares éticos (sean los que sean) de la organización a la que se pertenece es tan complicado.

Mención aparte merece la necesidad de prevenir y gestionar los conflictos de intereses, uno de los problemas más importantes, a mi juicio, que existen en nuestro país en el sector público (y privado) y que muchas veces no son correctamente identificados. Por esa razón, parece que lo más conveniente es que se informe de la existencia de intereses particulares que puedan colisionar con el interés general de manera que sea un órgano externo el que decida sobre el posible conflicto de interés. ¿Pueden los magistrados cobrar por acudir a eventos organizados por personas físicas o jurídicas que tienen interés directo en los juicios en los que van a intervenir? Y si pueden cobrar, ¿cuál es el límite? ¿Pueden acudir con sus parejas con los gastos pagados? ¿Pueden los responsables de un determinado procedimiento acudir a eventos patrocinados por una empresa que tiene interés en el mismo? ¿Puede el encargado de la redacción de una norma administrativa facilitarle la información a un familiar que tiene una empresa afectada por esa regulación? Esas y otras cuestiones son las que debemos plantearnos cuando hablamos de conflictos de intereses.

Como ya hemos señalado, es perfectamente posible que el sistema de integridad se dote de otros códigos específicos destinados a áreas de actuación concretas que deseen adaptar sus compromisos éticos a especiales necesidades, como puede ocurrir en el supuesto de la muy sensible contratación administrativa, identificada claramente como un área de riesgo, o con el otorgamiento de subvenciones. En este sentido, la reciente legislación básica en materia de contratos del sector público ha introducido en nuestro ordenamiento un modelo de contratación inspirado en la integridad, responsabilidad, transparencia y eficiencia contractual reconocido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Lo mismo cabe decir de determinadas organizaciones que consideren que están sujetas a mayores riesgos de este tipo, como puede ocurrir con entidades públicas que han padecido problemas importantes de corrupción o despilfarro. Pensemos en ADIF o Aquamed en el ámbito estatal o en Mercasa en el ámbito autonómico, por poner solo algunos ejemplos.

Claro está que un código ético es papel mojado si no se establece alguna consecuencia para el caso de su incumplimiento. Lo razonable es que este incumplimiento, como ya hemos indicado, sea causa suficiente para la dimisión voluntaria o el cese aquellos funcionarios o empleados que ocupen puestos de libre designación. Puede ocurrir, además, que de incumplirse una obligación establecida normativamente proceda también la iniciación de un procedimiento disciplinario si es que se trata de infracciones administrativas previstas en la normativa vigente de régimen disciplinario de los empleados

⁴ Jonathan Haidt, *La mente de los justos*, Editorial Deusto, 2018.

públicos. En el caso del personal laboral, puede llevar a un despido disciplinario. Además este tipo de conductas pueden y deben de tenerse en cuenta a efectos de incentivos tanto positivos cuando se cumple el código ético (promociones, retribuciones variables) como negativos en caso contrario.

El sistema se completa con la previsión de una serie de herramientas que persiguen garantizar su aplicabilidad y su evaluación. Como primera herramienta se suele establecer la creación de un buzón ético o de denuncias, del que enseguida hablaremos, a través del cual cualquier empleado público puede plantear cuantas dudas, consultas y dilemas éticos les suscite la aplicación del sistema de integridad en general y el código de conducta en particular. Además, habitualmente sirve también de cauce para que tanto los ciudadanos como los empleados públicos puedan comunicar cuantas actuaciones irregulares, inadecuadas o contrarias al marco de integridad observen.

No obstante lo anterior, la redacción detallada de códigos éticos se convierte en papel mojado si no se configura un órgano que garantice el cumplimiento del sistema de integridad Institucional con independencia e imparcialidad. Es un presupuesto de eficacia del sistema contar con órganos destinados a las labores de promoción, prevención, resolución de dudas y consultas, que suelen adoptar la forma de una comisión de ética pública, como órgano de garantía y cierre del sistema. Es esencial que este tipo de órganos o comisiones sean independientes y profesionales para lo que es esencial que en su composición haya una mayoría de expertos externos a la organización o a la Administración correspondiente.

Por último, dado que los códigos éticos son el instrumento fundamental sobre el que pivota el sistema de integridad, es imprescindible realizar las acciones de difusión y formación adecuadas, pues de nada sirve insistir en la redacción de principios, valores y normas de conducta, si no se realizan actuaciones destinadas, por un lado, a que sus destinatarios las conozcan, asuman e interioricen y, por otro, a que canalicen sus dudas, consultas o dilemas éticos sobre lo establecido en los códigos o prevengan sobre posibles incumplimientos. Como ya hemos visto, la interiorización de los principios, de los valores y de las normas de conducta asociadas son una pieza fundamental para el funcionamiento del sistema. De nada servirá redactar extensísimos códigos éticos si aquellas personas a las que se dirigen no los sienten como propios.

4. BUZÓN ÉTICO

Por buzón ético o buzón de denuncias se entiende un canal seguro de comunicación entre la ciudadanía y las instituciones o entre los empleados públicos y su propia institución destinado a informar sobre cualquier conducta que vulnere el código ético. Normalmente se tratará de un canal de comunicación electrónico, que permita las comunicaciones anónimas de forma segura para el alertador o denunciante, sin perjuicio de otros mecanismos presenciales de comunicación que puedan existir. También puede servir como cauce para plantear dudas, consultas o dilemas éticos a la comisión ética de la que hablaremos más adelante.

El buzón puede y debe de recoger las alertas sobre posibles infracciones del ordenamiento jurídico que supongan un perjuicio para el interés general, pero también conductas que atenten contra el buen gobierno o infracciones del código de conducta. Se suelen garantizar unos mínimos requisitos para los alertados o denunciantes, que básicamente consisten en que las personas que lo utilicen puedan realizar su denuncia de

forma segura, de forma que su denuncia sea tratada con total confidencialidad y que su identidad —si así lo desean— no sea revelada en ningún momento ni durante ni tras el proceso, de forma directa o indirecta. Incluso se puede permitir la presentación de denuncias anónimas.

Lógicamente también se exigen unos requisitos a los alertadores o denunciantes, tales como actuar de buena fe (lo que equivale a contar con una creencia razonable sobre la veracidad de los hechos denunciados) y enviar alertas que estén fundamentadas en hechos que puedan ser probados, y no en meras opiniones o especulaciones. Por este motivo se suele exigir que acompañen a sus denuncias la mayor información y documentación posible. Además es exigible que se refieran a hechos de relevancia que afecten a la gestión, el buen gobierno o la integridad del sector público. Por esa razón es perfectamente posible inadmitir aquellas denuncias que no cumplan con estos mínimos requisitos. Sólo si los hechos comunicados tienen apariencia suficiente de veracidad deberá el órgano responsable del buzón realizar las comprobaciones internas permitidas para verificar los hechos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, es importante destacar que en ningún caso las comunicaciones recibidas tendrán la naturaleza de recurso administrativo ni de reclamación ni darán lugar a los derechos correspondientes. No obstante lo anterior, se suele establecer un procedimiento que recoge los trámites a seguir así como un plazo máximo para llegar a una decisión que puede consistir en archivar las investigaciones si se comprueba que no ha existido ningún ilícito penal, acto contrario a derecho o vulneración de los principios de buen gobierno, del código ético o de la normativa aplicable o realizar una recomendación relativa a la conducta ilegal, ilícita o impropia, si se considera que ha existido. Lógicamente, en el caso de que se entienda que puede existir un delito, deberá comunicarse a la fiscalía y en el supuesto de la posible comisión de infracciones administrativas instar la iniciación del correspondiente expediente sancionador.

Es habitual también imponer al personal al servicio de la institución a la que se refiere la denuncia la obligación de facilitar las labores de investigación y de facilitar la información y documentación necesaria para la verificación de los hechos comunicados.

Por último, se suele hacer especial hincapié en que las resoluciones del órgano competente se doten de la adecuada publicidad siempre con respeto a los límites previstos en la LTAIBG y en la normativa de protección de datos de carácter personal, además de las garantías de confidencialidad que son esenciales para proteger a los denunciantes o alertadores de posibles represalias. De hecho, puede considerarse como una de las obligaciones a introducir en un código ético la de no desvelar su identidad en caso de denuncias o alertas.

5. EL ÓRGANO DE SUPERVISIÓN

Como hemos señalado más arriba, es esencial que el sistema de integridad cuente con un órgano de supervisión que con la denominación de Comisión de Integridad, Comisión ética o similar realice una serie de funciones que resultan críticas para el buen funcionamiento del marco de integridad. Son funciones como revisar y actualizar periódicamente el código ético (no olvidemos que estamos ante una materia muy sensible a los cambios) y fomentar su conocimiento general por parte de las personas obligadas en particular pero también de los ciudadanos en general, para que puedan exigir la corres-

pondiente rendición de cuentas en caso de incumplimiento. Además, debe de promover su puesta en marcha efectiva a través de las acciones que considere necesarias.

Por esa razón, corresponde normalmente a este tipo de órganos la promoción de las acciones de formación relacionadas con los principios y valores de los códigos éticos así como la resolución de las consultas que se le puedan plantear por la propia organización o a instancia de cualquier interesado respecto a su contenido o aplicación. Le corresponde también la realización de propuestas y recomendaciones para mejorar su implementación y eficacia

La comisión ética puede ser también el órgano encargado de analizar las quejas o denuncias que se formulen a través del buzón ético y darles el trámite que proceda así como de atender las sugerencias, observaciones o propuestas que se le realicen en relación con el sistema de integridad. Por último, se le suele encargar la realización de un informe anual sobre el grado de cumplimiento del código ético que deberá de tener carácter público.

Lo más importante, a mi juicio, es que la comisión sea capaz de proponer o promover actuaciones concretas en caso de incumplimiento del código ético, ya se trate de dimisiones o ceses o de proponer otras medidas tendentes a garantizar la rendición de cuentas y a reparar el daño causado a los intereses generales. Todo ello, insistimos, sin perjuicio de la remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal si aprecia que además del incumplimiento de las obligaciones incluidas del código ético se han podido cometer delitos o faltas o de dar traslado a las autoridades competentes para la incoación de expedientes sancionadores en el caso de que se apreciara la posible comisión de una infracción administrativa.

Dada la trascendencia de sus funciones para el efectivo cumplimiento de los códigos éticos es esencial garantizar, como hemos dicho, su independencia y su profesionalidad. Por esa razón en los sistemas de integridad más avanzados se tiende a una composición mixta y paritaria de manera que a las personas procedentes de las instituciones públicas se sumen otras externas procedentes de ámbitos profesionales o académicos que tengan la adecuada especialización y conocimiento técnico.

En cuanto al funcionamiento, se suele prever que sea la propia comisión la que apruebe sus propias normas de funcionamiento, rigiéndose supletoriamente por las disposiciones sobre órganos colegiados contenidas en los arts. 15 y ss. de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público. Es importante garantizar la periodicidad de sus reuniones y la publicidad y la transparencia de sus normas de funcionamiento así como de su agenda, actas y decisiones salvando siempre los límites de la LTAIBG.

Sus miembros tienen una serie de derechos y obligaciones a sus miembros; en ese sentido, es importante que guarden la debida confidencialidad sobre la información que reciban y que no hagan declaraciones públicas en tanto no se haya adoptado una decisión sobre las cuestiones de su competencia. Si han recibido una denuncia, deben tener en cuenta la necesidad de garantizar el buen resultado de las investigaciones o los procedimientos que se puedan incoar. Pero también hay que insistir que hay que dar la adecuada publicidad al incumplimiento del código ético puesto que se trata de poner de manifiesto que se ha vulnerado el compromiso público y formal que se manifestó por el alto cargo o empleado público que se adhirió a él lo que supone que pueda exigirse la correspondiente rendición de cuentas.

EL ASESORAMIENTO JURÍDICO DE LA CASA DEL REY

Luis María Cazorla Prieto

SUMARIO: 1. LA FUNDAMENTAL LEGITIMIDAD MONÁRQUICA FUNCIONAL O DE EJERCICIO. 1.1. Planteamiento. 1.2. Muy breve enumeración de los elementos que contribuyen a conformar la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio. 1.3. A título de síntesis conclusiva.—2. LA INCORPORACIÓN DE LAS TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS RECTORES DE LA GESTIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.1. Casa del Rey y sector público. 2.2. Las fuentes de la incorporación de técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas. 2.3. Las materias en las que se han de incorporar las técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas. 2.3.1. Introducción. 2.3.2. Contenido. 2.3.3. Conclusión final.—3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. LA FUNDAMENTAL LEGITIMIDAD MONÁRQUICA FUNCIONAL O DE EJERCICIO

1.1. Planteamiento

En el sentir popular y hasta en su conciencia la monarquía como forma de organización jurídico-política de la Jefatura del Estado es considerada por algunos como un fruto de la historia contrario a ideas que prevalecen hoy^{1,2}, un fruto que, salvo importantes excepciones, es aceptado siempre que el correspondiente titular —el Rey o la Reina— lo «haga bien» —permítaseme esta expresión tan corriente y elemental—, es decir, cumpla

¹ En tal sentido J. OLIVER ARAÚJO, «La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas)», UNED, *Revista de Derecho Político*, número 77, enero-abril 2010, página 39: «La jefatura de Estado vitalicia y hereditaria, esencia de la Monarquía, supone, sin duda, una grave quiebra en el sistema democrático que, por definición, exige que todos los poderes públicos sean de duración limitada y origen electivo. Acceder a la máxima magistratura del Estado teniendo como único mérito haber nacido en una determinada familia en un determinado orden cronológico, supone una evidente ruptura del principio democrático y de la racionalidad política».

Como escribe G. ARIÑO ORTIZ, *La Corona*, Instel, Madrid, 2014, página 28: «Es perfectamente defendible el razonamiento de que las Monarquías son una forma de Estado anticuada, basada en la herencia y en privilegios que no tienen demasiada justificación racional. Su legitimidad nada tiene que ver con el mérito personal, ni con la capacidad, ni con la voluntad o el consentimiento del pueblo, sino con la herencia histórica. Están revestidas de un toque mágico o sagrado, en el que las gentes depositan su confianza y su admiración, sin que sepamos muy bien por qué. La vinculación de las Monarquías con su pueblo es más emocional que racional, un poco infantil incluso, como si se tratase de una protección paternal».

² F. SOSA WAGNER, «Felipe VI y las legitimidades», *El Mundo*, lunes 23 de octubre de 2017, página 21, se refiere a una de estas opiniones en concreto: «En varias ocasiones hemos oído al portavoz de Unidos Podemos realzar su propio respaldo entre los ciudadanos expresado en las urnas para, a renglón seguido, descalificar a Don Felipe VI por “no haber sido elegido”. Aunque la afirmación procede de un político que a veces se manifiesta de forma tan vehemente como infundada, conviene meditar sobre el alcance de su afirmación y el apoyo que le sirve de peana.

»Y que, para no perdernos, se puede formular con gran simplicidad: el único origen del poder en un sistema democrático es el voto cuyo titular es el ciudadano. Es así que el rey en una monarquía hereditaria no ha sido elegido por nadie, luego nadie puede tomarse en serio su autoridad ni su pretendida superioridad institucional. Me propongo demostrar la falsedad de tal afirmación, al menos cuando se la presenta de esta forma superficial y ayuna de matices».

satisfactoriamente sus cometidos^{3,4}. Al hilo de ello, la monarquía no suele despertar grandes entusiasmos ideológicos o conceptuales, y no pocos la aceptan como algo que viene impuesto, algo predeterminado por la historia que debe ser tolerado sin grandes alharacas y hasta con resignación. Como escribe MANUEL ARAGÓN: «La monarquía parlamentaria es un producto histórico... no solo en el Reino Unido, sino también en la Europa continental»⁵, sin perjuicio de los esfuerzos de distintos alcances por racionalizar y juridificar la institución monárquica, como el mismo autor pone de relieve⁶.

Este fenómeno ha desembocado en una disminución de la legitimidad histórica nutrida de fuentes extrajurídicas y en un paralelo reforzamiento de la legitimidad cimentada en el cumplimiento satisfactorio de normas jurídicas, fundamentalmente constitucionales, y, desde un punto de vista temporal, en el relegamiento de lo enraizado en la historia en favor de lo que depare el día a día, esto es, la gestión, sea en momentos normales o excepcionales⁷, cotidiana y los beneficios que ésta reporte a la sociedad concernida⁸. Nos vamos encontrando hoy con el predominio de la legitimidad de ejercicio o funcional, frente a la histórica, más apagada. Como escribe ANTONIO TORRES DEL MORAL: «La monarquía es lo que es, resulta útil, poco importa un privilegio o una ex-

³ Como manifiesta F. SOSA WAGNER, «Felipe VI...»: «Alejémonos pues de los tópicos y preguntemos con sencillez ¿no es bueno que al menos un cargo —de la máxima dignidad— esté sustraído a la contienda electoral? ¿no enseña la experiencia que entre las personas a las que votamos se nos cuela algún que otro botarate? ¿por qué hemos de renunciar a que nos represente el descendiente de una familia llena de blasones (y de miserias como todas las familias), un joven que ha recibido una educación esmerada, habla idiomas y maneja con soltura los cubiertos del pescado? Y por último, ¿ganaríamos algo sustituyendo a Don Felipe por algún personaje de nuestro tablado político? ¿no se ha acreditado este Monarca como sólido defensor de una España democrática y constitucional en sus intervenciones recientes sobre la crisis catalana?».

⁴ Como advierte J. GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad pública*, Alfaguara Grupo Editorial, Madrid, 2014, página 354: «La mayoría de los ciudadanos de una monarquía se calificarían solamente, como mucho, de pragmáticos de la Corona, al medir el valor del trono por los efectos prácticos, positivos o negativos, que proyecta sobre su comunidad política».

⁵ M. ARAGÓN REYES, «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, página 1944.

⁶ M. ARAGÓN REYES, «Monarquía parlamentaria...», páginas 1945 y 1946: «A partir de la segunda mitad del siglo XX algunos países, por ejemplo Suecia (sobre todo) o Dinamarca, han preferido «racionalizar» en parte la situación constitucionalizando por escrito la Monarquía parlamentaria en ciertos aspectos. Otros, como Bélgica u Holanda, han preferido seguir con el modelo inglés de mutaciones. Y otros, bien fuera de Europa, como Japón, o bien dentro de Europa, como España, han optado por constitucionalizar *ex novo*, de modo completo, por escrito, la Monarquía parlamentaria, quizás porque en esos países no se dio la evolución pacífica, «europea», de la Monarquía constitucional a la Monarquía parlamentaria, o porque esa evolución se vio truncada por haberse acomodado la Monarquía no con la democracia sino con el autoritarismo, o por haber desaparecido incluso durante muchos años la propia Monarquía. Cuando aquí se ha instaurado la democracia y se ha querido restaurar o conservar la Monarquía, dictándose Constituciones que ya no son mera norma política sino auténticas normas jurídicas, se ha optado, con toda lógica, por trasladar a la letra de la Constitución el sistema (en otros lugares sólo existente en la práctica) de la Monarquía parlamentaria, que aparece así como el fruto de la norma escrita y no de la costumbre, como tipo «racionalizado» y no ya sólo «histórico» de la Monarquía».

⁷ Como señala G. SORMAN, «La suerte de tener un Rey», *ABC*, lunes 1 de enero de 2018, página 5, con respecto a ciertos momentos excepcionales de la actual vida política española: «Felipe VI, el Rey actual, ya ha legitimado su papel encarnando la unidad de la nación contra el terrorismo, al desfilar en Barcelona entre la multitud. Lo ha legitimado por segunda vez recordando en su discurso de Navidad que España es un país gobernado por una Constitución, sometido a las leyes y no a los hombres. Y ha vuelto a legitimarlo al recordar solemnemente a todos los españoles, catalanes y vasco incluidos, que no hay nada más detestable que la violencia para gestionar disputas políticas».

⁸ Como escribe D. INNERARITY, «Completar la democracia», *El País*, sábado 26 de agosto de 2017, página 9: «Los costes de una institución no democrática (o mejor: no electoral o mayoritariamente democrática) tiene que ser sopesados con los beneficios de salvaguardar ciertos bienes colectivos».

cepción de más o menos. Sobre todo cuando ese privilegio queda menguado por la correlativa pérdida de poder político por el monarca»⁹.

Afirmado lo anterior, el matiz es insoslayable, como casi siempre.

Repito que, en mi parecer, la legitimidad funcional o de ejercicio tiende a ser la marcadamente prevaleciente en las sociedades contemporáneas que cuenten con un monarca a la cabeza de la jefatura del Estado.

Pero la monarquía como organización de la máxima autoridad estatal cuenta con aliados que, sin perjuicio de la importancia mayúscula de la legitimidad funcional o de ejercicio, contribuyen a complementarla y a sumar muchos ingredientes a la legitimidad monárquica.

Para abordar lo que acabo de apuntar, abandonemos el terreno de las simplificaciones conceptuales, tan dadas en los tiempos que corren, para adentrarnos en otros menos tangibles que el del quehacer diario, menos pegados a la realidad que nos abrumba de jornada a jornada.

Recordemos que el monarca como jefe del Estado tiene auctoritas conferida por la historia, y cuenta con el simbolismo que su presencia entraña e incluso con su condición de elemento moderador y arbitral, todo ello reflejado en el artículo 56.1 de la Constitución de 1978.

JOSÉ LUIS CASCAJO ha expuesto quintaesenciadamente lo que entraña la auctoritas frente al imperium remontándose a su origen romano. Como recuerda este profesor: «La misma República, para evitar los excesos de poder de quienes ostentaban «imperium», inventó, dentro de un delicado equilibrio, un nuevo concepto de poder de nombre «auctoritas». El Senado fue el destinatario público de este poder. Auctoritas expresa una realidad inalterada en el curso de la historia clásica. Tiene que ver con «augeo» y expresa aumento, refuerzo, peso, de donde se desprende reconocimiento, prestigio, autoridad, moral en el titular de tal poder»¹⁰. Pues bien, como escribe PEDRO GONZÁLEZ-TREVIJANO: «No obstante la progresiva desaparición de la *potestas* de las monarquías, en la Corona se ha visto suavizada con el prestigio de su *auctoritas*»¹¹.

La auctoritas, en el sentido romano que señala JOSÉ LUIS CASCAJO, se ve muy favorecida por la concurrencia de otros factores solo predicables en máxima expresión de la monarquía como jefatura de Estado. En efecto, como escribe PEDRO DE VEGA: «Decía Kantorowicz (*The King's Two Bodies. A Study of Medioeval Theology*), el más penetrante analista de la evolución de la institución real, que no es posible un entendimiento cum-

⁹ A. TORRES DEL MORAL, «Monarquía, democracia y opinión pública», *Monarquía y Constitución (I)*, Colex, Madrid, 2001, página 571.

¹⁰ J. L. CASCAJO, «Materiales para el estudio de la figura del jefe del Estado en el sistema político español», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, número 5, 1993, página 45.

¹¹ P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «La Corona», *La Ley*, número 7072, 9 de diciembre de 2008, página 4. En el mismo sentido se pronuncia este autor en El refrendo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Boletín Oficial del Estado*, 1998, página 98.

Como señala este mismo autor en *El discurso que me gustaría hacer*, Trotta, Madrid, 2009, página 150: «Es verdad que en las monarquías parlamentarias —las únicas compatibles con los sistemas democráticos— el rey reina, pero no gobierna. Esto es, los monarcas carecen de poderes ejecutivos, es decir, de *potestas*. Unos regímenes constitucionales donde es el Parlamento —quien legisla—, el Gobierno —quien dirige la política del Estado— y los jueces —quienes administran justicia—, pero donde las monarquías gozan no obstante de *autoritas*. Una *autoritas* que justifica su presencia, explica la adhesión y augura su pervivencia. Y es que la función de la Corona —nos recuerda Sabino Fernández Campo— como «símbolo de la unidad y permanencia nacional, en tanto que poder moderador y arbitral del funcionamiento regular de las instituciones y como máxima representación de España en el extranjero», así lo confirma. Unas monarquías, pues, perennes».

plido de esta institución eludiendo los elementos alegóricos que se generan en su seno, y prescindiendo de los componentes simbólicos que en última instancia la definen»¹².

El factor simbólico, presente en el sentir popular y en la política en general, desempeña un papel importante en la legitimación monárquica¹³. MANUEL ARAGÓN se hace eco de ello con tino: «Reinar significa algo más que ser el Jefe del Estado y por ello un órgano de participación necesaria en los actos estatales más importantes. También significa desplegar una función simbólica que se deriva no de ser el Jefe del Estado, sino de ser el monarca, y que se manifiesta por las capacidades de la Corona como símbolo de integración histórica, social, territorial, cultural y política del Reino»¹⁴. «El Rey es —entiende MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN—, siguiendo la literalidad de la Constitución, un símbolo y ello exige definir lo que se entiende por tal. El símbolo es aquel elemento de la realidad en la que, mediante imágenes, se expresan no solo conocimientos, sino sentimientos, y en virtud del cual se tiene acceso a un orden distinto, difícil cuando no imposible de alcanzar por otras vías»¹⁵.

«Apelando a esa dimensión simbólica —añade PEDRO DE VEGA—, consagró con acierto nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 56.1 de la Constitución, la figura del Rey, no sólo “como Jefe de Estado”, sino, además, “símbolo de su unidad y permanencia”, haciendo suyo, de este modo, el viejo aforismo de la tradición inglesa, según el cual, “el Rey no puede hacer el mal” (the King can do no wrong). Porque el Rey es un símbolo, y los símbolos no yerran, “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad” (art. 56.3)»¹⁶.

¹² P. DE VEGA, «El Rey, Jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia», VII Jornadas de Derecho Parlamentario, La Monarquía Parlamentaria (título II de la Constitución), marzo, 2001, página 65. Con carácter general sobre el Rey como símbolo puede consultarse, entre otros, a A. TORRES DEL MORAL, en «Monarquía, democracia...», páginas 559 y siguientes, y en «La monarquía parlamentaria como forma política del Estado español», en su *Corona y la Monarquía española en la Constitución de 1978*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1985, páginas 56 y siguientes.

¹³ Afirma en este sentido J. GOMÁ LANZÓN, «Ejemplaridad pública», Alfaguara, Madrid, 2014, página 356: «Hay muchos símbolos políticos —bandera, himno, escudo— pero el principal de ellos es la Corona, que es un símbolo personal. En ella, lo simbolizado presenta la mayor seriedad: la unidad y permanencia del Estado. Pero esa carga de sentido político se materializa en lo más doméstico y cotidiano que pueda imaginarse: una familia. Si el símbolo reclama como parte de su esencia el sustrato sensible y concreto que le da soporte, la Corona radicaliza esta característica hasta el extremo de la personalización».

Añade F. BARRIOS, «Símbolos y ceremonias reales en la monarquía de España», en *El Rey historia de la monarquía*, volumen II. Fundación Rafael del Pino, Editorial Planeta, Barcelona, 2008, página 237: «El Diccionario de la Real Academia Española define *símbolo* en su primera acepción como «Representación sensorialmente perceptible de la realidad en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada». Dicha realidad cobra especial significación en la manifestación externa de los poderes públicos y en que, efectivamente, como dice Abeles: La actividad política es siempre actividad simbólica».

Un enfoque muy general sobre la legitimidad monárquica simbólica puede encontrarse en A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, «La simbología de La Corona en los pueblos indoeuropeos», en *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983, páginas 199 y siguientes.

¹⁴ M. ARAGÓN REYES, «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, número 70, enero-abril, 2004, páginas 14 y 15.

¹⁵ M. HERRERO DE MIÑÓN, «La posición constitucional de la Corona», en *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991, página 1930.

F. RUBIO LLORENTE, «La Corona», 7.^{as} Jornadas de Derecho Parlamentario, marzo de 2001, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2001, página 38, se refiere a la Corona como «objeto mágico y símbolo de poder».

¹⁶ P. DE VEGA, «El Rey...», página 65:

«Como toda monarquía —apostilla F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «La Corona», seminario sobre Constitución e instituciones españolas, Escuela Diplomática, Madrid, 2010, página 30— la nuestra tiene una legitima-

Sin embargo, la auctoritas no se alimenta solo del simbolismo en sus distintas vertientes. Se alimenta también de funciones que se atribuyen al Rey como jefe del Estado en el artículo 56.1 de la Constitución. La auctoritas del Rey es abonada, pues, con la unidad y permanencia que simboliza, con el funcionamiento regular de las instituciones que modera y arbitra¹⁷, y con la alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de nuestra comunidad histórica. Todas estas son funciones difusas, pero de ejercicio latente y hasta patente en beneficio de la legitimidad monárquica. En este sentido puntualiza JOSÉ LUIS GÓMEZ-DÉGANO que «nuestra Ley Suprema reglamenta, sin duda, un régimen monárquico parlamentario racionalizado, en el que se asigna a la magistratura regia una serie de funciones o competencias definidas, netamente jurídicas, con la virtualidad necesaria y suficiente para asegurar el sostenimiento del sistema y el funcionamiento regular de las instituciones. Mas ni la racionalización agota el contenido de las relaciones del complejo entramado del Estado, ni puede llevarse más allá de los límites queridos por la Constitución»¹⁸. A su vez, PEDRO GONZÁLEZ-TREVIJANO sazona la literalidad de los preceptos constitucionales referidos al Rey con las siguientes consideraciones que pueden conectarse con lo que he llamado factor simbólico: «A diferencia de lo sucedido en algunos de los Estados vecinos, el papel de la monarquía en nuestro Derecho no puede circunscribirse, pues quedaría limitado al puro cotejo de las particulares disposiciones de las competencias atribuidas en nuestras Constituciones. Lejos de ello, la española —también sucede con otras instituciones y poderes (la Iglesia o el Ejército)— se halla más allá de lo en ellas formulado. La realidad constitucional no es semejante a la realidad política. La realidad política en demasiadas ocasiones, y además de manera exagerada, lo que postulan los preceptos constitucionales. O, para ser más exactos, la letra de nuestros documentos constitucionales no es capaz de circunscribir la realidad política constitucional»¹⁹.

El principio hereditario es también destacable en el capítulo de la legitimidad monárquica. Como afirma JAVIER CREMADES: «Si las ventajas de la monarquía quieren ser reconocidas, también habrá que constatar que una buena parte de ellas se derivan de su carácter hereditario. Esta es la base y el presupuesto necesario tanto de la imparcialidad como de la continuidad que le han de ser propias, y, con ellas, de su capacidad de moderación y arbitraje»²⁰.

El principio hereditario aporta notables ingredientes a la legitimidad monárquica al ofrecer al funcionamiento del Estado independencia de los partidos y grupos políticos

ción tradicional, histórica, reflejada en esa referencia a la «dinastía histórica» y en otras contenidas en el articulado. Lo que la justifica no es una expresión regular de confianza popular, a través de una elección por ejemplo, sino esta continuidad secular, que determina una aceptación tácita y cotidiana por el país».

¹⁷ Señala M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES: «De nuevo sobre la posición constitucional del Rey», Intervención en el curso de verano de la Universidad Complutense «La Monarquía española hoy», San Lorenzo del Escorial, a 7 de julio de 1995: «Volviendo a la cláusula de arbitraje y moderación del funcionamiento regular de las instituciones, carecería de sentido si fuera estrictamente nominal, aunque su efectividad debe subordinarse en el día a día de la actuación regia a la Constitución y las leyes».

¹⁸ J. L. GÓMEZ-DÉGANO CEBALLOS ZÚÑIGA, «La Corona en la Constitución española de 1978», en Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, volumen 2, página 1500.

¹⁹ P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «El papel del Monarca en las Constituciones de los siglos XIX y XX», en *El Rey. Historia de la monarquía*, Grupo Planeta, 2008, volumen II, páginas 316 y 317.

²⁰ J. CREMADES GARCÍA, «Efectos del principio hereditario en las funciones moderadora, arbitral y simbólica del Rey», *Estudios sobre la monarquía*, Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coordinadores), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995, página 207.

por la forma de acceso, imparcialidad favorecida por lo anterior²¹, y estabilidad en cuanto que despeja las incógnitas sobre un elemento fundamental de la organización del Estado.

Visto lo anterior, el simbolismo como aroma beneficioso que empapa las funciones constitucionalmente conferidas al Rey en el artículo 56.1 de nuestro texto constitucional y el principio hereditario como cimiento de la independencia, imparcialidad y estabilidad son factores que indudablemente contribuyen a la legitimación de las monarquías en este primer tercio del siglo XXI²². Mas lo más determinante para que la legitimación monárquica sea sólida y aceptable es la funcional o de ejercicio. Es decir, lo esencial para lograr la legitimación es, en mi criterio, que el Rey cumpla y con acierto las tareas que el referido precepto constitucional proclama. No es discutible que, para conseguirlo, los elementos simbólicos y hereditarios complementan y favorecen, pero lo sustancial es el modo cómo el monarca desarrolle su quehacer diario y la aceptación de ello por la sociedad²³.

1.2. Muy breve enumeración de los elementos que contribuyen a conformar la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio

La impecabilidad jurídica en el desempeño de sus funciones, la impecabilidad económica, el estilo acomodado a los tiempos reinantes y la ejemplaridad personal son elementos fundamentales que contribuyen a conformar la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio²⁴.

²¹ F. SOSA WAGNER, «Felipe VI...», se pregunta entreverando la funcionalidad funcional o de ejercicio con la hereditaria y con la heredada posada en el actual panorama español: «¿Ganaríamos algo sustituyendo a Don Felipe por algún personaje de nuestro tablado político? ¿no se ha acreditado este Monarca como sólido defensor de una España democrática y constitucional en sus intervenciones recientes sobre la crisis catalana?».

²² M. ARAGÓN REYES, «La monarquía parlamentaria», Cuadernos de Alzate, *Revista Vasca de la Cultura y de las Ideas*, año 2018, número 50-51, página 321, señala al respecto: «Como es bien sabido, la estricta legitimación racional o legal no es bastante por sí sola para mantener estable y unida a una comunidad política. Necesita también de legitimación simbólica, lo que en las repúblicas democráticas se fomenta a través de mecanismos de socialización política. Esos mecanismos pueden actuar con más fuerza, creo, en las monarquías con democracia, dada la alta capacidad de legitimación simbólica que puede desplegar la propia monarquía. Siempre, claro está, que la monarquía, con su ejecutoria ejemplar, se haga acreedora del favor popular. Porque, en el fondo, el Estado democrático (aun con la forma política de monarquía) sólo se sostiene si confían en él los ciudadanos».

²³ Como escribe I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «40 años de monarquía parlamentaria», *ABC*, La Tercera, domingo 21 de octubre de 2018: «La Corona ha sumado a una legitimidad constitucional tan potente como la que aquí he descrito una legitimidad de ejercicio nacida del cumplimiento escrupuloso de los límites en sus funciones y del compromiso sin reservas con los valores constitucionales».

Añade T. BURNS MARAÑÓN, «La Monarquía necesaria», *Expansión*, lunes 22 de octubre de 2018, página 55: «El reto, por lo tanto, consiste en configurar a la Corona como una institución que, además de ser la cúspide de una categorización constitucional, es una entidad que es bienvenida porque se entiende como saludable y necesaria. Este desafío asumido con paciencia y con tesón no debería ser insuperable cuando se multiplican actuaciones y actitudes bochornosas».

En suma, como afirma J. J. LABORDA, «La monarquía parlamentaria. ¿Más auctoritas y menos potestas?», Cuadernos de Alzate, *Revista Vasca de la Cultura y de las Ideas*, año 2018, número 50-51, página 324: «Las monarquías europeas contemporáneas, precisamente porque estamos entrando en una nueva era histórica, se justifican como forma política del Estado debido a que garantizan perfectamente dos elementos fundamentales de las democracias representativas: primero, la legitimidad del sistema político; segundo, la vigencia y profundización del Estado de derecho».

²⁴ Para más detalle al respecto puede consultarse mi libro *Legitimidad monárquica y gestión económica de la Corona*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, páginas 31 y siguientes.

1.3. A título de síntesis conclusiva

A título de síntesis y con modos conclusivos, la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio es fundamental en las sociedades contemporáneas. Lo cual no obsta para que la hereditaria, la histórica y la simbólica contribuyan a reforzarla.

La legitimidad monárquica analizada es compleja y como tal nutrida de distintos ingredientes. Ante todo, la nutren el cumplimiento impecable de la Constitución y el ordenamiento jurídico en general. También forman parte de ella el estilo con las características comentadas y la ejemplaridad reforzada.

Elemento señero de la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio es la pulcra gestión económica de todo lo que concierne al monarca tanto en su vertiente pública como en la privada. Esta afirmación, que solo ha sido apuntada sin dar un paso más, constituye el engarce con la segunda parte y corazón de este ensayo.

Todas estas consideraciones pueden condensarse al máximo acudiendo a la opinión de una persona tan caracterizada como SABINO FERNÁNDEZ CAMPO, que consideraba la monarquía «como medio y no como fin»²⁵.

2. LA INCORPORACIÓN DE LAS TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS RECTORES DE LA GESTIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2.1. Casa del Rey y sector público

Escribe LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO que «a raíz de la promulgación de la Constitución existen en nuestro ordenamiento varias «organizaciones estatales no administrativas», según una feliz expresión de SANTAMARÍA PASTOR; esto es, complejos orgánicos que sin duda pertenecen al Estado, pero que no se insertan en las distintas Administraciones públicas. Pensemos, por ejemplo, en la Corona...»²⁶.

Como «aparato de apoyo administrativo a la Corona»²⁷, el artículo 65.2 de la Constitución se refiere a la «Casa» del Rey²⁸.

²⁵ S. FERNÁNDEZ CAMPO, «La función real en España», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año XLVII, número 72, curso académico 1994/1995, Madrid, 1995, página 117: «La Monarquía en España siempre se consideró como medio, no como fin. Los tratadistas defendían la institución monárquica como la mejor forma de gobierno. Era un sistema que largos siglos de historia acreditaron como idóneo. Los españoles nunca fueron adoradores de la persona física del Rey». Un claro ejemplo entre muchos de esta visión la encontramos explícitamente en JUAN DE MARIANA, *Del Rey y de la Institución real*, en los capítulos II, III y IV del tomo I de la edición de Publicaciones españolas, Madrid, 1961.

²⁶ L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «El régimen jurídico de la Casa del Rey», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, número 6, septiembre-diciembre de 1982, página 115.

Sobre los antecedentes históricos de la Casa del Rey puede consultarse, entre otros, a M.^a D. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Casa del Rey y la Casa de la Reina en la monarquía liberal contemporánea», en *El Rey, historia de la monarquía*, volumen II, Grupo Planeta, 2008, páginas 259 y siguientes.

²⁷ L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «El régimen jurídico de la Casa del Rey», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, número 6, septiembre-diciembre de 1982, página 117.

²⁸ La regulación actual de la Casa del Rey está contenida en el Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo. Este Real Decreto ha sido objeto de varias modificaciones, la última de ellas contenida en el Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto.

Como señala L. VACAS GARCÍA-ALÓS, *La Administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el Derecho Constitucional Español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, página 91: «Se constitucionaliza así la Casa del Rey como institución administrativa al servicio de la Corona».

Sin perjuicio de las funciones «internas y privadas que conciernen a la persona del Rey y a su familia, a su vida privada, normal, a su ámbito doméstico»²⁹, señala JAVIER CREMADES, «la Casa de S.M. el Rey tiene una misión principal que es asistir al Monarca en cuantas actividades se deriven del ejercicio de sus funciones como Jefe del Estado. Por ello, las funciones principales de la Casa son aquellas políticas, administrativas y económicas de carácter público y oficial»³⁰.

La Casa del Rey, por ende, se constituye en el instrumento administrativo del que éste se sirve para el desarrollo de sus funciones constitucionales y en el que se apoya para el desarrollo de las actividades propias de su reducido ámbito personal.

Con acierto MARTÍN BASSOLS atribuye a la Casa del Rey la naturaleza de institución administrativa³¹. «Dos consideraciones apoyan, inicialmente, este punto de partida —señala este autor—. La consideración, en primer lugar, de la Corona en nuestra Constitución como un órgano constitucional... en cuyo seno se hace preciso el desarrollo de una actividad administrativa al servicio de las funciones propiamente constitucionales, y que se conecta a la existencia de un núcleo instrumental de gestión interna en el orden material, presupuestario y personal... Al propio tiempo, el término institución administrativa resulta adecuado si se tiene en cuenta el desbordamiento actual del concepto de Administración pública y de su actividad, pues si inicialmente su encuadramiento subjetivo en el seno del poder ejecutivo constituía su nota constitutiva más significativa y definitoria, hoy cabe apreciar una revalorización del concepto objetivo de función administrativa, precisamente por su presencia en el seno de diversos órganos constitucionales y otras organizaciones públicas no propiamente encuadradas en el poder ejecutivo»³². En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/1984, de 28 de noviembre (RTC 1984/112), estimó que la Casa del Rey «es una organización estatal, pero que no se inserta en ninguna de las Administraciones Públicas», y se refirió a «la nítida separación de la organización de la Casa Real respecto de las Administraciones Públicas, con fundamento constitucional en el art. 65 de la Constitución».

En pocas palabras, la Corona dispone a su servicio, con el alcance funcional apuntado someramente, de un aparato que cumple funciones administrativas de naturaleza equivalente desde un punto de vista material, salvadas las distancias y con todos los matices que se quiera, a las que las Administraciones desarrollan en el sector público.

Por otro lado, las técnicas materiales y formales que se han ido implantando en las Administraciones públicas en sentido estricto se han ido perfeccionando con el transcurso de los años, y, por contar con identidad de naturaleza y fundamento, todo abona

²⁹ J. CREMADES GARCÍA, *La Casa de S.M. el Rey*, Civitas, Madrid, 1998, página 48.

³⁰ J. CREMADES GARCÍA, *La Casa de S.M. el Rey*, Civitas, Madrid, 1998, página 48.

³¹ M. BASSOLS COMÁ, «Instituciones administrativas al servicio de la Corona», *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, página 893, y en *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, páginas 152 y siguientes.

Como afirma J. CREMADES GARCÍA, «Los fundamentos históricos y dogmáticos de la Casa del Rey y del Bundespräsidialamt: un estudio comparativo», *Revista de Derecho Político*, número 35, 1992, página 152: «La Casa del Rey es una organización estatal no insertada en ninguna de las Administraciones públicas. Así lo constata unánimemente la doctrina y la jurisdicción constitucional al respecto....se trata, pues, de una organización estatal no administrativa, un complejo orgánico de naturaleza pública no integrado en la Administración».

En el mismo sentido M.^a V. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, «Bienes del Estado al servicio de la Corona», en *Monarquía y Constitución I*, director A. TORRES DEL MORAL, Colex, Madrid, 2001, página 306, considera que la Casa del Rey «se inserta en el ámbito de las instituciones administrativas».

³² M. BASSOLS COMÁ, «Instituciones administrativas al servicio de la Corona», *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983, páginas 893 y 894.

que, sin perjuicio de particularidades justificadas, se vayan extendiendo al resto del sector público no incluíble dentro de las Administraciones públicas en sentido estricto, como es la Casa del Rey.

2.2. Las fuentes de la incorporación de técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas

La conclusión a la que conduce la argumentación desplegada en el apartado anterior es clara: vista la identidad de naturaleza existente y que las técnicas y procedimientos implantados en el campo de las Administraciones públicas, fruto de su desarrollo a lo largo del tiempo, son los más adecuados, aplíquense también tales técnicas y procedimientos a la organización administrativa al servicio directo de la Corona, es decir, a la Casa del Rey.

Observadas solo así las cosas, desembocaríamos en la integración o incorporación sin más a la Casa del Rey de técnicas y procedimientos propios de las Administraciones públicas. Sin embargo, el criterio que pretendo formular para la gestión económica del complejo administrativo al servicio del monarca no es el de la aplicación directa sin más. Postulo, por el contrario, el de la incorporación por la vía de la autonomía organizativa o de la heteronomía normativas, según los casos, de las técnicas y procedimientos rectores de la mejor gestión del sector público, generados y perfeccionados sustancialmente en el seno de las Administraciones públicas en sentido estricto³³.

La defensa de la pauta de la incorporación y no la de aplicación sin más nace de que tal incorporación de técnicas y procedimientos administrativos predicables de todo el sector público tiene que verse atemperada por las exigencias del principio de autonomía institucional que se refleja principalmente en el artículo 65 de la Constitución. En tal sentido MARTÍN BASSOLS, al referirse a la actividad administrativa al servicio de la Corona concretada «en la existencia de un núcleo instrumental de gestión interna en el orden material, presupuestario y personal», añade atinadamente con respecto a tal núcleo, «que reclama su autonomía institucional en paralelismo con los demás órganos constitucionales en materias análogas»³⁴.

Mas, la autonomía institucional que hay que atribuir a la Corona en la organización administrativa que la acompaña concierne fundamentalmente a los cauces de incorporación de los procedimientos y técnicas administrativos después analizadas con detalle. No concierne a la necesidad, muy conectada con la legitimidad monárquica funcional o de ejercicio, de incorporar unos y otras a la gestión económica de la organización administrativa al servicio de la Corona.

Dicho de otra manera, las fuentes que regulen los procedimientos y técnicas administrativos han de ser las que encarnen el principio de autonomía organizativa. Ahora

³³ En este sentido escribe M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, «Dotación de la Corona y Casa del Rey», Séptimas Jornadas de Derecho Parlamentario, marzo de 2001, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2001, página 440: «No puede olvidarse que existe un órgano constitucional, el Jefe del Estado, que para formar su voluntad y expresarla actúa por sí, sin delegación posible. En tal necesaria actuación, que se explica *per se*, como ejercicio de competencias por un órgano constitucional, precisa organización y medios materiales, cuestión que puede resolverse bien mediante la utilización de otras organizaciones administrativas estatales, como la Administración, bien mediante una organización de servicio autónoma. Es claro que el artículo 65 opta por la segunda solución».

³⁴ M. BASSOLS COMÁ, «Instituciones administrativas...», página 894.

bien, estas fuentes en el ejercicio de su función de creación jurídica han de ajustarse en cuanto al contenido sustancial a la pauta o criterio que defiendo: la de la incorporación de los procedimientos y técnicas rectores de la gestión del sector público, y, por tanto, de su gestión económica, que se encuentran desarrollados principalmente en el campo de la Administración del Estado.

Sentado lo anterior, procedo a estudiar el grado de implantación de esta pauta en la organización administrativa al servicio del Rey.

2.3. Las materias en las que se han de incorporar las técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas

Sin perjuicio de que pueda haber otras, son materias en las que la incorporación de técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas debe estar presente el Presupuesto de la Casa del Rey, el personal de la Casa del Rey, la contratación, la asistencia en materia comercial y, por fin, el asesoramiento jurídico.

Del asesoramiento jurídico en particular paso a ocuparme³⁵.

2.3.1. Introducción

2.3.1.1. En materia del asesoramiento jurídico a la Casa del Rey la pauta de incorporación de las técnicas y procedimientos propios del sector público se cumple satisfactoriamente tras el desarrollo del marco jurídico general por disposiciones organizativas internas, de las que son cumplido reflejo. Los criterios de actuación» de los miembros de la Familia Real y de las actividades de S.M. el Rey aprobados por Felipe VI el 24 de junio de 2014, muy pocos días después de su entronización, que fue el 19 de junio de ese mismo año.

Lo que llamo marco jurídico general está constituido en esta materia por los párrafos primero y tercero del artículo 13.2 del Real Decreto 434/1988, de 6 de mayo, conforme la redacción que le ha dado el artículo único 9 del Real Decreto 772/2015, de 28 de agosto, donde se lee: «Asimismo, y para evitar en cuanto sea posible la creación en la Casa de S.M. el Rey de órganos con funciones paralelas a las de la Administración del Estado... la Casa de S.M. el Rey podrá también suscribir convenios de colaboración en el ámbito de la Administración General del Estado».

Los criterios de actuación analizados transforman atinadamente esta posibilidad, «podrá» dice la norma reglamentaria, en realidad siguiendo la pauta invocada en líneas iniciales de este epígrafe.

En el apartado 2.3 de los criterios de actuación se manifiesta y se determina lo siguiente: «La Casa de S.M. el Rey debe contar con el oportuno asesoramiento jurídico que asegure que su autoridad se ajuste en todo momento a la ley. Dada la naturaleza de la Casa, se considera que su asesoramiento jurídico debe acomodarse al mismo sistema que siguen las entidades o los organismos públicos preservándose, en todo caso, la independencia de criterio jurídico.

³⁵ Sobre las materias en las que se han de incorporar las técnicas y procedimientos implantados en las Administraciones públicas al margen del asesoramiento jurídico, puede consultarse mi libro *Legitimidad monárquica...*, página 51 y siguientes.

»Con la finalidad expuesta se formalizará antes del 31 de diciembre de 2014 un Convenio de Colaboración con la Abogacía General del Estado para que el asesoramiento jurídico ordinario y permanente de la Casa se lleve por sus Servicios Jurídicos».

Estamos ante una acertada decisión basada en la pauta de aplicación a la Casa del Rey de métodos y procedimientos propios del sector público, de modo que «su asesoramiento jurídico debe acomodarse al mismo sistema que siguen las entidades o los organismos públicos. Con ello, además, se fortalece «la independencia del criterio jurídico» y se huye de la parcialidad o de los criterios personales y subjetivos a la hora de afrontar un servicio tan importante como el jurídico.

2.3.1.2. Al abrigo de todo lo anterior se firmó el 18 de septiembre de 2014 un «convenio de asistencia jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y la Casa de su Majestad el Rey»

Firmado por el jefe de la Casa de su Majestad el Rey y la abogado general del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado, se justifica en que «la Casa de su Majestad el Rey está interesada en que el Servicio Jurídico del Estado le preste asistencia jurídica, con la misma extensión y en los mismos términos en que se lo proporciona al Estado, lo que requiere la celebración de un convenio que contemple la prestación de la asistencia jurídica consultiva y, en su caso, la coordinación de los procesos judiciales de que se trate». Aclaran las cláusulas primera, tercera y cuarta del Convenio que estos servicios se prestarán por los abogados del Estado en activo integrados en el Servicio Jurídico del Estado, con los que la Casa del Rey no mantendrá relación laboral.

2.3.2. Contenido

En cuanto al contenido de la asistencia jurídica acordada, la cláusula segunda del Convenio dispone que comprenderá: «El asesoramiento jurídico sobre cualquier cuestión o materia que afecte tanto al ejercicio de las funciones de la Casa de Su Majestad el Rey, como a su estructura, organización o funcionamiento. En la emisión de informes en Derecho y demás actuaciones consultivas, los Abogados del Estado actuarán según su leal saber y entender, con sometimiento pleno a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Forma parte también de este contenido: «La coordinación, en su caso, de todos los procedimientos judiciales en los que la Casa de Su Majestad el Rey o cualesquiera órganos de su estructura fueran parte, informándole puntualmente de su existencia y periódicamente de su estado de tramitación y de todas las cuestiones que, respecto de los mismos, se susciten».

«Todo ello —se puntualiza— sin perjuicio del ejercicio de las funciones de representación y defensa de la Casa de Su Majestad el Rey ante cualesquiera jurisdicciones y órdenes jurisdiccionales, que corresponde a la Abogacía del Estado por ministerio de la ley, en los mismos términos previstos para la asistencia jurídica a la Administración General del Estado».

El Convenio tiene naturaleza administrativa (cláusula sexta). Su duración es de un año y se «entenderá prorrogado tácitamente, si no hay denuncia expresa de cualquiera de las partes comunicada a otra con la antelación de un mes» (cláusula quinta).

Por último, el equilibrio entre la pauta de incorporación de técnicas y procedimientos propios del sector público y la autonomía organizativa de la Casa del Rey consagrada

en el artículo 65 de la Constitución da pie a que, a tenor del párrafo primero de la cláusula tercera: «No obstante lo dispuesto en la cláusula anterior —la que fija el contenido del Convenio—, la Casa de su Majestad el Rey se reserva la facultad de ser asesorada por un abogado que designe libremente, en todos y cada uno de los asuntos que estime pertinente».

2.3.3. *Conclusión final*

La firma del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Administración General del Estado y la Casa de Su Majestad el Rey merece elogios y constituye un notable avance en la incorporación de técnicas y procedimientos propios de las Administraciones públicas a aquella. Supone también un paso significativo en la mejora de la gestión en sentido amplio de la organización administrativa que secunda al monarca en el ejercicio de sus funciones constitucionales, y como tal redundará en beneficio de la legitimación monárquica funcional o de ejercicio, evitando situaciones delicadas que pueden ser semillero de acusaciones de amiguismo en un campo tan destacado como es el del asesoramiento jurídico.

3. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, «La simbología de La Corona en los pueblos indoeuropeos», en *La Corona y la monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1983.
- A. TORRES DEL MORAL, «Monarquía, democracia y opinión pública», *Monarquía y Constitución (I)*, Colex, Madrid, 2001.
- D. INNERARITY, «Completar la democracia», *El País*, sábado 26 de agosto de 2017.
- F. BARRIOS, «Símbolos y ceremonias reales en la monarquía de España», en *El Rey, historia de la monarquía*, volumen II. Fundación Rafael del Pino, Editorial Planeta, Barcelona, 2008.
- F. RUBIO LLORENTE, «La Corona», 7.^{as} Jornadas de Derecho Parlamentario, marzo de 2001, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2001.
- F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «La Corona», seminario sobre Constitución e instituciones españolas, Escuela Diplomática, Madrid, 2010.
- F. SOSA WAGNER, «Felipe VI y las legitimidades», *El Mundo*, lunes 23 de octubre de 2017.
- G. ARIÑO ORTIZ, *La Corona*, Instel, Madrid, 2014.
- G. SORMAN, «La suerte de tener un Rey», *ABC*, lunes 1 de enero de 2018.
- I. ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, «40 años de monarquía parlamentaria», *ABC*, La Tercera, domingo 21 de octubre de 2018.
- J. CREMADES GARCÍA, «Efectos del principio hereditario en las funciones moderadora, arbitral y simbólica del Rey», *Estudios sobre la monarquía*, Antonio Torres del Moral y Yolanda Gómez Sánchez (coordinadores), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1995.
- J. CREMADES GARCÍA, *La Casa de S.M. el Rey*, Civitas, Madrid, 1998.
- J. CREMADES GARCÍA, «Los fundamentos históricos y dogmáticos de la Casa del Rey y del Bundespräsidialamt: un estudio comparativo», *Revista de Derecho Político*, número 35, 1992.

- J. GOMÁ LANZÓN, *Ejemplaridad pública*, Alfaguara, Madrid, 2014.
- J. J. LABORDA, «La monarquía parlamentaria. ¿Más auctoritas y menos potestas?», Cuadernos de Alzate, *Revista vasca de la cultura y de las ideas*, año 2018, número 50-51.
- J. L. CASCAJO, «Materiales para el estudio de la figura del jefe del Estado en el sistema político español», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, número 5, 1993.
- J. L. GÓMEZ-DÉGANO CEBALLOS ZÚÑIGA, «La Corona en la Constitución española de 1978», en *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, volumen 2.
- J. OLIVER ARAÚJO, «La reforma constitucional de la Corona (una propuesta radical y diez moderadas)», UNED, *Revista de Derecho Político*, número 77, enero-abril 2010.
- L. M.^a CAZORLA PRIETO, *Legitimidad monárquica y gestión económica de la Corona*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2018.
- L. M.^a DÍEZ-PICAZO, «El régimen jurídico de la Casa del Rey», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, número 6, septiembre-diciembre de 1982.
- L. VACAS GARCÍA-ALÓS, *La Administración de la Casa del Rey y su control jurisdiccional en el Derecho Constitucional Español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- M. ARAGÓN REYES, «Monarquía parlamentaria y sanción de las leyes», *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- M. ARAGÓN REYES, «Veinticinco años de monarquía parlamentaria», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, número 70, enero-abril, 2004.
- M. BASSOLS COMÁ, «Instituciones administrativas al servicio de la Corona», *Revista de Administración Pública*, números 100-102, enero-diciembre de 1983.
- M. BASSOLS COMÁ, *La Corona y la Monarquía parlamentaria en la Constitución de 1978*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1983.
- M.^a D. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Casa del Rey y la Casa de la Reina en la monarquía liberal contemporánea», en *El Rey, historia de la monarquía*, volumen II, Grupo Planeta, 2008.
- M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, «De nuevo sobre la posición constitucional del Rey», Intervención en el curso de verano de la Universidad Complutense «La Monarquía española hoy», San Lorenzo de El Escorial, a 7 de julio de 1995.
- M. FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, «Dotación de la Corona y Casa del Rey», Séptimas Jornadas de Derecho Parlamentario, marzo de 2001, Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2001.
- M. HERRERO DE MIÑÓN, «La posición constitucional de la Corona», en *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo III, Civitas, Madrid, 1991.
- M.^a V. GARCÍA-ATANCE Y GARCÍA DE MORA, «Bienes del Estado al servicio de la Corona», en *Monarquía y Constitución I*, director A. TORRES DEL MORAL, Colex, Madrid, 2001.
- P. DE VEGA, «El Rey, Jefe de Estado, símbolo de su unidad y permanencia», VII Jornadas de Derecho Parlamentario, La Monarquía Parlamentaria (título II de la Constitución), marzo, 2001.
- P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *El discurso que me gustaría hacer*, Trotta, Madrid, 2009.
- P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «El papel del Monarca en las Constituciones de los siglos XIX y XX», en *El Rey. historia de la monarquía*, Grupo Planeta, 2008, volumen II.

- P. GONZÁLEZ-TREVIJANO, «La Corona», *La Ley*, número 7072, 9 de diciembre de 2008, página 4. En el mismo sentido se pronuncia este autor en El refrendo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *Boletín Oficial del Estado*, 1998.
- S. FERNÁNDEZ CAMPO, «La función real en España», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año XLVII, número 72, curso académico 1994-1995, Madrid, 1995.
- T. BURNS MARAÑÓN, «La Monarquía necesaria», *Expansión*, lunes 22 de octubre de 2018.

EL ABOGADO DEL ESTADO Y EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL

Luis Felipe Castresana Sánchez, Juan Serrada Hierro

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL INSTITUTO NACIONAL DE INDUSTRIA. SU NATURALEZA Y CARÁCTER. SUS PRINCIPALES HITOS NORMATIVOS.—3. ETAPAS EN LA VIDA DEL INI. BREVE REFERENCIA A SU CRECIMIENTO, DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN.—4. LA ETAPA SUANZES.—5. LA ETAPA DE LOS AÑOS DE DESARROLLO.—6. LOS AÑOS DE REESTRUCTURACIÓN Y RECONVERSIÓN INDUSTRIAL.—7. LOS AÑOS 90. CONSOLIDACIÓN DE UN PROYECTO COMPETITIVO Y LIQUIDACIÓN DEL INSTITUTO.—8. EL LEGADO DEL INI. LAS PRIVATIZACIONES ENTRE 1996 Y 2000.—9. LA ABOGACÍA DEL ESTADO Y EL INI.—10. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Constituye una verdadera satisfacción poder colaborar en el libro homenaje a Manuel Goded, maestro del derecho y preparador y consejero de tantos abogados del Estado.

La cuestión que se aborda, a través del presente artículo, se refiere a la conexión existente entre la Abogacía del Estado y el sector público empresarial aglutinado en torno al INI, que, en España, representó el germen de un gran número de empresas, que hoy día son punteras en sus respectivos ámbitos de actividad.

El INI tuvo durante toda su existencia una gran importancia en la vida económica española, no solamente porque acometiera inversiones en industrias básicas fundamentales para propiciar el desarrollo de España o porque reordenara sectores como el de transporte aéreo o marítimo en años en los que la aviación y el transporte de mercancías por mar experimentaron grandes cambios, o bien porque fuera una auténtica locomotora industrial en sectores como el siderúrgico, el naval, el de producción de aluminio o el eléctrico entre otros, cuyas instalaciones de producción siempre contaron con el estado del arte en materia de capital físico, sino porque además concitó la presencia y colaboración de excelentes profesionales, ingenieros de caminos, industriales, navales, aeronáuticos y de minas, economistas y abogados, así como representantes de los más conspicuos cuerpos del Estado, como era el caso de los inspectores de hacienda, los técnicos comerciales del Estado y, por supuesto, los abogados del Estado, que estuvieron presentes prácticamente desde su fundación y que en una labor diaria, callada y eficaz, colaboraron grandemente al desarrollo del proyecto, tanto desde la cabecera del mismo como desde muchas de sus empresas, en las que ostentaron la secretaría de los respectivos consejos de administración y la jefatura de sus servicios jurídicos.

Por otra parte el Instituto fue pionero en técnicas de gestión de grupos diversificados, perfeccionando y regulando con bastante acierto una estructura de «holding», a lo que contribuyeron sus Normas de Funcionamiento, que se detallarán más adelante, así como en materia de productos y servicios financieros para su grupo de empresas, de lo que pueden ser un buen ejemplo las estructuras de adquisición de algunas participaciones en empresas extranjeras (la estructura de adquisición por parte de CARBOEX de una participación minera en ASHLAND COAL Inc., en EE.UU.), los préstamos sindicados tan utilizados en los años 80, las denominadas «operaciones acordeón» de reducción y ampliación inmediata de capital para sufragar las pérdidas anuales de algunas de sus empresas, y la venta en Bolsa de parte de sus sociedades filiales, como fue la coloca-

ción en 1988 de un 25% de ENDESA en el NYSE, lanzando un IPO («Initial Public Offer») utilizando el vehículo de los ADR («American Depositary Receipts»), títulos que representan acciones de compañías residentes fuera de EE.UU.; o, por último la estructura de la salida a bolsa del 40% de ENCE (papel y celulosa) en 1994, con una ampliación de capital con renuncia a los derechos de suscripción preferente, acordada —y aprobada por la CNMV— después de cerrar el mercado, para que pudiera ser suscrita desde primera hora al día siguiente de ser acordada.

En definitiva, como han reconocido en diversas ocasiones, personas que dedicaron un tiempo de su vida profesional al INI, esa experiencia fue *«la mejor escuela de negocios»*. Es cierto que a lo largo de su historia el INI, como toda obra humana, fue un cúmulo de aciertos y de errores (más de los primeros que de los segundos) y que para muchos era visto como un problema de difícil solución, sobre todo en los años de la reestructuración industrial, pero como supo resumir con acierto su último presidente, Javier Salas Collantes, *«el INI es un problema, que resuelve muchos problemas»*, lo cual era evidente si se comparaba el sector público español con su equivalente de otros países del entorno, como Francia, Italia o Alemania. Resolvió con bastante eficiencia las diversas reestructuraciones y reducciones de plantilla que le tocó emprender en áreas geográficas muy complicadas (Asturias, País Vasco, Cantabria, la Bahía de Cádiz) y dejó como herencia un patrimonio empresarial que todavía sigue aportando valor a la economía española (ENDESA, INDRA, ENCE, INESPAL, etc.).

El presente artículo, como no podía ser de otro modo, no pretende hacer un análisis crítico exhaustivo de lo que fue un gran organismo industrial de carácter público, desaparecido hace casi veinticinco años. Simplemente trata de dar una breve idea de lo que fue aquello para conocimiento de personas que por edad no llegaron a conocerlo, y destacar la colaboración que en sus tareas prestó el Cuerpo de Abogados del Estado.

2. EL INSTITUTO NACIONAL DE INDUSTRIA. SU NATURALEZA Y CARÁCTER. SUS PRINCIPALES HITOS NORMATIVOS

El INI, institución fundamental en la vida económica española durante los más de cincuenta años de su existencia (1941 a 1995), ha sido hasta cierto punto «una excepción cultural» dentro del mundo del sector público empresarial, no encajando exactamente en las categorías clásicas administrativas que daban pie a la intervención del Estado en la vida económica. En efecto, desde el principio el INI surgió con la vocación de ser un agente plenamente activo en los sectores en los que se le ordena intervenir, y además lo hizo siempre utilizando la fórmula jurídica societaria por excelencia, la Sociedad Anónima, que por cierto en la época de la fundación del Instituto y hasta 1951 era una institución que carecía de una regulación general propia, y solamente referencias concretas en diversos textos legales. Esta utilización de la forma jurídica anónima era precedida por la expresión «Empresa Nacional (EN)», expresión que se conservó en el nombre comercial y señas de identidad gráfica de muchas de sus empresas a lo largo de su vida. ENDESA, ENHER, ENASA, ENDASA, ENFERSA, entre otros ejemplos. Ello dio una innegable impronta a dichas empresas que, con los matices e incluso con los desequilibrios que se quiera, compitieron desde el principio con otras empresas privadas dedicadas a los sectores de actividad en que el INI intervenía.

Es el caso de SEAT, que convivía en buena parte de su existencia con RENAULT y CITROËN, o el de ENDESA que lo hacía con IBERDUERO, HIDROLA, UNIÓN ELÉCTRICA MADRILEÑA, FENOSA, SEVILLANA y FECSA. O el caso de ENSIDESA que se

creó para impulsar la competencia con la vasca ALTOS HORNOS, o ENASA (Pegaso) que pobló las carreteras españolas de camiones que competían con otras marcas, LEYLAND, DEUTZ o incluso españolas como BARREIROS. Lo mismo ocurrió en el dominio de los hidrocarburos, en que las empresas del Instituto (hasta 1981, como se verá más adelante) competían con PETROMED, PETRONOR o CEPASA.

En otros casos, las empresas del Instituto constituían un monopolio sectorial, como en el supuesto de la compañía aérea IBERIA, compañía española de bandera que ostentaba los títulos correspondientes al Estado español en los tratados aéreos bilaterales o multilaterales que el Estado firmaba, situación que por cierto no era diferente a la que en sus respectivos países pudieran disfrutar AIR FRANCE, LUFTHANSA, BEA/BOAC (BRITISH AIRWAYS), ALITALIA o KLM.

Ello marcó una diferencia fundamental con el Centro Directivo designado por la legislación española, la Dirección General de Patrimonio del Estado, como titular y para ejercer los derechos de socio en las participaciones que el propio Estado ostentaba en diversas sociedades anónimas (BANCA PÚBLICA, TABACALERA, CAMPSA, TELEFÓNICA, etc.). El grupo industrial INI, desde su fundación en 1941, quedó adscrito a la Presidencia del Gobierno y más tarde, en los años 60, al Ministerio de Industria como un Organismo Autónomo, si bien quedó al margen de los regulados por la leyes de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y de su reforma en 1963, ya que se situaba entre las exclusiones de aplicación de dicha legislación especial, al incluirse en el artículo 5 de la misma, que determinaba las entidades excluidas de su aplicación. Ello se llevó a cabo por el decreto ley que se cita a continuación.

En efecto, sólo en una época relativamente tardía, por medio del Decreto Ley 21/1970, de 24 de diciembre, se procedió a actualizar su organización de cabecera, reforzando su Consejo y Comité de Gerencia y sus competencias financieras, y no es hasta 1988 cuando se le incluye en el catálogo de Sociedades Estatales de carácter empresarial, creadas al amparo del artículo 123 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, teniendo como finalidad *«impulsar, coordinar y controlar, o en su caso, ejecutar las actividades del sector público empresarial que el Estado tenga encomendadas... En el cumplimiento de sus fines actuará de acuerdo con los principios de rentabilidad y eficiencia en la asignación de los recursos, sin perjuicio de atender el cumplimiento de los objetivos de interés general que puedan asignarse»*.

En definitiva, como se ve, la evolución legislativa del Instituto no se tradujo en grandes cambios desde su Ley fundacional de 23 de septiembre de 1941. Ello permitió que el Instituto pudiera moverse con relativa flexibilidad a lo largo de fases muy cambiantes de la economía y de la sociedad española y que lo pudiera hacer siempre siguiendo las directrices del Gobierno de turno, que siempre también encontró razones para mantener el Instituto operativo.

Por último, su disolución se produjo en 1995, a lo que este artículo se referirá en detalle más adelante, y fue anterior a la entrada en vigor de toda la reforma de las entidades públicas que se puso en marcha al hilo de la LOFAGE, en 1997.

Si hubiera que comparar el INI con alguna de las entidades públicas que encarnan la actuación del Estado en determinados sectores de actividad, quizás hoy el término más adecuado sería el de Agencia Estatal (AENA, ADIF), por cuanto su desarrollo tuvo que ver con una necesidad sentida, la reindustrialización del país poniendo orden en algunos sectores y desarrollando otros, y con una filosofía específica de agente operante activo en el campo de sus competencias. El INI siempre fue considerado como un instrumento esencial de intervención del Estado.

El Instituto no constituyó propiamente un caso de «huida del derecho administrativo», por cuanto que partía de una filosofía distinta a la de dotar de una superior flexibilidad a los entes u organismos que se encargan de determinadas funciones o actividades públicas, para evitar las trabas que impone la legislación pública de control del gasto. Era más bien el caso del Estado inversor en una serie de sectores básicos para el país, que excedían las capacidades de una iniciativa privada financieramente débil y poco deseosa de asumir riesgos.

Un buen ejemplo de lo dicho fue la actitud de Suanzes en materia de fabricación de automóviles. La decisión de crear SEAT surgió cuando la banca privada decidió no lanzarse a la aventura de fabricar coches. Más adelante sus productos, sobre todo el mítico SEAT 600, influirían enormemente en la vida de los españoles.

Esta decisión de operar en la economía utilizando el vehículo de la sociedad anónima probó ser muy eficiente. Durante los más de cincuenta años de vida del Instituto permitió, sobre todo a partir de la reforma de 1970, tener un control claro y contrastable de la marcha de sus empresas que se medía por los mismos raseros contables y financieros que las empresas privadas; permitió también el acceso al crédito bancario en condiciones homologables a las de otras entidades, y, por último, permitió igualmente que el gran legado del Instituto, la privatización de los diferentes grupos de empresas que se integraban en su filial TÉNEO pudiera hacerse con gran agilidad y desde el primer momento en que, desde el Gobierno, se decidió vender las empresas públicas en 1996. Sobre ello se volverá más adelante.

La única excepción a la regla de la sociedad anónima la constituyó la creación de la entidad aseguradora MUSINI, una mutua de seguros creada por el Instituto y sus empresas para asegurar a las mismas en materia de riesgos industriales y más adelante para garantizar a través de pólizas de prima única también los complementos de aseguramiento de las empresas sometidas a reconversión industrial a partir de los años 80. MUSINI fue privatizada en el año 2003.

3. ETAPAS EN LA VIDA DEL INI. BREVE REFERENCIA A SU CRECIMIENTO, DESARROLLO Y CONSOLIDACIÓN

Dejando al margen los primeros intentos mercantilistas de intervención del Estado en la industria, de la que son un hito significativo las denominadas Reales Fábricas (Tapices, Cristal y Porcelana, Armas, etc.), las minas de Almadén y de los Arrayanes y más tarde el Monopolio de Petróleos o del Tabaco, el origen contemporáneo del sector empresarial público, como es bien sabido, hay que situarlo en el Instituto Nacional de Industria, que se crea en el año 1941, mediante ley de 25 de septiembre de ese año. En la Exposición de Motivos se alude a la necesidad de vigorizar la economía, a la que califica como «*fuertemente afectada por una balanza de pagos tradicionalmente adversa*». Alude a que no existían en España entidades aptas para financiar grandes programas industriales, ya que las existentes se centraban en el crédito a corto plazo.

De ahí se aprecia la necesidad de crear un organismo, con personalidad jurídica propia que, estimulando la industria particular, impulse la creación de nuevas fuentes de producción. Existía ya el Banco de Crédito Industrial, creado en el año 1917, que tenía un accionariado minoritario privado y en el que el Ministerio de Industria y Comercio no tenía ninguna intervención.

Este impulso creador no es exclusivo del Estado Español. De una parte, porque su inspiración está en el IRI italiano, creado por Mussolini en 1938, y porque después de la Segunda Guerra Mundial (SGM), el impulso en este caso nacionalizador de las industrias y actividades básicas (carbón, acero, electricidad, banca) —las que de otra parte se culpaba del auge del militarismo que había llevado a Europa a dos guerras mundiales en el periodo de veinticinco años— hizo que el fenómeno de intervención pública en la industria alcanzara a Francia, Reino Unido, Alemania, Austria e Italia, así como a los países nórdicos.

La diferencia esencial del INI respecto de otros proyectos semejantes es doble: de una parte su vinculación inicial a una política económica autárquica, impuesta tanto por las dificultades económicas de un país recién salido de una guerra civil como por la muy difícil situación internacional en el momento de su creación —tercer año de guerra, mundialización del conflicto con la entrada en guerra de EE. UU., la Unión Soviética y Japón—, y situación ésta que se prolongó una vez finalizado el conflicto por razón del aislamiento exterior del régimen político imperante en España; la segunda nota diferencial es que esta medida de creación del INI no tuvo un origen parlamentario. Fue creado por una ley de la Jefatura del Estado.

Como señalan Pablo Martín Aceña y Francisco Comín en su obra (editada por Espasa Calpe) *INI, 50 años de industrialización en España*.

La vida del INI ha atravesado varias etapas, siguiendo los avatares de la política industrial del país y de la coyuntura económica nacional e internacional. La creación del Instituto obedeció a unos objetivos temporales muy concretos, que posteriormente fueron actualizados y modernizados; su configuración inicial y sus sucesivas reformas organizativas le han permitido afrontar con éxito los problemas surgidos a lo largo del proceso de desarrollo económico español.

Son los propios autores citados, a quienes ha de atribuirse el estudio más sólido sobre el INI, publicado al cumplirse los cincuenta años desde su fundación, quienes dividen la existencia del INI en tres grandes etapas, concretamente la primera que va desde su fundación en 1941 hasta 1963, año en que comienzan los Planes de Desarrollo y en que cesa como presidente su fundador, Juan Antonio Suanzes; la segunda, de 1963 a 1976, que cubre los años de rápido crecimiento económico español, el final del régimen franquista y las primeras secuelas de la crisis energética mundial e industrial de España; y, por último, la etapa que se extiende entre 1977 y 1991, que se incardina en la democracia, y que ha de lidiar con la crisis y con la reconversión industrial. A partir de 1991 y hasta su liquidación en 1995, podría establecerse una cuarta y breve etapa, de consolidación financiera, de reclasificación de las empresas que componían su grupo con la creación de TÉNEO, S.A., a la que más adelante nos referiremos, y de saneamiento y preparación de sus empresas para proceder a su privatización ulterior.

En suma, se puede establecer que el INI cubrió tres grandes etapas de la vida económica española: la primera, la de reindustrialización de industrias básicas y rearme industrial en una época de autarquía; la segunda, a partir de los préstamos a España por parte del Banco Mundial, que obligan a adoptar los primeros instrumentos legales de prohibición de prácticas restrictivas de la competencia y de autorización de concentraciones de empresas (leyes de julio y diciembre de 1963), llega hasta 1977 y se rige por el principio de subsidiariedad, y tras 1970, de complementariedad con el sector privado. El INI sólo participaría allí donde no llegara la iniciativa privada. A partir de los años 70, también busca la rentabilidad de sus inversiones por encima de la necesidad técnica de llevarlas a cabo; de 1977 a 1990, el Instituto se convierte en un «hospital de empresas», debiendo hacerse cargo de empresas y grupos empresariales privados afectados por las crisis industriales y con una gran carga potencial de conflictos colectivos de difícil manejo.

Así entran en el INI minas de carbón, astilleros, aceros especiales y hasta grupos de fabricación de cristal y loza. Es la época en que se emprenden grandes reestructuraciones de empresas en el sector metalúrgico, en el naval y en el minero, en muchas ocasiones exigidas por nuestra recién estrenada pertenencia a las Comunidades Europeas. Cabe significar que en la época de resultados más duros agregados y consolidados del INI, el 80 % de sus pérdidas procedían de las industrias incorporadas a partir de 1977, pérdidas más sensibles aun cuando la única manera de compensarlas eran los resultados obtenidos por el Grupo ENDESA, dado que las empresas petrolíferas habían pasado al INH en 1981, como se verá más adelante.

Los años que van desde 1990 hasta 1995, en que el Instituto se liquida, son años de continuidad en las políticas puestas en vigor a partir de 1986, y por tanto también lo son de consolidación de los resultados, de creación de nuevos subgrupos (electrónica, transporte aéreo), de la constitución de TÊNEO, S.A. como gran *holding* interpuesto entre el INI y sus empresas financieramente sostenibles, y de continuidad también en materia de desinversiones.

Procede ahora una breve revisión de lo que fueron cada una de las etapas citadas.

4. LA ETAPA SUANZES

El primer presidente del INI fue Juan Antonio Suanzes, en cuyo puesto permaneció durante veintidós años. Suanzes era un convencido de la necesidad de industrializar el país, para lo cual trabajó en la creación del Instituto, cuya puesta en marcha no estuvo exenta de dificultades. En los primeros documentos elaborados por el propio Suanzes insiste en considerar que los países importantes son los industrializados y apunta diversos factores, tales como, el gran potencial de aumento de capacidad productiva, la buena disponibilidad de materias primas y la posición geográfica excepcional de España. Marca las fronteras de la industrialización aludiendo a *«las industrias militares, de fertilizantes, combustibles, metalurgia y siderurgia ponderadas, minería equilibrada y producción de energía ampliamente equilibrada»*.

Evidentemente, dentro de un marco autárquico, la industrialización requería la existencia de fuentes energéticas autóctonas. La ausencia de reservas petrolíferas obligaba a obtener hidrocarburos mediante la manipulación de materias primas nacionales y se hizo a través de la explotación de las pizarras bituminosas. La actividad en esta materia se centraba en la provincia de Ciudad Real.

El INI asume la organización de esta iniciativa y lo hace a través de Empresa Nacional Calvo Sotelo. El tratamiento de los productos obtenidos quedaba fuera de su ámbito de actuación, porque ello era materia del Monopolio de Petróleos. La empresa actuaba en Puertollano y posteriormente se ligó a la naciente Refinería de Cartagena. De esta época datan los proyectos de las Centrales Térmicas de Teruel y de Puentes de García Rodríguez.

La creación de la empresa ADARO, en 1942, es consecuencia de la intención del INI de desarrollar los recursos naturales. Uno de los objetivos fundamentales de ADARO fue la gestión de las minas de oro de Rodalquilar que habían sido incautadas por la Administración ante el abandono de sus concesionarios.

Sucesivamente se van creando otras empresas en el ámbito de la marina mercante (ELCANO en 1943) o de los astilleros (factorías de la Naval y Euskalduna, en Bilbao, Naval y Echevarrieta, en Cádiz, y Unión Naval de Levante, en Valencia).

La industria del aluminio se empieza desarrollar en colaboración con la iniciativa privada (capitaneada por empresas ligadas al Banco Bilbao), creándose la Empresa Nacional del Aluminio (ENDASA).

Puede considerarse que la primera fase de puesta en marcha del INI finaliza en el año 1945. Hasta ese momento se materializan algunas iniciativas, como son las de Hispano-Aviación, CASA o Marconi y también se acometen operaciones de salvamento de empresas, como las de Boetticher y Navarro y Fype. Hay otras intervenciones de gran importancia, como la de Iberia y merece la pena destacar la posición de Suanzes en orden a separar las industrias de vinculación militar del ámbito de los Ministerios de este carácter, para integrar en la órbita del INI todo el contenido industrial, con el Estado como accionista.

Por último, destaca la preocupación por la generación de energía eléctrica. De esta época data la incorporación al INI de GESA, que operaba en la Isla de Mallorca, bajo accionariado extranjero y que no había llevado a cabo las inversiones precisas para suministrar debidamente este tipo de energía. Por otra parte, se ponen en marcha los proyectos que dieron lugar a las empresas ENHER (Empresa Nacional Hidroeléctrica del Ribagorzana) y ENDESA (Empresa Nacional de Electricidad). Esta empresa se centró en sus comienzos en Ponferrada, que explotaba lignitos de baja calidad existentes en la zona. Estaba orientada al suministro de energía eléctrica a la Empresa Nacional del Aluminio.

Dentro del campo de la minería del carbón y en el año 1944, se alcanza un acuerdo entre la familia Felgueroso y el INI, en cuya virtud, este adquiere el 80% del capital social de la empresa. Se trataba del yacimiento carbonífero de la Camocha (con un gran potencial teórico). El carbón era considerado un producto básico en la industrialización que se acometía.

Para acabar este rápido repaso de esta fase hasta el año 1945, cabe destacar dos grandes hitos, cuales son el intento del INI de entrar en el capital social de Telefónica (cuyo contrato de concesión con el Estado del año 1924 finalizaba a los veinte años), que finalmente, aunque algunas acciones fueron adquiridas por el Instituto y luego vendidas, culminó con la adquisición del paquete de ITT por parte del Ministerio de Hacienda y el de construcción de vehículos automóviles (camiones y turismos). En estos años se iniciaron contactos con la empresa FIAT para la participación del INI en este proyecto y en el año 1944 se crea la Empresa Nacional de Autocamiones, ENASA)

Es muy difícil concretar en pocas líneas el enorme esfuerzo y el gran contenido que abarcó un proyecto de esta naturaleza.

Entienden los autores antes citados que la permanencia del INI se debe al éxito que acompañó a muchas de sus actuaciones industriales, siendo así que su flexibilidad para cumplir los encargos del Gobierno y su capacidad de adaptación a las cambiantes circunstancias políticas y económicas explican su pervivencia.

Con posterioridad al año 1945, y al borde los años 50 (en el año 1947), se crea la Empresa Nacional Bazán y en 1949, surge la Refinería de Petróleos de Escombreras (REPSOL), apareciendo en el propio año 1950 la Empresa Nacional Siderúrgica (ENSIDESA) y la Sociedad Española de Automóviles de Turismo (SEAT).

En la década de los 50 se extiende el tejido industrial de las empresas del Instituto, apareciendo en el sector eléctrico, además de Gas y Electricidad (GESA), Hidroeléctrica Moncabril, Hidroeléctrica de Galicia, la Empresa Nacional de Electricidad de Córdoba (ENECO) y Unión Eléctrica de Canarias (UNELCO). En minería del carbón, Empresa Nacional Carbonífera del Sur (ENCASUR), en construcción de maquinaria la Maquinis-

ta Terrestre y Marítima (MTM) y en el sector químico, las tres empresas nacionales de celulosas, con fábricas en Huelva, Motril y Pontevedra. Se toman participaciones en Santa Bárbara y en AVIACO.

En estos años, se da más importancia a los aspectos técnicos que a los económicos, sin que se tenga muy en cuenta la rentabilidad económica de las inversiones.

5. LA ETAPA DE LOS AÑOS DE DESARROLLO

Con el Plan de Estabilización de 1959 comienza una liberalización de la economía española, con una apertura hacia el exterior. Hay un mayor protagonismo del sector privado. En los años 60, se acentúa el carácter de *holding* financiero y se reducen las aportaciones del Estado, por lo que es preciso encontrar financiación en los mercados financieros y de capitales. El Instituto cambia su dependencia desde la Presidencia del Gobierno al Ministerio de Industria.

En esta década, se producen incorporaciones destacadas como ENTURSA, para la promoción del turismo; HISPANOIL, para la investigación petrolífera en el exterior; UNINSA, resultado de la fusión de tres sociedades siderúrgicas asturianas; HUNOSA, producto de la fusión de varias sociedades mineras; constitución de Empresa Nacional de Celulosas (ENCE) y de Astilleros Españoles.

Ya a partir de estos años, y entre 1970 y 1976, se incorporan ENTASA, ENUSA y ENAGAS (en el sector energético), se absorben dos astilleros, ASTICAN y ASTANO, (en el sector naval), se constituye ENFERSA (en el sector de los fertilizantes) y Secoinsa (en el sector de los bienes de equipo) y se forma ENDIASA (en el sector de la alimentación).

En este periodo se inicia la política de fusiones y concentraciones, con formación de subgrupos industriales. Cabe citar la fusión de ENSIDESA y UNINSA, creando una gran empresa siderúrgica y la fusión de las tres refinerías de Puertollano, Escombreras y Tarragona, para la constitución de EMPETROL.

Como dicen los autores antes citados (Martín Aceña y Comín):

A partir de 1970 se registraron algunos cambios de importancia. Se realizó una reestructuración del organismo con la finalidad de actualizar y modernizar su funcionamiento. Los cambios consistieron en: una reforma financiera, que reanudó las aportaciones estatales y permitió al Instituto acudir a los mercados exteriores; una reestructuración de su cartera, y una reordenación de sus participaciones accionarias. Así, entre 1970 y 1973 tuvo lugar un intenso proceso de desmovilización de participaciones, llegando a venderse o liquidarse más de una veintena de sociedades. También se trató de introducir en el INI un mayor espíritu empresarial y una mayor racionalidad económica en sus decisiones, con objeto de conseguir que el Grupo funcionase con la eficacia y rentabilidad de las modernas corporaciones industriales. El principio de complementariedad de la iniciativa pública sustituyó al de subsidiariedad y se entronizó el criterio de rentabilidad como guía de la gestión del Instituto de sus empresas. También se sustituyeron los antiguos criterios cuantitativos y tecnológicos por otros de naturaleza económico-financiera, en los que lo económico debía prevalecer sobre lo técnico. Al mismo tiempo, se redefinieron sus objetivos industriales: mantener una presencia importante en los sectores básicos de la economía; contribuir a la reestructuración de sectores y empresas, e impulsar el desarrollo de sectores de tecnología avanzada.

Hay que tener en cuenta que en esta década se produce la gran crisis del petróleo (1973) y se inicia el periodo de transición política.

6. LOS AÑOS DE REESTRUCTURACIÓN Y RECONVERSIÓN INDUSTRIAL

Quizás el periodo que va desde 1977 a 1991 (sobre todo hasta 1984) es el periodo más duro en la marcha del Instituto. Las empresas del mismo acumulan pérdidas y problemas durante los difíciles años de la segunda crisis petrolífera (1979), de la inflación incontrolada del final de los años 70 (cifras en torno al 16% que hoy nos parecen increíbles) a la que pusieron coto los llamados «Pactos de la Moncloa», y sobre todo de la reestructuración industrial en sectores clave del tejido industrial español, la siderurgia, la minería del carbón y el sector naval, que fueron fuente constante de agitación social hasta que fueron resolviéndose a lo largo de la década de los años 80.

Por ello es importante resaltar la operación de extracción de activos del INI que representó la creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos en 1981, motivada precisamente para «blindar» a dicho sector de las imprevisibles consecuencias derivadas del nivel de pérdidas en que podía llegar a verse envuelto el INI.

La operación de creación del Instituto Nacional de Hidrocarburos, se lleva a efecto a través de la ley 45/1981, de 28 de diciembre, con el carácter de entidad de Derecho público de las previstas en la Ley General Presupuestaria de 1977.

Se le atribuyen las funciones de coordinación y control, de acuerdo con las directrices del Gobierno, de las actividades empresariales del sector público en el área de los hidrocarburos e igualmente le correspondía toda iniciativa empresarial que el sector público promoviera en este campo. Se le atribuye el impulso de la investigación y el desarrollo tecnológico, tanto de los sistemas de investigación y explotación de yacimientos, como de los procesos químicos y los de transformación energética en el ámbito de sus competencias sectoriales. El presidente y el vicepresidente se eligen entre quienes tengan reconocida competencia y experiencia en el ámbito de la economía o de la empresa.

El patrimonio fundacional del INH estaba formado por:

- a) Una dotación inicial de trescientos millones de pesetas.
- b) Las acciones y derechos pertenecientes al Estado en la «*Compañía Ibérica Refinadora de Petróleos, Sociedad Anónima*» (PETROLIBER), e «*Hispánica de Petróleos*» (HISPANOIL).
- c) Las acciones y derechos pertenecientes al Estado y al Banco de España en la «*Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A.*» (CAMPSA).
- d) Las acciones y derechos que actualmente pertenecen al Instituto Nacional de la Industria en la «*Empresa Nacional del Petróleo, S.A.*» (ENPETROL); «*Hispánica de Petróleos, S.A.*» (HISPANOIL); «*Empresa Nacional de Investigación y Explotación de Petróleos, S.A.*» (ENIEPSA); «*Empresa Nacional de Gas, S.A.*» (ENAGAS), y «*Butano, S.A.*».
- e) Las propiedades y derechos del Estado afectados al Monopolio de Petróleos que no forman parte, procedan ni vayan a ser destinados al sistema de distribución.

Ha de señalarse que este proceso, de gran envergadura, dio lugar, al cabo de pocos años al inicio del periodo de adaptación del monopolio de Petróleos (en el año 1986, al incorporarse España al Mercado común) y posteriormente a su extinción (en el año 1992).

Se consumó así la reordenación del sector petrolero, que, a partir de ese momento, dejó de estar en el ámbito público y que dio lugar a las empresas que operan en el mercado de estos productos.

En todo este proceso fue de la mayor relevancia la intervención de varios abogados del Estado, que, en gran medida, diseñaron y coadyuvaron en el nuevo esquema legislativo y en su ejecución y puesta en práctica.

En estos años particularmente duros, que van desde 1976 a 1984, dureza que se matiza a partir de entonces y hasta 1990 como ha quedado señalado, el INI absorbe una gran cantidad de empresas en crisis. Siguiendo a Pablo Martín Aceña y a Francisco Comín en su obra citada, el salvamento industrial afectó a Astilleros Barreras, Geasa, Mahsa, Povisa, Itsa, Textil Tarazona, Eesa, AHM, Diatlansa, CSA, Ateinsa, FSC, BWE (Babcock Wilcox España), Minas de Figaredo y Marsans.

Además de ello, en este periodo se crearon las sociedades de desarrollo regional —SODI—, y en concreto SODIAN, SODICAN y SODIEX, se tomó una participación en FOCOEX, sociedad de fomento a la exportación dependiente del Ministerio de Comercio y participada también por el Banco Exterior de España, y se constituyeron dos empresas vinculadas a nuevas fuentes de energía, CARBOEX e INISOLAR. La razón de creación de CARBOEX (Sociedad Española de Carbón Exterior), fue motivada por las recomendaciones de la Agencia Internacional de la Energía, que defendía la utilización de carbón térmico de alto poder calorífico como puente hasta la disponibilidad de fuentes energéticas alternativas (el gas natural, la energía eólica o termosolar) teniendo en cuenta la profundidad de la crisis del petróleo y la puesta en cuestión de la energía nuclear. Esta empresa fue participada indirectamente por el INI y el INH y dio respuesta a cuestiones fundamentales como la hipotética finitud de las reservas carboníferas —una vez que las petroleras habían tomado posiciones en los yacimientos más rentables— la necesidad o no de construir una flota carbonera específica y los puntos de destino final del carbón de importación, dada la existencia del carbón español, más pobre en calorías y mucho más alto en materia de costes de extracción que el que cotizaba internacionalmente. Se diseñaron las terminales carboneras de Algeciras, Carboneras (Almería) y El Musel (Gijón) y se tomó una primera participación del 10% en ASHLAND COAL Inc., empresa que operaba en Kentucky y en Virginia Occidental, en EE. UU.

A partir de 1986, una presidencia del Instituto fuerte y respaldada por los Ministerios de Industria y Hacienda, remata las medidas de reestructuración, dota de objetivos industriales nuevos y saneados a las empresas del grupo, obtiene la nueva regulación derivada del artículo 123 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que, como se ha señalado tiene como finalidad «*impulsar, coordinar y controlar, o en su caso, ejecutar las actividades del sector público empresarial que el Estado tenga encomendadas*» En el cumplimiento de sus fines actuará de acuerdo con «*los principios de rentabilidad y eficiencia en la asignación de los recursos, sin perjuicio de atender el cumplimiento de los objetivos de interés general que puedan asignársele*». Es decir, la búsqueda de la rentabilidad se convierte en un objetivo prioritario, con independencia de tener que atender el cumplimiento de objetivos de interés general, es decir, de mantener la actividad en empresas no rentables que conformaban (y conforman) buena parte del tejido industrial de ciertas zonas geográficas.

Por otra parte, y en virtud de la propia norma señalada, se autorizó al INI a constituir un Grupo Fiscal Consolidado afectante a todas sus empresas constituidas como sociedades anónimas —que era la regla general— en las que su participación excediera del 50%, de acuerdo todo ello con el Real Decreto 1414/1977 de 17 de junio, regulador entonces de la autorización para tributar en régimen consolidado. Este instrumento colaboró, por la vía de los créditos fiscales en la capacidad de financiación del Instituto a sus empresas en pérdidas tras el ejercicio anual.

En esa línea, en este periodo se crean varios «*subholdings*» como ENDESA en electricidad y ENDIASA en alimentación, INESPAL en aluminio e INISEL en electrónica, y, por otro lado se produce la «desinversión» (el concepto de «privatizaciones» es posterior y propio de los años 90) de parte de la cartera, desprendiéndose el Instituto de una gran cantidad de empresas, algo que venía contemplado en el citado artículo 123, apartado cuatro, 3, que permitía la adquisición o enajenación de empresas participadas sin necesidad de trámite de autorización previa cuando la compra o la venta en cuestión no excedía de mil millones de pesetas, siendo necesaria la aprobación del Consejo de Ministros a propuesta del de Industria y con informe previo del de Hacienda, para compras o ventas que entrañaran un precio más alto. Como señalan los autores tantas veces citados, la lista de empresas que salieron del INI fue «numerosísima», si bien las más importantes, no solo desde la perspectiva del Instituto, sino de la economía nacional fueron SEAT, ENASA (autocamiones), ATEINSA y MTM (material ferroviario) y ENFERSA (fertilizantes). A ello, como se ha indicado más arriba, habría que sumar la venta de una participación importante de ENDESA, en dos tramos, el primero del 24,75 % y el segundo en torno al 10 %, quedando reducida la participación del INI en ENDESA a un 66 % aproximadamente.

7. LOS AÑOS 90. CONSOLIDACIÓN DE UN PROYECTO COMPETITIVO Y LIQUIDACIÓN DEL INSTITUTO

En definitiva, después de una dilatada historia en la industrialización de España, el Instituto inicia una nueva etapa, a partir de los años noventa, en la cual comienza la política de privatizaciones, que no es otra cosa que el mecanismo de incorporación al mercado de muchas de aquellas empresas que conformaron el núcleo básico del Instituto durante muchos años.

Los últimos años del Instituto (1990 a 1995), son por el contrario a lo sucedido en la década anterior, años en los que se trabaja en positivo. Se obtienen los primeros resultados positivos en años (unos 4 mil millones de pesetas en 1990). Se consolidan y fortalecen determinados grupos (ENDESA, que en esos años amplía su participación en empresas privadas como FECSA y COMPAÑÍA SEVILLANA DE ELECTRICIDAD), el grupo de electrónica, con la constitución de INDRA, tras la fusión de los dos operadores más significativos del mercado de electrónica militar, INISEL, perteneciente al INI, y CESELSA, empresa privada, y el grupo o sector aéreo, en el que a IBERIA y AVIACO se unen una serie de aerolíneas sudamericanas (AEROLÍNEAS ARGENTINAS —ARSA—, VIASA y LADECO), operación por cierto fracasada que llevó a la «recompra» de ARSA y LADECO (VIASA quebró en el camino) por parte de una «Newco» —Andes Holdings—, en la que se construyó una estructura de capital, aceptada por Bruselas, en la que TÉNEO tenía el 49 % de la sociedad y dos bancos, Merrill Lynch y Bankers Trust, ostentaban entre los dos el 51 % restante (Merril el 42 % y Bankers el 9 %).

En esta etapa continuaron las desinversiones en empresas (GEA, ENCE, parte de ENDESA, y venta de un 24,75 % del capital social de INDRA al grupo francés THOMSON —hoy THALES—), y se adquirieron las minas de potasas catalanas (SURIA), pertenecientes al Grupo KIO.

Incuestionablemente, el movimiento corporativo más importante de estos años fue la constitución de TÉNEO, S.A. (TÉNEO).

Efectivamente, en 1992, el Instituto procedió a acordar la creación del holding TÉNEO, sociedad anónima a la que aportó la totalidad de su cartera accionarial en todas las empresas en las que participaba que eran financieramente viables, es decir que podrían concurrir al crédito público sin necesidad de contar con el aval del propio Instituto, con independencia de que ganaran dinero o no concretamente en el momento de su incorporación.

Ello fue precedido de una macro ampliación de capital social en las empresas que se aportarían a TÉNEO por un total de 240 mil millones de pesetas para recapitalizarlas y prepararlas para la plena competencia. En el momento de su constitución TÉNEO debió de ser la sociedad anónima española con mayor cifra de capital social, 815 mil millones de pesetas. En su núcleo de empresas figuraba la participación entonces del 75 % en manos del Estado del capital de ENDESA, IBERIA, INESPAL, CASA, e INDRA, entre otras muchas. Hubo empresas cuyo capital no fue aportado, por encontrarse en la situación de requerir aval del Instituto para concurrir al mercado de crédito. Estas empresas que, de otra parte, constituían una parte importante del tejido social de las comunidades en que estaban instaladas, ENSIDESA, HUNOSA, ASTILLEROS ESPAÑOLES, y las industrias militares BAZÁN y SANTA BÁRBARA, entre otras de menos trascendencia, quedaron directamente adscritas al propio Instituto.

En 1995 el diseño acometido en 1992 ya había dado buenos resultados de consolidación de actividades y de mejora de resultados económicos, pese a la crisis económica muy dura que duró precisamente esos tres años, con lo que se acometió una fase final de liquidación del propio Instituto.

La razón última de la decisión de liquidar el Instituto Nacional de Industria (INI), junto con el de Hidrocarburos (INH) en junio de 1995, cediendo sus activos y pasivos a dos entidades de nueva creación, la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y la Agencia Industrial del Estado (AIE) fue el buen funcionamiento del proyecto que había representado la creación de TÉNEO y la existencia de un movimiento de consolidación de activos semejante al que había ido teniendo lugar en el INH con la creación del Grupo REPSOL, paralelo a la liberalización de este sector energético, que concentró todas las actividades de exploración, explotación, refino y comercialización de los productos petrolíferos bajo una sola dirección, manteniéndose en el INH el resto de actividades no rentables del grupo de hidrocarburos. En definitiva el INI había cumplido su misión, no era viable utilizarlo para entrar en nuevos sectores de actividad y su papel como agente financiero, en cierto sentido, duplicaba al del propio Estado.

En efecto, el INI se había ido convirtiendo básicamente en el agente financiero de sus empresas y de asunción de la deuda generada por algunas de las mismas (las empresas en pérdidas), lo que implicaba una cierta duplicidad con el propio Estado, que anualmente, vía autorizaciones de la correspondiente Ley de Presupuestos, también se subrogaba en las pérdidas de una serie de entidades que conformaban el sector público empresarial e incluso institucional. Era, en cierto sentido, como mantener dos cuentas financiadas por el mismo sujeto económico (el Estado) para realizar las tareas de financiación que podía realizar una sola.

Por otra parte, SEPI había heredado el Grupo Fiscal 6/1988, del Instituto y ello dotaba a esta sociedad de una poderosa arma de financiación de actividades por la vía de los créditos fiscales generados por las empresas dentro del propio holding, lo que permitiría cubrir con los beneficios de las empresas más potentes las pérdidas de las más débiles, ya que la existencia de dicho Grupo Fiscal, cuyo tipo impositivo venía definido por

Hacienda, tributaba exclusivamente en régimen consolidado, después de haber compensado las pérdidas agregadas con las ganancias agregadas de las empresas del Grupo.

De otro lado, las dos entidades creadas (SEPI y la AIE) mantenían idéntica capacidad de control y supervisión que el mismo Instituto en cuanto a su respectiva cartera de participadas. SEPI mantenía el control sobre TÉNEO y la AIE lo hacía sobre las empresas individuales del antiguo INI que no habían sido transferidas a TÉNEO (HUNOSA, Minas de Figaredo, ENSIDESA, SANTA BÁRBARA, BAZÁN...).

8. EL LEGADO DEL INI. LAS PRIVATIZACIONES ENTRE 1996 Y 2000

Como ha quedado señalado, la desinversión de sus activos era parte de la estrategia empresarial del Instituto, que venía operando en este terreno de acuerdo con la regla del artículo 123 citado, procediendo a enajenar sus empresas con el sistema de autorizaciones allí previsto. Las de menos de mil millones de pesetas, por acuerdo del consejo de administración del Instituto, las que superaban esa cantidad, por acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta de Industria y con el informe favorable de Hacienda.

De hecho, la creación de TÉNEO permitió una cierta libertad frente a la Dirección General de Competencia de las Comunidades Europeas, dependiente entonces del temible Comisario de competencia, sir Leon Brittan. La Dirección General terminó aceptando que TÉNEO constituía un inversor a largo plazo entre cuyos cometidos estaba sanear para vender algunas de sus participaciones y poder reinvertir en otras. Ello facilitó en los años 90 la concesión de ayudas a algunas de sus empresas como condición previa a su venta (BWE fue un ejemplo de ello al igual que el grupo INESPAL, que terminó vendiéndose a ALCOA).

«Las privatizaciones» responden a otras motivaciones y a una filosofía distinta y constituyeron, no solo en España, un factor de dinamización de la economía y de incremento de lo que se llamó el «capitalismo popular», puesto que una de sus primeras consecuencias fue la de incrementar, con la colocación en Bolsa de las empresas privatizadas, el tamaño del mercado y el número de operaciones.

Fueron varias las causas que impulsaron este movimiento privatizador:

En primer lugar, la necesidad sentida de garantizar las pensiones de los trabajadores a la hora de su jubilación, complementando las básicas, pagaderas por la Seguridad Social, con el ahorro personal acumulado a través de Planes y fondos de pensiones, lo que exigía como se ha señalado una ampliación del mercado bursátil, en que fondos de inversión y compañías de seguros pudieran invertir;

En segundo lugar, la legislación de competencia, doméstica y europea, exigía la liberalización de sectores regulados, como el eléctrico, el energético y el de las telecomunicaciones, habitualmente constituidos en monopolios de explotación o comercialización naturales, para introducir la competencia en los mismos; otro tanto ocurría con las líneas aéreas, en las que Bruselas demandaba la entrada de nuevos operadores y la cesión de «slots» y frecuencias a los mismos.

Además estaba la convicción, alimentada por académicos, auditores, asesores financieros e incluso grandes despachos legales internacionales, de que la gestión privada de las empresas era superior en calidad a la gestión pública, lo que exigía la práctica desaparición del sector público de la economía, cediendo todas sus competencias a la iniciativa privada.

Por último, estaba el ejemplo de Chile, en el que el sistema funcionaba ejemplarmente y en el que los tres niveles de pensión esperada, el básico gubernamental, el complementario de planes y fondos, y el suplementario, con el ahorro sobrante que pudiera haber protegido al ciudadano en concreto, quedaban muy bien articulados desde el punto de vista de la fiscalidad y del de la seguridad en la percepción de las prestaciones.

Aunque las privatizaciones se vinculan —con razón— al Gobierno surgido de las urnas en 1996, es también cierto que el Gobierno anterior ya intentó normar la desinversión en empresas públicas, a cuyos efectos aprobó la Ley 5/1995 de 23 de marzo, «*de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas*», dictándose el reglamento de la misma en septiembre de ese mismo año. La ley resultó bastante ininteligible y en términos prácticos no tuvo aplicación concreta.

Ha de esperarse a un acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de junio de 1996 para tener una instrucción que pusiera en marcha las privatizaciones. Este Acuerdo determinó que SEPI y SEPPA (Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales, equivalente a SEPI respecto de las sociedades dependientes de la Dirección General de Patrimonio, si bien no era titular de las participaciones sino gestor de las mismas de cara a su venta) fueran entes privatizadores, creó el Consejo Consultivo de Privatizaciones, al que había que informar y someter para su aprobación los proyectos concretos de enajenación y facultó a ambos entes para que procedieran a las correspondientes enajenaciones, utilizando para ello el procedimiento más adecuado en cada caso, bien la venta directa, bien la salida a bolsa, bien el concurso o la subasta, siempre que fuera un procedimiento transparente, público y con igualdad de oportunidades. Los entes privatizadores debían contar con un asesor externo en cada operación de venta que debía aprobar los pasos dados y hacerse responsable de los mismos.

Lo cierto es que el procedimiento se puso en marcha inmediatamente y ya en septiembre de aquel mismo año comenzaron las ventas de empresas sujetas al nuevo marco establecido por el citado Acuerdo.

Ante la venta concreta de empresas, pudieron elegirse dos caminos: bien privatizar desde TÉNEO, vendiendo en todo o en parte sus participaciones empresariales, e incluso pudiendo abrir el propio capital de TÉNEO a inversores privados, de tal manera que el diseño final hubiera permitido la subsistencia de esta sociedad de cartera, probablemente participada por grupos empresariales o bancarios españoles junto con el propio Estado, y con la capacidad de reinvertir, en su caso, parte de los ingresos obtenidos de las privatizaciones en nuevas empresas, así como de mantener una cierta voz en materia de política industrial o de fusiones o absorciones afectantes a sus empresas participadas; o bien, como finalmente se hizo, liquidando la práctica totalidad de las sociedades de titularidad pública, bien fueran de TÉNEO o de la propia Agencia Industrial del Estado (AIE).

Para ello los pasos que se dieron fueron los siguientes: en primer lugar, se liquidó TÉNEO por el procedimiento de cesión global de todos sus activos y pasivos a su accionista único, SEPI, sin necesidad de disolución, procedimiento entonces vigente que permitió liquidar la sociedad en un mes de plazo, tras una publicación de anuncios por si hubiera acreedores que pudieran oponerse a la cesión, que no los hubo. En segundo lugar, también se liquidó la propia AIE en noviembre de 1997, revirtiendo sus activos y pasivos a SEPI, con lo que el esquema de división entre empresas viables y no viables, iniciado en 1992 con la constitución de TÉNEO y rematado en 1995 con la desaparición del INI, dejó de existir.

Las privatizaciones llevadas a cabo básicamente entre 1996 y 2000 (IBERIA y MUSINI se privatizaron en 2001 y 2003 respectivamente) buscó, y en gran medida consiguió, la maximización del beneficio en la venta de las empresas y grupos enajenados (más de treinta en total) y los fondos obtenidos, cuatro billones de pesetas fueron dedicados a sanear y financiar los despidos y jubilaciones del personal incluido en las denominadas «sociedades latentes» que absorbieron la mano de obra sobrante en los procesos de reconversión afectantes a varios de los grupos de empresas del antiguo INI (siderurgia, naval, carbón, etc.). En este proceso salieron del sector público, entre otras muchas empresas y grupos de ellas, ENDESA, INESPAL, ENCE, CTE y ELCANO, IBERIA, POTASAS, BWE, REPSOL, ACERALIA, ARGENTARIA (Banco Exterior), TELEFÓNICA, SANTA BÁRBARA, CASA, RED ELÉCTRICA y OMEL.

Los procedimientos de venta fueron variados: desde la colocación en Bolsa (ENDESA, RED ELÉCTRICA, ENCE, INDRA) a la selección de la mejor oferta, como en el caso del Grupo POTASAS, o de las Compañías de transporte marítimo, o a procedimientos mixtos, como en el caso de IBERIA, en que se creó un núcleo duro de accionistas que adquirió una participación del orden del 30%, BRITISH AIRWAYS, como operador experto, a la que se adjudicó el 10%, y el resto salió a Bolsa. También hubo adjudicaciones directas, como es el caso de la adquisición de INESPAL por parte de ALCOA, el tercer mayor productor de aluminio del mundo. En todo caso, en la venta de empresas industriales a grupos concretos, se les exigía además el cumplimiento de un Plan industrial que garantizara, al menos durante un cierto tiempo, la estabilidad en el empleo. Es el caso de SANTA BÁRBARA, vendida a General Dynamics, de la propia INESPAL o del Grupo POTASAS.

En definitiva, las privatizaciones, verdadera herencia del Instituto, por las que se devolvió al país debidamente saneados una gran parte de los activos que construyó o ayudó a construir el INI, fueron un éxito económico, de la misma manera que debe reconocerse que la preparación y saneamiento previo de las empresas vendidas, tarea realizada a lo largo de los años inmediatamente anteriores al proceso privatizador, permitieron que la operación privatizadora fuera un éxito no solo económico, sino también de gestión, por cuanto que se instrumentó y ejecutó en un periodo de menos de cuatro años. A ello habría que sumar la excelente calidad de los equipos profesionales del INI, financieros, de control, de administración y por supuesto jurídicos, que coadyuvaron al esfuerzo privatizador y a la maximización de sus resultados. Naturalmente ello incluye a los compañeros del Cuerpo, que en la cabecera o en las empresas afectadas prestaron su mejor colaboración en un proceso que no admitía los errores. No se citan sus nombres para evitar omisiones no queridas, pero los firmantes de este artículo, a la sazón secretario y vicesecretario del Consejo de Administración de SEPI y TÉNEO, y por tanto testigos de aquella época, pueden dar fe del esfuerzo y profesionalidad de todos nuestros compañeros.

El aspecto menos favorable del proceso privatizador, en opinión personal de los firmantes, fue que en términos prácticos, al ser tan extenso y radical en cuanto a la desposesión plena del Estado, han impedido cualquier intervención ulterior del propio Estado en los sectores económicos concretos en que actuaban (la fracasada fusión de ENDESA con IBERDROLA en 2001, la OPA sobre ENDESA por parte de GAS NATURAL en 2005, la contraoferta de E.ON en 2006 y la adjudicación final a ENEL/ACCIONA en 2007, son un buen ejemplo de estas dificultades) y solamente ha quedado el mecanismo de la recompra para garantizar la evitación de la pérdida de la españolidad de algunas empresas clave, como es el supuesto de INDRA, de la que SEPI volvió a adquirir en agosto de 2013 el 20% de su capital que ostentaba BANKIA por 337 millones de euros, y en

2014 fue el propio Ministerio de Defensa quien se interesó por dicha participación por considerarla estratégica para la defensa, pagando el INTA más de 400 millones de euros por la misma. No es ocioso recordar que INDRA se privatizó en 1999 por un precio en Bolsa de 660 millones de euros por la totalidad de sus acciones.

9. LA ABOGACÍA DEL ESTADO Y EL INI

El INI estuvo configurado por dos componentes esenciales. De una parte, la cabecera del Grupo y de otra, las diferentes empresas que del Instituto dependían (directas e indirectas, mayoritarias y minoritarias). Nos da una idea del tamaño y de la evolución del Grupo el número de empleados que pasó de un total de 31.217, en 1949, a 146.625, en 1990 (con picos de entre 226.000 y 254.000, entre los años 1975 y 1981).

Durante todo el largo periodo de puesta en marcha y desarrollo del Instituto es muy destacable la labor de su asesoramiento jurídico, que cobra especial importancia dentro del entramado organizativo y técnico de un grupo de la importancia y la dimensión del INI.

Y a este respecto, no cabe duda de que la Abogacía del Estado jugó un papel esencial, tanto en la cabecera del Grupo como en las diferentes empresas dependientes de la misma.

Esta relación se ha mantenido además a lo largo de toda la vida del Instituto, e incluso después de su liquidación y ha permitido que muy ilustres miembros del Cuerpo desempeñaran puestos clave en la organización del INI, y ello tanto en la plaza del Marqués de Salamanca, sede histórica del Instituto mientras existió, como en un gran número de sus empresas, especialmente de las más significativas. Sería una ardua tarea intentar una enumeración de todos ellos. Nos referiremos a algunos aspectos que reflejan esa conexión permanente de nuestro Cuerpo con los trabajos y los días del Instituto.

A título de ejemplo, hay que destacar que Juan Sánchez-Cortés estuvo al frente de la Asesoría Jurídica desde el año 1942 hasta el año 1963. Juan Sánchez Cortés fue después subsecretario de Hacienda y presidente de SEAT. Por otro lado, desde los primeros tiempos (desde el año 1942) y participando en los trabajos de la puesta en marcha del «*Plan Nacional para la fabricación de combustibles líquidos y lubricantes, partiendo de materias primas nacionales*», que ya contemplaba, para una fase ulterior, un proyecto en Cartagena, así como en los inicios de la empresa ELCANO, estaba Ignacio Muñoz Rojas, que había sido subsecretario de Industria, que siguió una trayectoria profesional muy próxima a Suanzes y que era persona de su confianza. Fue además presidente de ENASA, la fábrica de camiones Pegaso.

No obstante, cuando se consolida la colaboración citada es a partir de la desaparición de los primeros históricos presidentes del Instituto, Suanzes y José Sirvent, que le sucedió como presidente y que durante el mandato de Suanzes había sido el secretario del Consejo. Las salidas de Suanzes y Sirvent, que representaban una posición inmovilista del Instituto, dio lugar a la entrada de nuevos presidentes deseosos de modernizar los sistemas de funcionamiento del INI y adaptarlo a la competencia con las empresas privadas.

Aunque los presidentes que ejercieron como tales desde 1969 hasta 1984 fueron ocho, sin embargo entre ellos se cuentan algunos que dejaron una huella importante en materia de organización, cual es el caso de Claudio Boada, Juan Miguel de Antoñanzas y

José Miguel de la Rica. Todos ellos confiaron en los individuos del Cuerpo, los nombraron o les ratificaron la confianza.

Ello implicó la entrada de entonces jóvenes y brillantes abogados del Estado a desempeñar la Secretaría General y del Consejo del Instituto. Álvaro Muñoz, José María Amusátegui (Vicepresidente del INI), Santiago Foncillas, Fernando Bertrán, Juan Antonio Atienza, Eduardo Serra y Tomás Santoro desempeñaron el puesto de secretario general y del Consejo a lo largo de aquellos años y hasta 1986. Muchos de ellos ocuparon puestos relevantes en la Administración o en la empresa privada al dejar el Instituto. Álvaro Muñoz fue subsecretario de Industria y luego presidente de MUSINI hasta su privatización y presidente también durante muchos años de la CLEA, la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, y de UNESPA, la patronal del Seguro. Santiago Foncillas presidió importantes empresas energéticas. José Amusátegui presidió el Banco Central y Juan Antonio Atienza fue vicepresidente de ENSIDESA. El caso más paradigmático es sin duda el de Eduardo Serra, que fue sucesivamente subsecretario, secretario de Estado y ministro de Defensa, además de presidir importantes empresas privadas y el patronato del Museo del Prado o el Instituto Elcano entre 2000 y 2004.

Los presidentes de la época socialista, entre 1982 y 1994, fueron cinco (Enrique Moya, Luis Carlos Croissier, Claudio Aranzadi, Jordi Mercader y Javier Salas), si bien hubo una gran unidad de acción, especialmente desde Croissier, por cuanto que tanto él como Aranzadi se sucedieron como presidentes y luego como ministros de Industria, Jordi Mercader había presidido BAZÁN (Construcciones Navales Militares) y Javier Salas había hecho toda su carrera en el Instituto, donde ya era director general de Gestión Corporativa cuando fue nombrado presidente en octubre de 1990. De hecho, al cesar en junio de 1996 había sido el segundo presidente más duradero, detrás exclusivamente del fundador del Instituto.

Estos Presidentes respetaron la costumbre de nombrar un abogado del Estado como secretario del Consejo y de Asuntos Jurídicos (desde el inicio de la reconversión industrial la Secretaría General del Instituto se hizo cargo de las cuestiones laborales y de personal y se constituyó en órgano distinto de la Secretaría del Consejo).

La única excepción a esta política de nombramientos la constituyó el de José María Pérez-Tremps como secretario del Consejo y de Asuntos Jurídicos entre 1986 y 1990, si bien es cierto que este nombramiento se produjo en el brevísimo espacio de tiempo en que el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado al que pertenecía Pérez-Tremps formó parte, junto con el nuestro y el de Letrados del Ministerio de Justicia, de lo que se llamó Cuerpo de Letrados del Estado. Tras la dimisión de José María Pérez-Tremps, un excelente secretario de otra parte, se volvió a la designación de un abogado del Estado, que se mantuvo mientras el INI existió.

No quedaría completo este listado de conexiones entre los abogados del Estado y el INI si no nos refiriéramos a dos aspectos fundamentales. El primero es el del servicio prestado a través de la Asesoría Jurídica del Instituto ostentada por nuestro Cuerpo, dada la condición de organismo autónomo de que gozaba el Instituto. Ya se ha señalado el importante papel de Juan Sánchez-Cortés al frente de dicha asesoría. Luego, desde la adscripción a Industria, la asesoría fue la del propio Ministerio, si bien residenciados sus componentes en la plaza del Marqués de Salamanca.

Esta situación se prolongó hasta 1988, cuando el INI se conformó como sociedad estatal y una buena parte de los funcionarios del Ministerio allí destacados volvió al propio Ministerio, en tanto que otros, por el contrario, se incorporaron al Instituto como empleados de la sociedad estatal. Alejandro García Fernández, Agustín Puente e Ignacio

del Cuvillo formaban dicha Asesoría, quedándose como Jefe de la de la sociedad estatal Ignacio del Cuvillo cuando se cortó la conexión administrativa con el Ministerio.

A partir de 1988, la Asesoría Jurídica era una de las tres Direcciones en que se dividía la Secretaría del Consejo y Asuntos Jurídicos. Las otras dos fueron la Dirección de Asesoramiento Fiscal y la Vicesecretaría del Consejo. Hasta el final del Instituto, y después en SEPI, Ignacio del Cuvillo y Juan Serrada se mantuvieron en las jefaturas de Asesoría Jurídica y de la Vicesecretaría del Consejo. A ellos se sumó, como co-director de la Asesoría Jurídica Borja Acha, tras liquidarse la Agencia Industrial del Estado y volver al redil de SEPI en noviembre de 1997. Borja Acha pasó en 1998 tras la privatización completa de ENDESA a convertirse en su director de Asesoría Jurídica.

En relación con las empresas, fueron muchos los compañeros, tanto en Madrid como en otras comunidades autónomas, que a lo largo de los años pasaron por los puestos de asesoramiento o de Secretaría de muchas de aquellas. No cabe enumerarlos porque sería interminable la lista. Baste señalar que cuando se constituyó TÊNEO en 1992, las cuatro mayores empresas del Grupo representadas en su Consejo de Administración (IBERIA, CASA, ENDESA e INESPAL) contaban con un secretario del Consejo perteneciente al cuerpo. Ello daba mucha tranquilidad a quien fuera secretario del Consejo y de Asuntos Jurídicos en la cabecera del Instituto y permitía un contacto fluido y permanente con los compañeros en las empresas. Una vez al año se celebraban las denominadas «jornadas jurídicas», a las que asistían los abogados del grupo de empresas, y ello daba pie a un grato intercambio de pareceres sobre aspectos novedosos de la legislación, así como a la unificación de criterios en cuestiones opinables.

Tanto los abogados del Estado de la cabecera como los compañeros de las empresas participadas actuaban también como consejeros en diversas filiales, representando al INI o a TÊNEO.

Una muestra más de la cooperación del Instituto con las tareas de la Abogacía del Estado fue la suscripción en 1994 de uno de los primeros convenios de colaboración entre el Instituto y la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que permitía al INI disponer de los servicios de la Abogacía del Estado en lugares en los que el INI no tenía representación legal adecuada. Por parte de la Dirección General suscribió el citado convenio su titular, Emilio Jiménez Aparicio.

Uno de los logros más llamativos del INI, en el aspecto organizativo, durante su prolongada vida fue el establecimiento de las denominadas «*Normas Regulatoras de las relaciones del Instituto Nacional de Industria con las empresas en que participa*», las cuales estaban integradas por diversos documentos y con algunas modificaciones permanecieron vigentes durante toda la vida del Instituto.

El Sistema de Planificación, Seguimiento y Control estaba compuesto de diversos instrumentos formales, de entre los que se podrían destacar el «*Programa Operativo Anual y Plan a Medio Plazo (POA.PM)*», el «*Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF)*», la «*Información para la Comisión Permanente*», la «*Última Previsión Anual*» (UPA) y la «*Autorización expresa de determinados actos y operaciones*».

Mención especial merece el régimen de autorizaciones expresas, dentro del que se incluían operaciones económico-financieras (inversiones, suscripciones o compra de acciones, ampliaciones y reducciones de capital, prestaciones de avales, contratos de licencias, patentes y marcas y de inmuebles o disolución y liquidación de filiales) así como otro tipo de actos (convocatorias de Juntas Generales, nombramientos de consejeros u otorgamiento de poderes en casos especiales). Los secretarios de los Consejos de

Administración estaban encargados de velar por el cumplimiento de estas normas de relación dentro de los órganos de administración de las empresas.

Todo este proceso de control anual que implicaba la revisión conjunta de la actividad de la empresa o grupo de empresas por sus directivos con las diferentes direcciones del Instituto (Dirección General de la que la empresa o grupo dependieran, Dirección Financiera, de Control, Dirección de Personal y Secretaría del Consejo), empezaba con la preparación del PAIF (previsión a largo plazo de necesidades) y el POA/PM, que analizaba las previsiones anuales y su incardinación en un plan a cuatro años, que continuaba con la celebración de la Comisión Permanente, verdadera junta de accionistas previa a la formal a celebrar anualmente, y concluía con la UPA en el mes de noviembre que anticipaba lo que deberían ser los resultados del ejercicio.

10. CONCLUSIÓN

Hablar de las relaciones del Cuerpo de Abogados del Estado con el INI es hablar de una colaboración constante fraguada en el día a día, en la que más importancia que el desarrollo legislativo de la institución —que como se ha visto, fue escaso— tuvo la labor diaria de sujeción a la legalidad y de mantenimiento de estándares altos de ética de los negocios, que siempre caracterizó al Instituto y que siempre cumplieron los individuos del Cuerpo que allí prestaron sus servicios. Fue además una relación de la que se beneficiaron ambas partes. El INI porque siempre contó con excelentes profesionales del Derecho que, como suele ocurrir en el trabajo de los abogados de empresa, se movió en esa línea difusa en la que el buen servicio jurídico exigía la colaboración en la gestión propiamente dicha (y no su mantenimiento en una especie de urna aislada del día a día empresarial) y los individuos del Cuerpo, porque su paso por el INI fue indudablemente formativo para sus futuras carreras, dado el tamaño y la gravedad de los problemas con los que en muchas ocasiones debieron enfrentarse.

En definitiva, y a modo de comentario final, puede decirse que la configuración del Cuerpo de Abogados del Estado, con una formación técnica muy acusada y una manera flexible e inteligente de actuar en la vida práctica de las empresas, conformaba un binomio extraordinario, para conjugar el derecho público y el derecho privado en una tarea histórica de la dimensión del Grupo INI.

En esta labor formativa colaboró de forma decisiva Manuel Goded, al que, a través de estas líneas, rendimos homenaje.

RAZONES POR LAS QUE UN ABOGADO DEL ESTADO DEBE ESTAR FAMILIARIZADO CON EL ARBITRAJE

José Antonio Caínzos Fernández

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ARBITRAJES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES.—3. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS LAUDOS DICTADOS EN CASOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES.—4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN EL ARBITRAJE.—5. ARBITRAJES DE EMPRESAS PÚBLICAS.—6. ARBITRAJES DE DERECHO SOCIETARIO.—7. ARBITRAJES DE ÓRGANOS REGULATORIOS.—8. ARBITRAJE INCLUIDO EN TRATADOS INTERNACIONALES.—9. ARBITRAJES DE DERECHO DEPORTIVO.—10. ARBITRAJES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET.—11. EL ARBITRAJE MARÍTIMO.—12. EL ARBITRAJE APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS.—13. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO.—14. CONCLUSIÓN.—15. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. INTRODUCCIÓN

El programa de las oposiciones a abogado de Estado es uno de los grandes atractivos para quienes en algún momento de su vida de estudiante o profesional del derecho deciden iniciar su preparación para ingresar en este cuerpo¹. Seguramente lo es por muchas razones, pero no tengo duda de que una de ellas es la capacidad que genera a quien lo domina para trabajar con el derecho privado o el público y en funciones consultivas o contenciosas. Esta enorme virtud no debe perderse porque sería tanto como renunciar a la esencia de la que se sigue considerando una profesión jurídica de muy amplio espectro y enorme versatilidad, la de abogado del Estado.

La realidad del mundo jurídico cambia con el tiempo y las tareas que el abogado del Estado tiene que afrontar van evolucionando al calor de las necesidades a las que se enfrenta la Administración del Estado en sentido estricto o las demás personificaciones jurídicas a través de las cuales el Estado cumple sus misiones o responde a los entornos jurídico-políticos en los que trabaja o se integra. Nadie negaría que la integración en la que hoy llamamos Unión Europea, por citar sólo un caso muy evidente, generó una nueva forma de trabajar para los abogados del Estado, especialmente, pero no solo, para los que desarrollan sus tareas ante las instituciones comunitarias, y creó la imperiosa necesidad, para todos, de conocer y aplicar un Derecho que se ha ido convirtiendo en más relevante cada día.

¹ El homenaje al gran y querido preparador Manuel Goded es lo que nos ha unido a todos los que participamos en este libro, pero cada uno tendrá, probablemente, un recuerdo especial y diferente de la convivencia con Manolo. El mío se sitúa en las tardes de los viernes, que era el día en que «cantaba» con Manolo. Esperar su veredicto tras escuchar mi exposición de un tema producía una mezcla de nervios e ilusión que, en definitiva, servía para motivarme. La parquedad de Manolo, o, si se quiere, su capacidad para expresar su juicio con muy pocas palabras, hacía que una sola frase pudiera cambiarte la vida: «Bien de tiempo, bien de contenido». Estas expresiones, cuando las oías, te sonaban a música celestial, justificaban el arduo trabajo de estudio y encerrona, elevaban tu autoestima y, sobre todo, te hacían pensar que si Manolo pensaba eso de uno de «tus» temas, es que era posible alcanzar el objetivo, aprobar la oposición.

Jamás olvidaré el despacho en el que Manolo nos recibía, la cara sonriente de Carmen cuando nos abría la puerta, la expresión con la que Manolo nos escuchaba mientras «cantábamos», pero, por encima de todo, nunca se borrarán de mi memoria esas precisas palabras que solo oías cuando las merecías. Gracias, Manolo.

Mi modesta contribución a este libro de merecido homenaje a nuestro querido y admirado Manolo Goded será totalmente inútil si la propuesta que defiendo en él concita un total o mayoritario consenso, pero tengo la impresión de que este artículo es oportuno en la medida en que lo que aquí planteo no es algo que, a mi juicio, haya sido todavía incorporado a la genética de la abogacía del Estado. El título de este trabajo no oculta su intención. Defiendo que en la actualidad quien ingresa en el Cuerpo de Abogados del Estado debe estar preparado para la posibilidad, nada remota, de tener que actuar en procedimientos arbitrales, en su fase preparatoria o en la posterior al laudo. Y no me estoy refiriendo a la eventualidad de que esa persona en algún momento de su vida decida pedir la excedencia y trabajar en el sector privado, sino al desarrollo de sus funciones como servidor público.

Hace años, era previsible que un abogado del Estado tuviera que enfrentarse a procedimientos judiciales civiles y, en ellos, tuviera que aplicar el derecho civil o el mercantil (en cualquier provincia, en los servicios de tribunales en Madrid, en la antigua Dirección General de lo Contencioso del Estado, del Servicio Jurídico del Estado, después, y en la actual Abogacía General del Estado, o en los distintos Ministerios, organismos autónomos o personas jurídico-públicas en las que los abogados del Estado prestaban servicios). Por tal razón el programa ha incluido siempre un detallado estudio del Código Civil y demás leyes reguladoras del derecho privado y una no tan exhaustiva pero suficiente aproximación al derecho mercantil, junto a un muy profundo conocimiento del derecho procesal civil que, en muchos casos, había que demostrar no sólo en un ejercicio teórico muy exigente sino también en un caso práctico que, con cierta frecuencia, servía, deliberada o involuntariamente, para disminuir de forma sustancial el número de opositores con posibilidad de superar la oposición. Sin embargo, en la actualidad tengo la sensación, contrastada verbalmente, aunque no constatada documentalmente por mi situación de excedencia voluntaria, de que se ha reducido el número de compañeros que manejan con habitualidad o, al menos de forma regular, estas materias. Las razones son muchas pero parece que hay tres muy evidentes. La primera es la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en las materias de las que surgían estas controversias. La segunda, la creación del Servicio de Civil en el que se concentran los litigios de esta naturaleza, lo que ha privado a muchos abogados del Estado del contacto con estos temas. La tercera, la creación de numerosas personificaciones jurídicas que actúan sometidas al derecho privado en las que no hay un puesto reservado al abogado del Estado. Sin embargo, no se discute la conveniencia de mantener una muy sólida formación en el derecho sustantivo privado y en los aspectos procesales del foro en el que se dirimen las disputas en las que rige ese derecho.

En la actualidad, en cambio, ha surgido con fuerza un nuevo campo en el que el abogado del Estado puede tener que demostrar su destreza procedimental y aplicar tanto derecho privado como público, nacional e internacional. Un ámbito que, además, despliega características muy diferentes a las de los procedimientos judiciales en general. Me refiero al arbitraje.

Las diferencias entre la vía judicial y la arbitral pueden parecer aparentemente menores e inducir al error de pensar que quien está capacitado para manejar correctamente procedimientos judiciales, en especial de naturaleza civil, puede desarrollar con la misma seguridad, sin mayor preparación previa y con la misma eficiencia, las habilidades necesarias para afrontar con garantías de éxito los procedimientos arbitrales a los que, eventualmente, tenga que hacer frente.

No es propósito de este breve artículo explicar las diferencias entre arbitraje y jurisdicción, pero valgan unos cuantos botones de muestra para explicar la existencia de

elementos distintivos muy sustanciales: i) la naturaleza del decisor —árbitro en lugar de juez— que generalmente será un abogado con una formación muy distinta si es extranjero, lo que es perfectamente posible; ii) las singularidades de un procedimiento en el que el número de trámites de alegaciones puede variar de caso en caso, determinando estrategias muy diferentes, y en el que la proposición, obtención y práctica de la prueba puede ser significativamente diferente a la judicial en materias como la obtención de documentos, la utilización de declaraciones testificales escritas o la celebración de complejos interrogatorios y careos entre peritos que pueden extenderse días enteros; iii) la imposibilidad de corregir un resultado adverso mediante los recursos que, en cambio, forman parte de la normal senda judicial.

Por el contrario, pretendo hacer una enumeración, seguramente incompleta, de los casos en los que ya hoy un abogado del Estado puede encontrarse inmerso en un procedimiento arbitral o tener que asesorar sobre el funcionamiento y consecuencias de él. A ello podría añadirse, en mi opinión, que el campo de actuación del arbitraje va a seguir ensanchándose y es cuestión de tiempo su irrupción en conflictos en los que hoy todavía no se usa este mecanismo.

Para hacer este rápido recorrido he procurado referirme a arbitrajes en los que ya hay precedentes de intervención de abogados del Estado. Puede que en algunos de los supuestos que menciono todavía no se haya producido esa ocasión pero, en todo caso, la tendencia es a una mayor participación en supuestos como los descritos o similares a ellos.

2. LOS ARBITRAJES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Pocos temas resultan de mayor actualidad que los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros contra el Reino de España como consecuencia de los cambios regulatorios operados en el sector energético en nuestro país en buena parte del corriente siglo XXI. La trascendencia de estos asuntos para la reputación de España, para las arcas públicas y, en general, para el desarrollo de un sector clave en cualquier país como es el de la energía, han puesto de manifiesto que todos los Estados, y no sólo los que están en vías de desarrollo, pueden ser sujetos pasivos en esta clase de procedimientos. Pero no olvidemos que, con anterioridad a ellos, ya existía algún precedente en el que nuestro país se había visto afectado. Me refiero al bien conocido caso Maffezini², pero también al caso Las Rozas³ que demuestran que el Estado está expuesto a reclamaciones en sectores muy variados y en cualquier momento.

A mi juicio, la acertada decisión de que fuera la Abogacía del Estado quien representara a España en los casos de las renovables, ha convertido la defensa de España en los arbitrajes de protección de inversiones en una importante misión para un buen número de abogados del Estado, de muy diversa procedencia en cuanto a sus destinos previos⁴. Se

² Caso ARB 97/7 del CIADI concluido por laudo de 13 de noviembre 2000, que, por primera vez, se condenó a España en un arbitraje de estas características.

³ En este caso, las sociedades Inversiones y Gestión de Bienes, IGB, SL e IGB 18 Las Rozas SL demandaron a España ante el propio CIADI (ARB/12/17) y obtuvieron un laudo el 14 de agosto de 2015.

⁴ En la fecha en que se escribe este artículo se ha dictado laudo en ocho procedimientos (Charanne vs España; Isolux vs España; Eiser vs España; Novenergia vs España; Masdar vs España; Antin vs España; Greentech vs España; RREF vs España). En la página web del CIADI aparecen 29 casos registrados contra España, pendientes de laudo, relacionadas con las modificaciones del régimen regulatorio de las renovables. A ellos hay que añadir seis casos de renovables que no tramita el CIADI y un caso más contra España presentado por antiguos accionistas del Banco Popular ante el CIADI (EBM Global, S.A. de C.V., Fondo de Inversión de Renta Variable y otros).

trata de una modalidad de arbitraje muy poco común hasta hace poco tiempo pero muy exigente por cuanto en ella se debate sobre sectores regulados complejos y aspectos de derecho internacional público, administrativo, fiscal y financiero pero también, de derecho privado, todo ello en un entorno procedimental muy exigente. Además, la visibilidad de la defensa jurídico del Estado en estos procedimientos es máxima, cada caso se sigue en la comunidad internacional con atención e interés porque son muchos los que esperan los laudos sobre estas materias para tomar su decisión de iniciar un arbitraje contra España. El mecanismo de protección de inversiones extranjeras se ha popularizado en el mundo empresarial y los actores económicos no van a renunciar a él. Por otra parte, ha crecido el número de abogados que se sienten cómodos en estas reclamaciones. Todo ello hace que estos casos se hayan convertido rápidamente en un problema para el Estado.

Es éste uno de los ejemplos más evidentes en que el abogado del Estado no sólo debe contar con una formación sustantiva notable, como sin duda ocurre, sino también con una experiencia en arbitraje que le permita desenvolverse con soltura en las lides arbitrales, muy variadas en función del caso, partes intervinientes y árbitros designados.

En estos arbitrajes es esencial disponer de una buena capacidad de identificación de los potenciales árbitros que España vaya a designar, la experiencia previa y posiciones doctrinales defendidas por los árbitros elegidos por los inversores y, sobre todo, por los presidentes de los tribunales, tanto en los casos en los que su designación se produce por acuerdo de las partes como cuando son nombrados por la institución arbitral encargada de ello.

Tampoco podemos olvidar que los procedimientos en curso tienen lugar en escenarios diferentes. Aunque la mayoría de ellos se desarrollan en el marco del CIADI, como es práctica habitual en los arbitrajes de protección de inversiones, hay arbitrajes que se han tramitado siguiendo las reglas UNCITRAL y algunos que han sido administrados por la Cámara de Comercio de Estocolmo. Esto significa la aplicación de tres reglamentos diferentes, con elementos distintivos no menores. En todos esos entornos se tiene que mover con soltura la Abogacía del Estado.

De lo que no cabe duda es que estos casos han acercado a los abogados del Estado al mundo arbitral hasta el punto de que lo que hace algunos años era excepcional (el Club Español del Arbitraje invitó tradicionalmente a la Abogacía del Estado a participar en sus eventos pero durante años no acudió nadie a ellos) hoy se ha convertido en algo habitual. Los programas de seminarios o congresos celebrados en España o incluso fuera de nuestras fronteras en los que se trata del arbitraje de protección de inversiones incluyen de manera sistemática a abogados del Estado destinados en la unidad que asume la defensa del Estado en estos casos.

Vemos, pues, que no sólo han proliferado los casos en que España se ha visto involucrada en arbitrajes de inversión sino también que se han diversificado los centros de arbitraje ante los que se han dirimido estas disputas. El hecho de que España tenga desde 1994 la condición de firmante del Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, ha hecho que la mayor parte de los procedimientos se tramiten ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI, en español e ICSID, en inglés). La existencia del Tratado de la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 12 de diciembre de 1994, del que España también es parte, al permitir al inversor en un Estado que considere que el Gobierno no ha cumplido sus obligaciones de protección de las inversiones extranjeras, elegir entre someter la solución de la controversia a un tribunal nacional, al procedimiento acordado con el Gobierno o a un arbitraje internacional ante el CIADI, ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o a las reglas de Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en español; UNCITRAL, en inglés), ha supuesto que también la SSC (Cámara de Comercio de Estocolmo) se convierta en un centro de arbitraje al que algunos inversores han acudido (según los datos disponibles, en cuatro casos).

Y no debemos pensar que estos arbitrajes son una especie de moda efímera. El arbitraje de inversiones ha venido para quedarse. Los agentes económicos lo han descubierto y han perdido el miedo a demandar a Estados del primer mundo contra los que hace años hubiera sido impensable iniciar reclamaciones. Hoy hay casos contra los países de Europa, Canadá y Estados Unidos. Y los seguirá habiendo a pesar de las dificultades que el mundo occidental quiere plantear porque el inversor extranjero ya no se resigna a que un cambio normativo o regulatorio limite o extinga sus expectativas de obtener un beneficio en el país receptor de su inversión. Cualquier medida adoptada por un Gobierno que suponga un cambio de políticas en algún sector de la economía es examinado con lupa por los inversores y por sus abogados para analizar si «hay caso» contra ese Estado. A este cambio de actitud debe añadirse que la facilidad en la obtención de información sobre casos anteriores hace posible conocer las decisiones de otros tribunales y, por tanto, comprobar si el supuesto en que se halla un potencial demandante ha sido ya estudiado con anterioridad y si ha dado lugar a un laudo favorable al inversor. El CIADI ha hecho mucho por que exista esa transparencia al publicar los laudos en su página web pero no es la única fuente de información. Los laudos dictados en el seno de otras instituciones son conocidas de manera casi inmediata a pesar de que no se hagan públicos en su página web. También la formación es mucho más sencilla porque han proliferado los libros, artículos de revistas especializadas, cursos y hasta las noticias en los medios de información general y económica. Hoy se puede afirmar sin ningún género de dudas que no sabe de arbitraje de inversiones quien no quiere.

Los despachos de abogados que han empezado a trabajar en esta materia son incontables. Hace no muchos años sólo un grupo muy reducido de firmas internacionales, normalmente norteamericanas o inglesas, estaban en condiciones de asumir la defensa de los inversores o el Estado. Hoy proliferan los abogados que se dedican a estas materias en multitud de países y pueden estar integrados tanto en despachos nacionales como internacionales, pequeñas firmas especializadas en estas cuestiones o grandes organizaciones capaces de poner a disposición del cliente, público o privado, equipos multidisciplinarios muy compactos.

El aumento del número de casos a nivel mundial también ha elevado proporcionalmente el número de árbitros con experiencia en estos temas. La consecuencia inmediata de ello es que se han incrementado los profesionales que hacen gala de su conocimiento y experiencia en estas materias. Este circuito de expertos se extiende a los peritos intervinientes en estos procedimientos, que han encontrado un nuevo campo de desarrollo para sus conocimientos económicos, ingenieriles o regulatorios. En suma, al haber una comunidad cada vez más grande de profesionales con capacidad para trabajar en estas materias, crece sustancialmente la posibilidad de que al inversor se le recomiende que plantee estas reclamaciones. Por eso el arbitraje de inversiones no va a desaparecer y los abogados del Estado tienen que estar perfectamente preparados para defender a España en estos casos tan importantes.

3. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LOS LAUDOS DICTADOS EN CASOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

El resultado normal de un arbitraje es un laudo favorable o desfavorable a la parte demandante. Si se trata de un procedimiento de protección de inversiones contra el Reino de España y el laudo es favorable al inversor, en caso de que el Estado no ejecute voluntariamente el laudo, el inversor instará su ejecución de modo inmediato. Puede

hacerlo en España o fuera de nuestro territorio. Si lo plantea ante los tribunales españoles, el abogado del Estado correspondiente tendrá que asumir la defensa del Estado en esa ejecución, oponiéndose a ella.

El momento de la ejecución es el verdaderamente importante por razones obvias. El abogado del Estado que asuma la responsabilidad de intentar evitar la ejecución del laudo deberá conocer no sólo los mecanismos de la ejecución judicial, sino también todas las peculiaridades de la ejecución de laudos extranjeros en general porque, aunque los laudos pueden haberse dictado en el seno de procedimientos instados por inversores europeos en los que la defensa de España vendrá dada por la posición de la Unión Europea⁵, también puede tratarse de laudos que nada tengan que ver con los demás países del ámbito europeo y cuya ejecución se produzca como consecuencia del Convenio de Nueva York de 1958 en el que las causas de oposición son limitadas pero pueden resultar aplicables en determinados casos⁶. O puede tratarse de la ejecución de un laudo CIADI en el que el inversor no es europeo, que se rige por el Convenio de Washington, lo que significa que el laudo tiene el mismo valor que una sentencia española⁷.

Otra situación en la que el abogado del Estado se puede encontrar en la ejecución de laudos extranjeros de protección de inversiones es la de un laudo contra un tercer Estado que se quiera ejecutar en España por existir en nuestro territorio bienes de ese Estado. Aunque esa ejecución no afecta de modo directo al abogado del Estado, pues habrá de ser el letrado designado por ese tercer Estado para representarle el que defienda la oposición a la ejecución, si es el caso, en la práctica se comunica la existencia de ese procedimiento al Ministerio español de Asuntos Exteriores por el juzgado de 1.ª Instancia encargado de la ejecución para que la Administración española decida si interviene o hace alegaciones, especialmente en relación con la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España.

4. LA INFLUENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN EL ARBITRAJE

Tampoco los abogados del Estado que trabajan más de cerca con el derecho de la Unión Europea pueden vivir al margen del arbitraje porque son varias las cuestiones relacionados con el arbitraje que han sido examinadas y resueltas a la luz del derecho comunitario⁸.

⁵ Es bien conocido el problema que existe en la actualidad como consecuencia de la posición de la Comisión Europea y de la sentencia del TJUE en el caso Achmea impidiendo la ejecución en la Unión Europea de los laudos dictados en arbitrajes de protección de inversiones intra Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2018, Achmea, C-284/16, EU: C:2018:158). Como consecuencia de esta sentencia se emitió la comunicación de 19 de julio de 2018 de la Comisión y el Parlamento Europeo sobre «Protección de la inversión intra-UE». COM/2018/547. Más recientemente se ha producido la Declaración de 15 de enero de 2019 en la que los representantes de los Estados miembros de la Unión Europea (salvo Finlandia, Luxemburgo, Malta, Eslovenia, Suecia y Hungría) toman importantes decisiones sobre estas cuestiones.

⁶ Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, de la que España es parte desde 1977. Su artículo V recoge las causas de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo que se pretende ejecutar.

⁷ Art. 54 del Convenio de Washington de 1965.

⁸ Sencillo y clarificador es el artículo publicado recientemente por Santiago Martínez-Lage en la *Spain Arbitration Review* n.º 33/2018 titulado «Arbitraje y Unión Europea: dónde estamos».

También son interesantes otros artículos de este experto en Derecho comunitario como el titulado «Arbitration and EU Competition Law: New Rulings and New Thoughts», *Spain Arbitration Review* n.º 25/2016.

No hace falta recordar la importancia de la Sentencia del TJUE dictada el 1 de junio de 1999 en el caso *Eco Swiss*⁹, que reconoció la arbitrabilidad de las controversias que involucran las normas que integran el derecho de la competencia de la Unión Europea, en cuanto afectan a las relaciones entre particulares. La pregunta pendiente de respuesta es si cabe someter a arbitraje las disputas sobre daños derivados de la vulneración del derecho de la competencia (Directiva 2014/104/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea)¹⁰.

Otra cuestión decidida en el derecho europeo es la imposibilidad de que los tribunales arbitrales planteen cuestiones prejudiciales al TJUE. El caso *NORDSEE* resuelto por sentencia del TJUE de 23 de marzo de 1982 (asunto 102/81) fue el marco en el que, ante el planteamiento de una cuestión prejudicial por un árbitro de derecho, se produjo la siguiente declaración:

El Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el árbitro.

Las razones que fundamentaron este fallo fueron:

13. De estas consideraciones se deduce que el vínculo entre el presente procedimiento arbitral y la organización de los recursos legales en este Estado miembro no es suficientemente estrecho para que el árbitro pueda ser calificado de «órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros» en el sentido del artículo 177.

14. Como ha recordado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de octubre de 1981, *Broekmeulen* (246/80, Rec. P. 2311), el Derecho comunitario debe ser respetado íntegramente en el territorio de todos los Estados miembros; por lo tanto, las partes de un contrato no son libres para desviarse del mismo. Desde este punto de vista, procede llamar la atención sobre el hecho de que, si un arbitraje convencional suscita cuestiones de Derecho comunitario, los órganos jurisdiccionales ordinarios podrían tener que examinar estas cuestiones, bien en el marco de la asistencia que prestan a los tribunales arbitrales, especialmente para asistirles en ciertos actos procedimentales o para interpretar el Derecho aplicable, bien en el marco del contrato del laudo arbitral, de mayor o menor entidad según el caso, que les corresponde en caso de que se interponga un recurso de apelación, un recurso de oposición, un recurso relativo al *exequatur* o cualquier otro recurso admitido por la legislación nacional aplicable.

15. Corresponde a estos órganos jurisdiccionales nacionales comprobar si deben plantear una cuestión al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado para obtener la interpretación o la apreciación de la validez de las disposiciones del Derecho comunitario que aquéllos deban aplicar en el ejercicio de dichas funciones de asistencia o de control.

Pero el TJUE ha confiado en los tribunales arbitrales al declarar en el caso *ECO SWISS* que éstos tienen obligación de aplicar el derecho europeo. Si no aplican los arts. 101 y 102 TFUE o lo hacen incorrectamente, los tribunales nacionales, al revisar si el laudo cumple con el orden público, tendrán la obligación de aplicar el derecho comunitario y podrán plantear la cuestión prejudicial correspondiente, de manera que no hay riesgo de que no se controle la aplicación del derecho europeo¹¹.

⁹ Sentencia *ECO SWISS*, C-126/97, EU: C: 1999: 269.

¹⁰ Una interesante aproximación a esta cuestión puede encontrarse en el artículo de Helmut Brokelmann «The rail track judgement on the LG Dortmund: Are cartel damages claims arbitrable?», publicado en la *Spain Arbitration Review* n.º 31/2018.

¹¹ También es interesante la sentencia *GENENTECH* de 7 de julio de 2016 (asunto C-587/14).

También el caso MOSTAZA CLARO¹² se plantea una cuestión importante y es la posibilidad de que un órgano judicial nacional, al conocer del recurso de anulación contra un laudo arbitral, pueda apreciar la nulidad del laudo aunque el consumidor no haya invocado la abusividad y consiguiente nulidad del convenio arbitral en el procedimiento arbitral.

Recientemente los casos MICULA (planteando si un laudo arbitral que obliga a un Estado miembro a pagar a un inversor puede ser constitutivo de una ayuda de Estado y estar sometido al art. 107 TFUE) y ACHMEA —al que ya hemos hecho mención— han planteado las dificultades de la ejecución de laudos de protección de inversores intracomunitarios. Sin duda estamos ante una materia en la que la UE quiere tener una presencia cada vez mayor: por una parte, declarando que los Estados miembros ya no pueden suscribir nuevos tratados bilaterales de protección de inversiones; por otra, estableciendo un tribunal permanente para resolver los arbitrajes de protección de inversiones y, finalmente, impidiendo en su territorio la ejecución de los laudos ya dictados que condenan a un Estado miembro a pagar a un inversor de otro Estado miembro¹³.

La tendencia expansiva del derecho europeo hace pensar que su confluencia con el arbitraje no acabará aquí y que habrá nuevas materias en las que surjan decisiones que afectarán al arbitraje.

Por tanto, los abogados del Estado se encontrarán también con cierta frecuencia con el arbitraje cuando examinen el derecho europeo.

5. ARBITRAJES DE EMPRESAS PÚBLICAS

España se ha caracterizado históricamente por tener un sector empresarial público muy importante. El INI llegó a concentrar un porcentaje significativo del PIB nacional. El cambio político emprendido en la transición y las múltiples reformas económicas necesarias para nuestra integración en la Unión Europea y para modernizar y liberalizar numerosos sectores de la economía española hicieron desaparecer buena parte de las empresas públicas, pero aún hoy existe la SEPI, que cuenta con participación en un pequeño número de empresas. Por otra parte el llamado fenómeno de la «huida del derecho administrativo» ha hecho que órganos que se integraban en la administración territorial o institucional hayan pasado a actuar bajo formas jurídicas privadas. Estas empresas, antiguas o de nuevo cuño, muchas de ellas con actividad en el exterior de España, celebran contratos que, con cierta frecuencia, incluyen cláusulas de arbitraje, nacional o internacional.

Estas empresas pueden elegir entre la contratación de abogados particulares, en España o fuera de España, pero también pueden firmar convenios de asistencia jurídica¹⁴

¹² Sentencia de 26 de octubre de 2006, C-168/05 EU:C:2006:675

¹³ «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor», Javier Díez-Hochleitner, *Spain Arbitration Review* n.º 25/2016, páginas 9 a 30.

¹⁴ En estos Convenios se señalan que la Abogacía General del Estado puede prestar asistencia jurídica a las entidades y organismos que constituyen el sector público estatal (además del Estado, sus organismos autónomos y los órganos constitucionales) mediante la formalización de un convenio. En virtud de lo establecido en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y en el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, la entidad correspondiente y la Administración del Estado, a través del Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado, suscriben un convenio de naturaleza administrativa regulado por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de

con la Abogacía General del Estado para que sean los abogados del Estado los que las defiendan en estos procedimientos arbitrales. Se trata de arbitrajes muy diferentes a los que hemos analizado hasta ahora. Me refiero a arbitrajes comerciales, que son los más habituales en todo el mundo, bien sean de derecho o de equidad, con uno o varios árbitros, institucionales o ad hoc, con o sin medidas cautelares arbitrales —incluido el supuesto de la intervención del árbitro de emergencia— y con posibles diferentes leyes aplicables al fondo de la disputa.

Las cuestiones discutidas pueden ser muy variadas: estrictamente contractuales, de construcción, de ingeniería o de energía, por poner algún ejemplo, pero lo que no cambia es que se dirimirán en el seno de un procedimiento arbitral regido por la ley española de arbitraje o de un tercer país, con probable aplicación de un reglamento de una institución arbitral y con árbitros de muy diferente origen (la abogacía, la academia, la mediación, la resolución de disputas).

La importancia que estos convenios han adquirido para los abogados del Estado tanto por permitir mantener la representación y defensa de parte de los servicios, funciones o tareas asumidas por el Estado directa o indirectamente¹⁵, como por el complemento que suponen para su retribución, abre un nuevo punto de encuentro con el arbitraje por parte de los abogados del Estado que prestan servicio ante tribunales o en los respectivos Ministerios, organismos o entidades públicas.

6. ARBITRAJES DE DERECHO SOCIETARIO

El arbitraje societario, de larga tradición en el derecho español —en el Código de Comercio de 1829 llegó a ser obligatorio para todas las disputas entre los socios y las sociedades mercantiles—, pasó por una etapa negra a raíz de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y la interpretación que de la misma hizo el Tribunal Supremo durante tres décadas, pero volvió a la normalidad, primero tímidamente a través de una Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1998 y de una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril del mismo año, y con mayor respaldo normativo en la reforma de la Ley 60/2003 operada por la Ley 11/2011, que introdujo los artículos 11 bis y 11 ter en la Ley de Arbitraje.

El principio general es que las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. Adicionalmente se introducen algunas reglas especiales como la mayoría necesaria para introducir una cláusula arbitral en los estatutos ya existentes, la necesidad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral, que deberá designar a los árbitros, y la inscribibilidad de los laudos en el Registro Mercantil¹⁶.

Régimen Jurídico del Sector Público, en el que se pacta que la asistencia jurídica de la Abogacía General del Estado incluirá la representación y defensa ante cualesquiera jurisdicciones y —en ocasiones— se menciona expresamente a los tribunales arbitrales.

¹⁵ Recientemente han aparecido noticias en los medios de comunicación sobre laudos que afectaban a las sociedades estatales ACUAMED (Aguas de las Cuencas Mediterráneas) y SEIASA (Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A.). Se trata de buenos ejemplos puesto que estas sociedades tienen suscritos contratos o convenios de colaboración con terceros (Comunidades de Regantes) en los que la cláusula de resolución de disputas somete cualquier cuestión, disputa o diferencia que pudiese surgir entre las partes a arbitraje de derecho ante la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA).

¹⁶ El Club Español del Arbitraje, a través de su Comisión para el estudio del arbitraje societario, preparó y publicó el «Informe sobre el arbitraje societario en España», en el que se incluyen un convenio arbitral tipo

La realidad es que, antes o después de la reforma del 2011, un número no desdeñable de sociedades españolas han introducido cláusulas de arbitraje en sus estatutos. Algunas importantes controversias surgidas en el mundo empresarial español se han dirimido por esta vía, de manera discreta y eficiente.

Caso distinto es el de los ya habituales pactos extraestatutarios por los que en, ocasiones, los socios regulan parte de sus relaciones societarias. En ellos es sumamente habitual que la cláusula de resolución de disputas haga referencia al arbitraje puesto que se desea una solución rápida y reservada, a través de expertos en este tipo de acuerdos.

En 2014 se hizo público un preocupante anteproyecto de Código Mercantil que regulaba las sociedades mercantiles excluyendo el arbitraje de las sociedades cotizadas (artículo 213-20). En su momento el Club Español del Arbitraje preparó un informe para el Ministerio de Justicia objetando lo que consideraba una reforma muy negativa que daba marcha atrás en la conveniente libertad de las sociedades para decidir cómo resolver sus controversias internas¹⁷. El Consejo de Estado, sin embargo, no puso grandes pegas al anteproyecto que el Ministerio de Justicia estudiaba. Afortunadamente, aquellas ideas no parecen haber prosperado porque no sólo no se ha aprobado el Código Mercantil, sino que tampoco la Ley de Arbitraje ha sido modificada en el sentido que el citado anteproyecto preconizaba.

No será difícil que un abogado del Estado que asesore a sociedades mercantiles en las que el Estado participe se encuentre con una cláusula de arbitraje estatutario y, eventualmente, ante un procedimiento arbitral.

7. ARBITRAJES DE ÓRGANOS REGULATORIOS

En el panorama regulatorio español encontramos leyes sectoriales que han incluido el arbitraje como forma de resolver controversias surgidas entre los operadores de esos sectores. Un ejemplo bien conocido es la función arbitral realizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) en materias tan variadas como energía, telecomunicaciones, audiovisual, promoción de la competencia, postal y transportes. Podemos encontrar estas tareas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (arts. 5, 14 y 20) y en el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (artículo 46).

La decisión de estos asuntos corresponde al Consejo de la CNMC (arts. 14 y 21 de la Ley 3/2013, de 4 de junio), pero la tramitación corresponde a la Asesoría Jurídica (art. 11.2c del RD 657/2013, de 30 de agosto).

Aunque es un arbitraje singular, exige la existencia de un convenio arbitral y que al menos uno de los suscriptores de ese convenio inste esa función de la CNMC. La CNMC sólo puede resolver las controversias que le someten voluntariamente las partes. El arbitraje es confidencial y los laudos no se hacen públicos. Su duración, según la propia

y un artículo modelo para el Reglamento de Cortes Arbitrales. Este informe, que puede consultarse en https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf, ha sido acogido con gran aceptación dentro y fuera de España. Entre otras razones que explican esta buena acogida está, sin duda, el hecho de que en su elaboración participaron, además de expertos en arbitraje, representantes del Grupo Especial de Trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, la CNMV, el Ministerio de Justicia, el Registro Mercantil, el Notariado, Emisores Españoles, la Universidad y las instituciones arbitrales.

¹⁷ El informe aparece publicado en la *Spain Arbitration Review* n.º 23/2015, páginas 5 a 21.

CNMC, se sitúa entre los 7 y 8 meses. En todo caso se trata de arbitrajes de naturaleza privada a los que se aplica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. En la medida en que un abogado del Estado preste servicios en la Asesoría Jurídica de la CNMC o sea consejero de la citada comisión, tendrá que hacer frente a estos peculiares arbitrajes que no son particularmente conocidos pero que afectan a sectores muy relevantes de la economía.

8. ARBITRAJE INCLUIDO EN TRATADOS INTERNACIONALES

Algún tratado internacional suscrito por España ha introducido la cláusula arbitral para la resolución de los posibles conflictos que pudieran surgir en su aplicación. Un ejemplo reciente en el que no sólo existe esa cláusula sino que ha sido utilizada en varias ocasiones es el caso de la línea ferroviaria entre Perpiñán y Figueras.

El convenio para la explotación y mantenimiento de la sección internacional de una línea ferroviaria de alta velocidad entre Perpiñán y Figueras, hecho en París el 19 de diciembre de 2016, recoge en su artículo 29 que si las partes no resuelven la manera amistosa su desacuerdo, podrán acudir a un tribunal arbitral constituido conforme a lo previsto en el art. 10 del Acuerdo de Madrid. En ese Acuerdo de Madrid (acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa para la construcción y explotación de la sección internacional de una línea ferroviaria de alta velocidad entre España y Francia, hecho en Madrid el 10 de octubre de 1995) se incluye una extensa cláusula arbitral en la que se encomienda a un tribunal arbitral resolver las diferencia entre los Estados sobre la interpretación y aplicación del citado acuerdo, así como las diferencia entre los Gobiernos y el concesionario sobre la concesión¹⁸.

Cuatro procedimientos arbitrales se han iniciado hasta la fecha acogándose a la citada cláusula arbitral. Tres de ellos ya han concluido con laudos desestimatorios de las reclamaciones planteadas. El cuarto se encuentra en tramitación.

9. ARBITRAJES DE DERECHO DEPORTIVO

El arbitraje en el derecho del deporte es otra realidad incuestionable. Aunque el mundo deportivo siempre ha tenido cierta aversión a la resolución de sus disputas fuera del ámbito estrictamente deportivo (federaciones u organizaciones similares), no cabe duda que las cuestiones que se plantean en su seno son de enorme importancia para los deportistas (pueden suponer hasta su apartamiento de la vida deportiva), para las organizaciones federativas y para los países (participación en eventos internacionales). Además, pueden llegar a tener una enorme trascendencia reputacional y económica.

La Ley Española del Deporte (Ley 10/1990, de 15 de octubre) admite la posibilidad de que se utilice el arbitraje, al igual que la conciliación, en determinados conflictos deportivos. De hecho, el art. 87 de la citada ley dispone:

¹⁸ El contrato de concesión celebrado el 17 de febrero de 2004 entre la República Francesa y el Reino de España y la sociedad TP Ferro Concesionaria, S.A. remite las diferencias entre las concedentes y el concesionario relativas a la concesión al tribunal arbitral constituido conforme a lo previsto por el artículo 10 del Acuerdo de Madrid (cláusula 30).

Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídica deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.

No obstante, es en el ámbito internacional en el que el arbitraje deportivo ha cobrado mayor relevancia. El Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS en su acrónimo en francés —Tribunal Arbitral du Sport—, CAS, en inglés —Court of Arbitration for Sport—) es una organización independiente, con sede en Lausana (Suiza), país en el que, por otra parte, están radicadas la mayor parte de las federaciones internacionales deportivas. Fue creado en 1983 a instancia del español Juan Antonio Samaranch, a la sazón presidente del Comité Olímpico Internacional, y comenzó su actividad en 1984. En él se resuelven cuestiones relacionadas con la nacionalidad de los atletas, sus contratos, los derechos de radiodifusión y televisión, el patrocinio y *marketing*, los conflictos entre clubes y todas las cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el deporte, incluido el dopaje y el *fair play* financiero. Entre sus funciones está la resolución de conflictos a través del arbitraje y el establecimiento de tribunales de arbitraje no permanentes para grandes eventos deportivos, muy particularmente el que se organiza cuando hay juegos olímpicos.

Para acudir a él es necesario que en los contratos entre las partes o en los estatutos de las federaciones haya una cláusula arbitral a la que las partes de aquéllos o los miembros de éstos se sometan al TAS. También cabe un convenio arbitral ad hoc cuando ya ha surgido la disputa.

En consecuencia podrán acudir al TAS tanto personas físicas (deportistas) como jurídicas (clubes deportivos y federaciones deportivas, entre otros)¹⁹.

En España la máxima autoridad deportiva es el Consejo Superior de Deportes (CSD), que es asesorado y representado por la Abogacía del Estado. Consecuentemente la Abogacía del Estado de ese órgano y la del Ministerio del que depende funcionalmente el CSD están o pueden estar en contacto con el arbitraje deportivo, fuente de noticias cada vez más frecuentes y de mayor trascendencia por la relevancia que el deporte ha alcanzado en el plano social, en el político y en el económico.

Recientemente, el 2 de octubre de 2018, se ha emitido una sentencia del TEDH relacionada con el arbitraje deportivo. Me refiero a la Sentencia dictada en los casos Pechstein y Mutu contra Suiza (apelaciones n.ºs 40575/10 y 67474/10) que gira sobre la compatibilidad de los procedimientos ante el TAS y el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La importancia de este caso deriva de que los recurrentes (una patinadora alemana, Claudia Pechstein, y un futbolista rumano, Adrian Mutu) habían acudido al TEDH alegando que se había vulnerado su derecho a un juicio justo, reconocido en el art. 6.1 CEDH, porque habían sido obligados a acudir a un arbitraje forzoso ante el TAS. Los recurrentes, que previamente habían visto desestimados sus argumentos por el Tribunal Federal Suizo, consideraban que el panel de árbitros del TAS no satisfacía los requisitos de independencia e imparcialidad. La patinadora Pechstein, además, cuestionaba que el arbitraje ante el TAS viniera impuesto por las normas antidopaje de la Unión Internacional de Patinaje. La sentencia del TEDH reconoce que el TAS ofrece un arbitraje independiente e imparcial. En el caso de Mutu declara que el arbitra-

¹⁹ Una rápida aproximación a esta materia puede encontrarse en el artículo «El arbitraje en el ámbito deportivo: el Tribunal Arbitral du Sport. Caracteres generales de dicha Corte y de sus procedimientos» publicado por Jordi López Batet y Yago Vázquez Meraga en la *Spain Arbitration Review* n.º 20/2014, páginas 5 a 31.

je ante el TAS no era forzoso, sino fruto de la libre voluntad de pacto del futbolista y del club inglés en el que militó. En cuanto a Pechstein, aunque reconoce que el arbitraje vino impuesto por las reglas de la ISS, lo admite por las ventajas de contar con un tribunal internacional, único y especializado, pero exige que ese arbitraje garantice el respeto de los derechos procesales reconocidos en el art. 6 (1) del CEDH y, en el caso de la Sra. Pechstein, considera que debería haberse admitido la audiencia pública que ella solicitó.

10. ARBITRAJES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL: NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET

A nadie se le oculta que los nombres de dominio en Internet han alcanzado una gran relevancia. El Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) empezó a ofrecer en 1999 «servicios de resolución de controversias en materia de nombres de dominio bajo la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio» (Política UDRP)²⁰.

La Abogacía del Estado ya ha tenido que intervenir en alguno de estos casos y no puede descartarse que tenga que hacerlo de nuevo en el futuro.

11. EL ARBITRAJE MARÍTIMO

Es cierto que en España no existe un arbitraje marítimo robusto. Este arbitraje se ha concentrado en algunos lugares, muy particularmente en Londres. No obstante, no se puede olvidar que la Ley 14/2014, de 29 de julio, de Navegación Marítima «regula múltiples cuestiones que pueden ser objeto de arbitraje conforme a la Ley de Arbitraje y así lo han sido con anterioridad a la aprobación de la Ley, y a la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje (y bajo la anterior Ley de 1988), incluidas las sometidas por aquélla a normas de carácter imperativo; materiales tales como los contratos regulados (los contratos de construcción naval y compraventa de buque, buena parte de los contratos para la utilización del buque —arrendamiento de buque, fletamento, ya sea contratado por referencia a la cabida del buque o de mercancías determinadas por peso, medida o cantidad, y remolque—, algunos de los contratos auxiliares de la navegación —contrato de gestión naval— o el contrato de seguro, el salvamento, la avería gruesa, las relativas a la responsabilidad extracontractual (en la medida en que estén reguladas por la Ley de Navegación Marítima —y sin perjuicio de la posible necesidad de aplicarlas en combinación con otras normas externas a la misma en algunos casos—: abordaje y otros supuestos de responsabilidad extracontractual del armador del buque —e.g., responsabilidad por actos de la dotación—), o la limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones por créditos marítimos. La nueva Ley en este mismo tono aborda otras materias que no son tan frecuentemente objeto de arbitraje, pero cuya sumisión a arbitraje no plantea problemas; materias tanto de carácter contractual (este es el caso en términos generales de los contratos de arrendamiento náutico, el contrato de consignación de buque o el contrato de manipulación portuaria) como no contractual (cuestiones relativas al condominio naval, o la responsabilidad por contaminación)»²¹.

²⁰ Algunas de las cuestiones que plantea esta modalidad de arbitraje son abordadas por Hernando Díaz-Candía en «El arbitraje en asuntos transnacionales de propiedad intelectual: algunos retos prácticos», *Spain Arbitration Review* n.º 23/2015, páginas 65 a 78.

²¹ Manuel Alba Fernández, «Las normas sobre arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima», *Spain Arbitration Review* n.º 22/2015, páginas 91 a 93.

Basta la lectura de esta enumeración para comprender que no es imposible que el Reino de España o sociedades públicas españolas puedan enfrentarse a arbitrajes por razón de esta materia. Tampoco se puede olvidar que España es un país con una costa de varios miles de kilómetros, con un sector pesquero muy importante, una acreditada tradición naval, tanto en la Marina de Guerra como en la civil, y que, desgraciadamente, sufre con regularidad los efectos de siniestros marítimos, algunos de ellos con enormes efectos contaminantes (no olvidemos que las consecuencias legales del Prestige siguen siendo debatidas a pesar de que el accidente ocurrió en noviembre de 2002), lo que hace más que probable que algún arbitraje en esta materia tenga que ser atendido por los abogados del Estado.

12. EL ARBITRAJE APROBADO POR EL CONSEJO DE MINISTROS

Es innecesario decir que la prohibición de la Ley General Presupuestaria de someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal salvo real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno, que lo autorice (actualmente contenida en el art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, pero que ha sido una constante desde que se aprobó la primera Ley General Presupuestaria en España²²) no ha dado ocasión a que existan muchos ejemplos de arbitraje sobre bienes y derechos del Estado pero tampoco podemos olvidar que la prohibición no es absoluta porque se habilita una fórmula que permite al Estado involucrarse en un arbitraje. En la realidad ha existido al menos un ejemplo notorio y muy relevante que confirma que la excepción existe. Me refiero al Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza al sometimiento a legislación extranjera de los contratos relativos a la colección Thyssen-Bornemisza. En sus artículos 1 y 2 se autoriza, también, a que toda controversia o cuestión que surja como consecuencia de esos contratos se puede someter a arbitraje internacional.

La notoriedad y trascendencia para España del caso en que se produjo esta autorización demuestra que el arbitraje no es un sistema de resolución de conflictos despreciable pues en esa magnífica operación cultural, que tan buenos frutos ha dado, nuestro país se jugaba su prestigio internacional.

13. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO PÚBLICO

Más allá del intento de dar cabida en el derecho administrativo a un cierto arbitraje, plasmado en el art. 107.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común («*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada... por otros procedimientos de impugnación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instituciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo*»), que no tuvo desarrollo, pero que repite en el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son pocos los ejemplos en el

²² Los mismos requisitos se exigen para someter a arbitraje las contiendas sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado (art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

derecho público español que contemplan el arbitraje como medio de resolución de conflictos.

No es intención de este trabajo extenderse sobre esta materia, puesto que en este mismo libro hay alguna otra colaboración que se pronuncia sobre este asunto, pero sí creo conveniente hacer algún comentario. El primero es reiterar que una parte del sector público, las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas, por poner un par de ejemplos significativos, pueden someterse a arbitraje y, de hecho, lo hacen. Bien es verdad que no es ésta la cuestión a la que me refiero pero el dato sirve para ilustrar que una parte del sector público está ya familiarizado con el arbitraje. El segundo es recordar que el Arbitraje de derecho administrativo es una realidad en el entorno jurídico que nos rodea, tanto en Europa como en América Latina. Tampoco podemos olvidar que la Ley de arbitraje vigente no excluye que el Estado o el sector público en general sean partes en el arbitraje, al contrario, en el art. 2.2 dispone que *«cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa contratada por el Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral»*.

Por otra parte, la disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, crea lo que denomina la *«regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado»* para resolver conflictos de *«indudable naturaleza jurídico público»* sobre *«las relaciones de organización en el seno de la Administración»* (exposición de motivos III). No hay duda que el mecanismo que contempla dista de ser arbitraje en sentido propio pero no es menos cierto que el Estado utiliza el término «arbitraje» para designar un sistema para resolver conflictos de derecho administrativo puro.

Por último, creo que los campos en los que el arbitraje de derecho administrativo puede abrirse terreno en el futuro son los de la contratación pública y todos aquellos en los que se cuantifique económicamente una responsabilidad²³.

14. CONCLUSIÓN

En definitiva, en mi opinión, abundan las razones por las que un abogado del Estado en servicio activo a la Administración debe conocer el arbitraje y estar preparado para poder participar tanto en la redacción de una cláusula arbitral como en el procedimiento arbitral, su impugnación y ejecución.

El futuro se mueve en esa dirección, en España y en el mundo. La Abogacía del Estado no puede ser ajena a este movimiento, sino al contrario, sus miembros deben ser ejemplos de excelencia en este campo como lo han sido y lo siguen siendo en todos los otros ámbitos en que intervienen. La preparación teórica y práctica al respecto es, por tanto, una necesidad.

Y permítanme una reflexión final dirigida al abogado del Estado que decida trabajar fuera de la Administración. En la mayoría de los casos ese profesional prestará servicios en una empresa o en un despacho de abogados. En ambos casos las posibilidades de que se tope con el arbitraje son máximas. Bien porque la entidad a la que preste sus servicios sea parte en conflictos resueltos por este medio de resolución de disputas, bien porque asesore a esas empresas o las represente en el propio arbitraje. El hecho cierto es que el

²³ El Club Español del Arbitraje ha elaborado un informe sobre esta materia y lo ha tratado en varios seminarios.

arbitraje es una realidad ineludible, que crece y que se va convirtiendo en el sistema preferido por los operadores económicos para poner fin a un buen número de controversias.

15. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALBA FERNÁNDEZ, M. «Las normas sobre arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima», *Spain Arbitration Review* n.º 22/2015. pp. 91-93.
- BROKELMANN, H. «The rail track judgement on the LG Dortmund: Are cartel damages claims arbitrable?» *Spain Arbitration Review* n.º 31/2018.
- CLUB ESPAÑOL DEL ARBITRAJE. «Oposición del Club Español del Arbitraje al anteproyecto de Código Mercantil en materia de arbitraje societario». *Spain Arbitration Review* n.º 23/2015. pp. 5-21.
- DÍAZ-CANDÍA, H. «El arbitraje en asuntos transnacionales de propiedad intelectual: algunos retos prácticos». *Spain Arbitration Review* n.º 23/2015. pp. 65-78.
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. «El futuro del arbitraje de inversiones con la Unión Europea como nuevo actor». *Spain Arbitration Review* n.º 25/2016. pp. 9-30.
- LÓPEZ BATET, J. y VÁZQUEZ MERAGA, Y. «El arbitraje en el ámbito deportivo: el Tribunal Arbitral du Sport. Caracteres generales de dicha Corte y de sus procedimientos». *Spain Arbitration Review* n.º 20/2014. pp. 5-31.
- MARTÍNEZ-LAGE, S. «Arbitraje y Unión Europea: dónde estamos». *Spain Arbitration Review* n.º 33/2018.
- MARTÍNEZ-LAGE S. «Arbitration and EU Competition Law: New Rulings and New Thoughts». *Spain Arbitration Review* n.º 25/2016.

EPÍLOGO

Manuel Martín Timón

Una cosa es saber y otra saber enseñar (Marco Tulio Cicerón)

Me cabe el honor de poner fin a este libro homenaje a Manuel Goded Miranda, producto de la gratitud hacia él por parte de los que en su día fueron alumnos suyos. Y lo hago exponiendo lo que fueron mis relaciones con Manolo desde mis ya lejanos tiempos de opositor al Cuerpo de Abogados del Estado a la fecha misma de su todavía reciente fallecimiento.

Manolo Goded será siempre una figura sobresaliente del Cuerpo de Abogados del Estado. Pero, además, en el campo de la preparación de oposiciones ha marcado una época cuya herencia es la multitud de juristas que se reparten por todo el país, situados en las Administraciones Públicas, en las empresas privadas o en el ejercicio profesional de la abogacía.

Manolo Goded obtuvo plaza primeramente en la Carrera Judicial, pero como él contaba, no tuvo apenas tiempo para desarrollar la actividad jurisdiccional, pues inmediatamente, en el año 1960, ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado, formando parte de una promoción de doce compañeros, de los que gran parte ya no están entre nosotros, pero todos los cuales han destacado bien en el servicio de la Administración del Estado, bien en otros campos a los que dirigieron sus actividades.

Y con la misma diferencia de edad que nos separaba a los dos yo ingresé en el Cuerpo de Abogados del Estado siete años más tarde que Manolo, en 1967, pero no me encontré con él hasta 1973, cuando, tras mi reglamentario paso por los servicios provinciales, fui destinado a la entonces Dirección General de lo Contencioso del Estado, integrada a la sazón en el Ministerio de Hacienda.

Ahora bien, aún sin conocerle personalmente, ya con anterioridad, y como opositor, me convertí un poco en alumno suyo, a través de los temas del primer ejercicio, escritos por él mismo y que eran un ejemplo de sistemática y claridad.

Para quien, como yo, había tenido la suerte de tener en la carrera como maestro de Derecho Procesal a D. Jaime Guasp, hacer frente a los temas de dicha disciplina redactados específicamente por Manolo para la oposición al Cuerpo de Abogados del Estado era una tarea fácil de sobrellevar. Aquellos que se hayan encontrado en la misma situación recordarán perfectamente que aquella estructura de temas tan sabiamente elaborada permitía retener el contenido de cada uno de ellos mucho más tiempo y superar cualquier dificultad en el momento de su exposición ante el preparador o ante el tribunal examinador.

Pero es que además Manolo resultó decisivo para mí en el segundo ejercicio de las oposiciones en las que ingresé en el Cuerpo de Abogados del Estado.

En efecto, las oposiciones de la promoción de 1967 se desarrollaron sustancialmente en el primer semestre de dicho año y recuerdo que el mismo tiempo que aprobé el primer ejercicio se me apareció como insuperable montaña de Sísifo la perspectiva del segundo oral, de Derecho Público, que yo no había podido preparar con la misma inten-

sidad, lo cual era especialmente grave en mi caso, porque habiendo acabado la carrera de Derecho en 1963, se habían publicado con posterioridad leyes tan complejas como la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de dicho año y la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, cuyo contenido desconocía por completo.

Sin embargo, cuando mi situación, como la de otros compañeros que nos presentábamos por primera vez a la oposición, se hacía más difícil —por aquél entonces ni existían libros más o menos adaptados a la oposición ni habían aparecido las nuevas tecnologías de las que disfrutamos ahora— aparecieron publicados los temas de Hacienda Pública —en aquel tiempo muy numerosos, por razón de las funciones tributarias que desempeñaba el Cuerpo de Abogados del Estado— redactados también por Manolo Goded, y, por tanto, con aquella sistemática tan difícil de conseguir y tan fácil de comprender.

Naturalmente que hubo que hacer un gran esfuerzo, pero nada hubiera sido posible sin los temas de Manolo, y así se lo hice saber en más de una ocasión, expresándole mi agradecimiento, y así lo dejo aquí reflejado ahora para la posteridad.

Como antes expresé, Manolo y yo nos encontramos personalmente cuando fui destinado allá por Navidades de 1972— es decir, prácticamente en 1973— a la Dirección General de lo Contencioso del Estado, entonces integrada en el Ministerio de Hacienda.

Recuerdo no sin cierta nostalgia aquel centro directivo que había sido el escenario de la lectura de mis casos prácticos de oposición, de la publicación de notas del último ejercicio y de la celebración del nombramiento de los compañeros que formamos parte la promoción de 1967, con su largo, alto y alfombrado pasillo que permitía el acceso a los distintos despachos y que aparecía jalonado en una de las paredes laterales con los cuadros de los distintos compañeros que habían sido ministros a lo largo de la historia y que si hubiera que clasificar habría que poner a la cabeza al magnífico del fundador del Cuerpo de Abogados del Estado, Juan Francisco Camacho, obra del pintor valenciano Ignacio Pinazo, que ocupaba lugar de privilegio en el despacho del director general de lo Contencioso del Estado.

Podría estar exponiendo hasta la extenuación mis recuerdos de un destino que tanta influencia tuvo en mí, tanto personal como profesionalmente y en el que permanecí hasta mediados del año 1986, en que pasé destinado a la Abogacía del Estado en el Tribunal Supremo, una vez que el Cuerpo se hizo depender ya del Ministerio de Justicia, pero ello sería en detrimento de mi objetivo que es el de poner de manifiesto que en el escenario que acabo de describir, y desde la atalaya de «Contencioso» tuve la oportunidad de conocer y admirar a una serie de ilustres compañeros que soportaban sobre sus hombros la función consultiva, la mayor parte de los cuales ya no están entre nosotros y, entre ellos, a Manolo Goded.

La función consultiva del Cuerpo de Abogados del Estado, al mismo nivel que la contenciosa, se encuentra en las entrañas de su creación. Como dijo la actual abogada general del Estado en su toma de posesión como consejera nata del Consejo de Estado, *«el Real Decreto de 29 de diciembre de 1854, que creó la Asesoría General del Ministerio de Hacienda, ya le atribuía entre otras la misión de “emitir su dictamen en todos los negocios de la Administración central del Ministerio de Hacienda en que se ventilen cuestiones de derecho común o administrativo», y el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, por el que se creo el Cuerpo de Abogados del Estado, citaba en su Exposición de Motivos como una de las razones justificativas de su necesidad la de que «pasaban de mil las consultas que emitía al año aquella Asesoría General, sin contar con las innumerables en provincias»*.

Cambian las normas que regulan la función y cambian las circunstancias, ha pasado un siglo y pasará otro, pero al final la función consultiva de la Abogacía del Estado es y será siempre la misma: colaborar en que el Gobierno y la Administración que dirige circulen siempre por la senda de la legalidad.

Y en esta función consultiva Manolo Goded era un maestro, ya fuera en una nota sencilla para el Consejo de Ministros, que había que redactar en horas o en minutos, ya fuera en un extenso y complicado dictamen sobre expropiación, responsabilidad de la Administración, nulidad, anulabilidad, lesividad de actos administrativos o cualquier otra cuestión de las muchas que se suscitan en la Administración Pública y sus relaciones con el administrado.

En los informes de legalidad, Manolo manejaba con absoluta facilidad y seguridad los principios fundamentales contenidos desde la Constitución hasta las leyes de procedimiento, así como la jurisprudencia y la doctrina constitucional, para asegurar aquella cualidad respecto del proyecto de disposición o resolución administrativa contemplada y en los informes sobre situaciones de conflictividad, probablemente los más numerosos, con gran sencillez y claridad exponía primeramente los antecedentes de la cuestión o los hechos acreditados sobre los que debía informar, tras lo cual realizaba una calificación jurídica tan impecable, que las más de las ocasiones la doctrina y la jurisprudencia que invocaba eran, como no podía ser de otra forma, columnas estructurales de su informe, pero al mismo tiempo testigos cualificados de su acierto en la calificación del supuesto .

Las publicaciones que el Centro Directivo ha realizado a lo largo de los años dan testimonio de algunos de los magníficos dictámenes emitidos por Manuel Goded. Solamente haré referencia a la Nota informativa de 23 de junio de 1988, sobre la responsabilidad del Estado legislador en relación con las normas que anticiparon la edad de jubilación de empleados públicos, publicada en la «Selección de dictámenes de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado» de dicho año, y lo hago porque no se puede resumir mejor en nueve páginas toda la problemática de un tema tan polémico en su día. Es más, me permito recomendar su lectura a quien quiera iniciarse en el estudio del tema de la responsabilidad del Estado legislador.

Tampoco quiero dejar de mencionar que Manolo, mientras estuvo en activo en el Cuerpo de Abogados del Estado, colaboró en algunas de las jornadas que sobre diversas materias organizaba el Centro Directivo.

No me resisto a mencionar su colaboración en las XII Jornadas, dedicadas a «Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas», en las que publicó su trabajo sobre «Límites de la Libertad de expresión y ejercicio de funciones públicas», y ello porque demostrando su gran cultura —Manolo había sido siempre y era un lector impenitente y muy aficionado al teatro y al cine—, hacia inicialmente las siguientes consideraciones bajo el título de «Paradigmas»:

Fray Luis de León pasó cinco años de su vida en las cárceles de la Inquisición (1572-1577) por traducir al castellano *El Cantar de los Cantares*. La obra fue destruida.

En Roma, junio de 1663, Galileo Galilei renunció solemnemente a su opinión de que la Tierra se movía alrededor del Sol.

Estábamos en otros tiempos, otro sistema de creencias. El tránsito del dogma al libre examen no se había consolidado en el pensamiento del hombre.

El 10 de julio de 1734, un siglo después el Ejecutor de la Alta Justicia quemó públicamente las Cartas Filosóficas de Voltaire, como obra escandalosa, contraria a la religión, a las bue-

nas costumbres y a los respetos debidos a los poderes reinantes. El 28 de febrero de 1766, en circunstancias más trágicas, se hizo arder el Diccionario Filosófico.

Eran los últimos estertores de la Monarquía absoluta, que se resistía a perecer a manos de la libertad de expresión.

En la *Gazette des Tribunaux* de 9 de febrero de 1857 se publicó la sentencia que absolvía a Gustave Flaubert de un delito de ultrajes a la moral y a las buenas costumbres, de que el Fiscal le acusaba por su obra *Madame Bovary*. La resolución judicial, aún absolutoria, no ahorra agrios reproches a Flaubert, «que solo se hizo mal en perder a veces de vista las reglas que no debe olvidar nunca un escritor que se respete, y en no tener en cuenta que, lo mismo la literatura que las demás artes, para realizar el bien que están llamadas a hacer, *han de ser puras y castas*, lo mismo en la forma que en la expresión». En los umbrales del XXI el párrafo es un ejemplo histórico. *Madame Bovary* continua publicándose regularmente.

No tuvieron jueces tan benignos los versos de Baudelaire, después inmortales. El 20 de agosto de 1857 el Tribunal Correccional de París ordenó suprimir seis poemas de *Les Fleurs du Mal*. «Actualmente se reproducen en todas las ediciones, bajo el título de *Pièces Comdamnées*».

Todavía la Francia del Segundo Imperio despertaba ciertas ilusiones.

En suma, no existe régimen democrático sin libertad de expresión. La doctrina y la jurisprudencia lo han repetido tantas veces que sería inútil acumular citas.

Pues bien, poco después de entrar en la Dirección General de lo Contencioso del Estado, comencé mi colaboración con Manolo en la preparación de oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado, a finales del año 1973, desarrollándose la misma hasta el año 1992.

Antes de iniciar mi colaboración ya era sobradamente conocido Manolo como brillante preparador de oposiciones y tanto antes como después estuvieron con él distintos compañeros todos de gran nivel humano e intelectual, por lo que cualquiera de ellos, de los que están entre nosotros, tenía méritos suficientes para poder redactar estas líneas finales de recuerdo. Pienso que para asignarme la tarea que trato de cumplir se ha tenido en cuenta la circunstancia meramente histórica de que tanto Manolo como yo terminamos nuestra carrera al servicio del Estado como magistrados del Tribunal Supremo.

Volviendo a 1973, recuerdo que por aquel entonces yo había tenido ya una primera experiencia como preparador de oposiciones, pero consumada la misma no tenía pensado seguir en dicha actividad.

Sin embargo, una mañana Manolo entró en mi despacho y directamente me ofreció colaborar con él en la preparación de oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado. Me lo pensé durante algunos días y finalmente decidí dar el paso al frente, comenzando a trabajar juntos en una tarea que, como he indicado anteriormente, continuó hasta 1992, sin que en ningún momento me haya arrepentido de la decisión tomada, que creo fue la acertada. Posteriormente, se incorporó a la preparación José Antonio Piqueras Bautista —que, como podrá comprobar el lector, es el único abogado del Estado que menciono en esta reseña porque la misma solo tiene un protagonista, que es Manolo—, que continuó en la misma hasta su inesperado fallecimiento en 11 de noviembre de 1995.

Soy reacio a hablar de la preparación de oposiciones porque entiendo que los que menos deben hablar son los preparadores y por ello en alguna ocasión anterior lo que he hecho ha sido escribir acerca de los míos, expresándoles mi agradecimiento que ahora reitero.

Sí diré que con Manolo me incorporé a un sistema de preparación que estaba diseñado con anterioridad y en el que cada uno de nosotros sabía cuál era su misión tanto en

la preparación de ejercicios de la oposición, como en nuestra asistencia a la celebración de los ejercicios teóricos ante el tribunal designado y a ese momento de emociones encontradas que es el de la publicación de las notas del último de los ejercicios.

Cuando un alumno comenzaba el camino de la oposición Manolo, con acreditada inteligencia y experiencia, medía inmediatamente su capacidad, pero se daba el tiempo prudencial para que cada opositor una vez conocido el duro camino a seguir, pudiera adaptarse al mismo o, en su caso, para abandonarlo si esa era su decisión. En todo caso, con serenidad le hacía ver si se excedía en su esfuerzo o, si por el contrario, debía incrementar la intensidad de su trabajo. Y cuando se convencía de que el opositor no tenía las cualidades indispensables para alcanzar la meta deseada lo hacía ver también, pero tomando un tiempo prudencial y siempre con exquisito cuidado y delicadeza.

Cuando la preparación alcanzaba la fase de casos prácticos y nos reuníamos para informarnos de lo que iba explicar en cada sesión, me daba cuenta de la maestría de Manolo en la exposición de los temas y cuestiones que podían surgir en los ejercicios prácticos de la oposición.

En efecto, en la preparación de oposiciones, como en general en la enseñanza, de poco vale saber mucho derecho sino se sabe explicarlo y hacerlo con claridad para que todos, y no solo los más inteligentes, lo comprendan y esto Manolo lo hacía de forma más que brillante. Creo que quienes participaron en sus clases prácticas no olvidarán nunca sus explicaciones sobre la eficacia de los actos administrativos, su validez e invalidez, su revocación y anulación, sobre las irregularidades no invalidantes etc.

El resultado de toda la labor desarrollada por Manolo Goded en la preparación de oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado se encuentra en las Relaciones circunstanciadas que se publican periódicamente en el *Boletín Oficial del Estado*, donde pueden contarse uno a uno sus alumnos. Puedo asegurar que el resultado es espectacular y que Manolo— así me lo manifestó en algunas ocasiones— se sentía muy satisfecho y orgulloso de ello.

Pero, además, porque la semilla de Manolo fue numerosa e intensa, queda una parte importante de personas a los que la suerte, siempre necesaria, no les fue favorable en la oposición, pero que si adquirieron una formación adecuada que les ha permitido ocupar puestos destacados en la sociedad y que recuerdan al preparador con afecto, haciéndoselo saber en ocasiones, que sean inesperadas o no, siempre resultan muy gratas.

En fin, dije antes, y vuelvo a repetir ahora, que no me arrepiento de la decisión que en su día tomé de aceptar la propuesta de Manolo Goded y que la actividad de preparación junto a él ha marcado una de las etapas más importantes de mi vida, de la que me encuentro muy satisfecho.

Finalmente, debo referirme a nuestra última etapa de actividad profesional, en la que yo seguí una senda que antes había andado Manolo Goded. Me refiero a nuestra actuación como magistrados del Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de su integración plena en el Cuerpo de Abogados del Estado, siempre tuve la intuición —que no puedo asegurar que responda a la realidad— de que Manolo albergaba en su interior una cierta insatisfacción por no haber tenido la ocasión de desempeñar la función de Juez. Fuera como fuese, de forma más que merecida, le fue concedida tal posibilidad a través de su nombramiento como magistrado del Tribunal Supremo, por el turno de juristas de reconocida competencia, que apareció publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 27 de enero de 1992, jubilándose en dicha situación en 1 de enero de 2005, por haber cumplido en dicha fecha la edad de 70 años, en razón a lo que entonces disponía la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Y porque así lo quiso el destino tuve el honor de ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo en la plaza que había dejado vacante Manolo a su jubilación.

Los que hemos tenido el privilegio de acceder al Tribunal Supremo desde nuestros puestos de abogados del Estado lo hemos hecho con la ilusión de ofrecer nuestro máximo esfuerzo y sacrificio en un ámbito de trabajo en el que rodeados de grandes juristas podemos ampliar nuestros conocimientos y adquirir nuevas experiencias y, finalmente, culminar nuestra carrera profesional en un puesto prestigioso y apreciado por la sociedad.

Dentro de la actividad jurisdiccional hemos tenido la satisfacción de poder participar en el acto procesal de la «deliberación», esencial en los órganos colegiados, que exige, primero, un estudio riguroso de sus ponencias por parte de cada magistrado y de las cuestiones que se van a plantear y, después, una atención permanente durante todo la celebración del acto a fin de poder participar con acierto en el debate que se entabla tras la exposición de cada compañero.

Así practicada la deliberación con compañeros del nivel que he podido constatar en el Tribunal Supremo es una fuente diaria de enseñanzas que enriquece los conocimientos de quien interviene en ella. Además, y en la medida en que las decisiones de la deliberación se toman por mayoría, la misma es una cura de humildad constante para quien debe aceptar que se modifiquen, total o parcialmente, sus criterios o conclusiones. Cierzo que existe la posibilidad de formular voto particular, pero ello no exonera de la necesidad de aceptar el voto mayoritario.

En ese escenario de grandes juristas que es el Tribunal Supremo, Manolo dejó su impronta como ponente en cerca de 1.500 sentencias, referidas a muy diversas materias.

Bastantes de dichas sentencias se refieren a actos del Consejo General del Poder Judicial. Si el lector quiere disfrutar del modo de razonar de Manolo le invito a que lea las Sentencias de 13 de marzo de 2000 (Recurso Contencioso-Administrativo 543/1997) y 28 de marzo de 2000 (Recurso Contencioso-Administrativo 250/1997) sobre revocación y anulación de resoluciones judiciales solamente por decisiones del mismo carácter y como paso previo a una posible acción de responsabilidad y la sentencia de 31 de marzo de 2003 (Recurso Contencioso-Administrativo 133/2000) sobre imposibilidad de ejercicio de la función disciplinaria sobre materia declarada jurisdiccional.

Una materia que Manolo dominaba a la perfección en toda su extensión era la relativa a la responsabilidad patrimonial. Me permito citar la sentencia de 8 de octubre de 1996 (recurso contencioso administrativo 117/1995), porque aparte de referirse a los requisitos de la misma contiene una más que ilustrativa doctrina acerca de la interpretación de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo que creo debe tomarse en consideración.

No me extenderé más en este punto, por lo que solamente indico que lo mismo podría predicarse respecto de la expropiación forzosa, materia ésta de la que Manolo dejó huella también en el Tribunal Supremo. Únicamente citaré la sentencia de 10 de diciembre de 1996, recurso de apelación 12277/1991, sobre invalidación de la expropiación por anulación judicial del Plan de urbanismo que la amparaba, sin que fuera posible la convalidación y las sentencias de 12 y 18 de noviembre de 1996 (recursos de apelación 10577/1991 y 11225/1991) sobre determinación del justiprecio.

Manolo me indicó en su día que mientras durara su actuación como magistrado del Tribunal Supremo se apartaría de la preparación de oposiciones que, eso sí, reanudó al tiempo de su jubilación, aun cuando en los últimos tiempos, según él mismo me indicó en algunas ocasiones, iba disminuyendo la intensidad de su actividad, confiando siem-

pre en los compañeros que colaboraban con él y que estoy seguro pondrán todos sus esfuerzos en la continuidad de su obra.

Finalmente, el destino quiso también que la última vez que tuve la oportunidad de hablar con Manolo Goded fuera en los días finales de enero del año 2017, en la presentación del libro sobre oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado firmado por un alumno y compañero, y quizás porque la ocasión invitaba a ello, durante un aparte que hicimos, nos deleitamos con una conversación que nunca olvidaré, en la que recordamos aquella etapa de nuestra vida en la que casi durante veinte años trabajamos juntos en la preparación de oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado.

Muy poco tiempo después, el 17 de abril del pasado año, 2018, nos dejó para siempre Manolo Goded, que en la tarde de su fallecimiento recibió un nuevo homenaje de sus alumnos, que en ingente número estuvieron en el tanatorio acompañando también a Mari Carmen, y que desean que aquél tenga carácter permanente, que es la finalidad con la que ha sido concebido este libro.

APÉNDICES

APÉNDICE FOTOGRÁFICO



En 1957, con veintitrés años, entrega por el ministro A. Iturmendi del título de juez



La foto que Mari Carmen lleva en la cartera



1994, cena con los aprobados



1982, San Lorenzo de El Escorial, Jardín de los Frailes



28 de diciembre de 1987, El Cairo, con José Antonio Piqueras



11 de julio de 2010, bodas de oro



15 de septiembre de 1998, apertura del año judicial



12 de enero de 1989, magistrado del Tribunal Supremo

RESEÑA DE LOS AUTORES

Albiñana Cilveti, César: Licenciado en Derecho y en Ciencias Empresariales por la Universidad de Deusto (Bilbao). Abogado del Estado con destino en Cuenca y Albacete, en el Gabinete del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, y ante el Tribunal Constitucional. Secretario General y del Consejo de Banco de Crédito Industrial y Secretario General del Instituto de Crédito Oficial. Secretario General y del Consejo de Corporación Industrial y Financiera de Banesto. Socio Director en CMS Albiñana & Suárez de Lezo.

Alonso Segovia, Beatriz: Licenciada en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Abogado del Estado-Jefe en Huesca desde 1994. Abogado del Estado en Zaragoza (2000-2005). Secretaria del Tribunal Económico-Administrativo de Aragón (2000-2005). Desde 2005, Jefe del Servicio Jurídico de la AEAT en Aragón, donde sigue en la actualidad. Colabora habitualmente con el Centro de Estudios Jurídicos, Escuela de Hacienda Pública y Foro Concursal Aranzadi.

Argüelles Pintos, José: Abogado del Estado (ingreso en el año 1990). Director de la Asesoría Jurídica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (años 2007-2010). Socio del Área Contenciosa de la oficina de Palma de la firma de abogados Cuatrecasas, Gonçalves-Pereira (años 2011 a 2013). Desde el año 2014 se dedica al ejercicio libre de la profesión de abogado. Es miembro del Consejo Consultivo de las Islas Baleares desde el año 2009. Presidente del Tribunal Económico-Administrativo municipal del Ayuntamiento de Palma (años 2011 a 2017).

Ayala Muñoz, Noelia: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 1998; ha sido abogada del Estado en Cantabria, Zamora y Valladolid hasta 2011, en que es nombrada Secretaria General del Tribunal Económico-Administrativo Central. Entre 2015 y 2018 ocupa la Jefatura de la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional. En la actualidad se encuentra en situación de excedencia voluntaria.

Bal Francés, Edmundo: Aprueba la oposición en 1993 y presta servicios en Huesca, Zaragoza y TSJ de Madrid, donde coordina durante casi tres años la jurisdicción social. En 1998 pone en marcha los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. Tras unos años en un despacho, reingresa en la Delegación del Gobierno en Madrid. Desde 2002, en la Subdirección General de los Servicios Contenciosos lleva la Coordinación de la Jurisdicción Penal en toda España. En noviembre de 2018 pasa a trabajar en la Audiencia Nacional. Ha sido Vocal del Consejo de Administración de SEIASA DEL NORDESTE, SEGITTUR y secretario del Consejo de HUNOSA. Preparador de oposiciones.

Bertrán Girón, Fernando: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 2001, habiendo prestado servicios como Abogado del Estado en la Abogacía del Estado en Almería y en Granada, siendo actualmente Abogado del Estado Adjunto en esta última. Desde el mes de Marzo de 2016 es Presidente de la Asociación de Abogados del Estado. Miembro del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras. Doctor en Derecho.

Botella García, Antonio: Abogado del Estado promoción de 1974. Inició su ejercicio en activo en Oviedo, posteriormente en Albacete, como Jefe de la unidad. Después fue nombrado Secretario General Técnico del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, y Subsecretario del

Ministerio de Agricultura y Conservación de la Naturaleza. Fue, asimismo, Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional y Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo desde el año 1997 hasta su jubilación en 2015. Actualmente es consejero independiente en ACS.

Botella Pedraza, Álvaro: Abogado del Estado, promoción 2009. En activo ejerció en Valladolid, en Palencia como jefe de la unidad y en Madrid. Posteriormente fue nombrado Secretario General del Grupo SEPIDES (SEPI), así como Presidente de SEPIDES sociedad gestora de capital riesgo. Asimismo, fue nombrado Director de Asuntos Jurídicos de Correos y Secretario General de Correos Express. Desde febrero de 2016 hasta febrero de 2018 fue Secretario General del Grupo Correos y de su Consejo de Administración. Actualmente es socio del despacho Cuatrecasas en régimen de excedencia.

Cadenas García, Isabel: Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Educación y Formación Profesional. Ha desempeñado puestos de trabajo en la Abogacía del Estado del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Subdirección General de los Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado, en la Abogacía del Estado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Caínzos Fernández, José Antonio: Abogado del Estado desde 1986. Fue Abogado del Estado-Jefe en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Es socio responsable del departamento de Litigios y Arbitraje de Clifford Chance en España. Es socio fundador y Presidente de Honor del Club Español del Arbitraje. Actúa como árbitro habitualmente en arbitrajes nacionales e internacionales. Es profesor en el Instituto de Empresa y en el Instituto de Estudios Bursátiles.

Calvo Corbella, Juan Carlos: Abogado del Estado en los Servicios Jurídicos de Cataluña; Delegación del Gobierno y de Hacienda, Audiencia y Tribunales de Madrid; Ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación, y Justicia, ICONA e YRIDA; Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. Secretario General y del Consejo y Director jurídico en los Grupos Ginés Navarro, ACS y Urbaser. Presidente y miembro de la Comisión de Gobierno de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; Junta Directiva del Club Español de Arbitraje. Ha intervenido como árbitro y/o abogado en procedimientos arbitrales ante CIA-DI, CIMA, CAM, CEA. Abogado en ejercicio en el área de Litigación, Arbitraje y Derecho Público.

Cancer Minchot, Pilar: Promoción 1994 de Abogados del Estado; siempre en servicio activo. Ha desempeñado el puesto de Abogada del Estado-Jefe en Guadalajara; Abogada del Estado en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid durante cinco años, en todos los órdenes jurisdiccionales; la Secretaría del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, una breve estancia en la Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda, y diez años en el Gabinete de Estudios de la Abogacía General del Estado, ocho de ellos como Subdirectora General, bajo dependencia directa del Abogado General. Desde 2012 al presente sirve en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo, en el orden contencioso-administrativo.

Caño Palop, José Ramón del: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 1986, habiendo desempeñado sus funciones en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (primero como Subdirector del Servicio Jurídico y luego como Secretario del Consejo) y en el Banco de España (Jefe del Servicio Jurídico y, luego, Secretario General del mismo). Desde 2003 ha desarrollado sus funciones en el grupo March, como Secretario y miembro del Consejo de Administración de Corporación Financiera Alba y como miembro

del Consejo de otras sociedades el grupo. Ha sido miembro de diversos grupos de trabajo de la Comisión Europea (Directiva de Servicios de Inversión y Directiva de Ofertas Públicas de Adquisición de Valores), del Banco Central Europeo y de la Asociación Emisores Españoles.

Castedo Álvarez, Fernando: Abogado del Estado en las Delegaciones de Hacienda de Santander y Madrid, Jefe del Gabinete de Estudios de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Universidades e Investigación, y ha prestado servicios en la Abogacía del Estado en el Tribunal Supremo. Además ha sido Secretario General Técnico del Ministerio de Información y Turismo; Subsecretario del Ministerio de Cultura, Director General del Ente público RTVE, Secretario General del Instituto de Cooperación Iberoamericana y Presidente del Banco Hipotecario de España. Abogado.

Castresana Sánchez, Luis Felipe: Abogado del Estado en la promoción de 1974. PADE del IESE en el curso 1985/86. Destinos administrativos en las Delegaciones de Hacienda y Tribunales de Teruel, Alicante, Las Palmas y Madrid. Desde 1980, colaborador de las tareas jurídicas del INI, siendo secretario general y del consejo de CARBOEX, administrador único de INIEXPORT, y desde 1990 a 2000 Secretario del Consejo y de Asuntos Jurídicos y miembro de la Comisión Ejecutiva del INI, TÉNEO, S.A. y la SEPI. Consejero de FOCOEX, SAUDES BANK, REE, SEVILLANA y Ashland Coal. En 2000 abrió la oficina española de Simmons & Simmons, en la que me mantuvo hasta su jubilación en 2011. Actualmente es consultor (Of Counsel) del despacho Coll, Navarro, Sanz, Villar, y miembro de honor de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje del que fue uno de los fundadores en 2005, así como árbitro de diversas cortes de arbitraje (CIMA, ICAM, CAM y CEA).

Castro Rey, Consuelo: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 1989. Ha ejercido en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y desempeñó el cargo de abogada del Estado-Jefa de A Coruña y de Galicia. Desde junio de 2018 es Abogada General del Estado-Directora del Servicio Jurídico del Estado. Es también Vicepresidenta del Grupo de Trabajo sobre Derechos Humanos y Migración del Comité de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Primera mujer electa académica de número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

Cazorla Prieto, Luis María: Doctor en Derecho por la Universidad Complutense con Premio Extraordinario. Abogado del Estado, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Rey Juan Carlos, Letrado de las Cortes Generales e Inspector de los Servicios del Ministerio de Hacienda. Fue Director General del Gabinete del Ministro de Hacienda, Secretario General del Congreso de los Diputados, Letrado Mayor de las Cortes Generales, Secretario de la Junta Electoral Central, Vicepresidente 1.º del Comité Olímpico Español y miembro de la Comisión Jurídica del Comité Olímpico Internacional. Es Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y Presidente del Consejo económico-empresarial de Thomson Reuters Aranzadi y Vicepresidente de su Consejo Editorial.

Codes Calatrava, Alfonso: Abogado del Estado en el Ministerio de Cultura y Deporte. Dentro del servicio activo, ha ejercido las funciones de Abogado del Estado en La Coruña y en Murcia. Ha sido Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

Díaz Abad, Nuria: Abogado del Estado (promoción 1992) con destino en la Abogacía del Estado del Ministerio de Obras Públicas y Transportes (1992-1997) y en la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1997-2014). Subdi-

rectora General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado (2003-2014) y Abogado del Estado en la Subdirección General de los Servicios Consultivos (2014-2015). Desde diciembre de 2013 es Vocal del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y Presidenta entre junio de 2016 y junio de 2018 del Comité Ejecutivo de la Red Europea de Consejos de Justicia. Actualmente es miembro de la Comisión de Asuntos Económicos del CGPJ y Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional.

Díez Menéndez, Julio José: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1990, habiendo desempeñado sus funciones en las Abogacías del Estado en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el Ministerio de Ciencia e Innovación, en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (AECID), en la AEMET, en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Desde junio de 2.018 desempeña sus funciones en el Ministerio de Economía y Empresa. Además, ha sido vocal del Consejo Rector de la AEMET, Secretario del Consejo de Administración de TRAGSA, vocal del Consejo Superior de Metrología y del Consejo de administración de la FNMT-RCM. Actualmente es miembro de la Comisión Rectora del FROB en representación de la Abogada General del Estado y consejero de Red.es.

Domenech Gil, Juan Alfonso: Abogado del Estado, siendo su primer destino la Abogacía del Estado de Córdoba, pasando a prestar servicios a continuación en el servicio jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Antes de su incorporación al Instituto de Crédito Oficial como Director de la Asesoría Jurídica y Secretario del Consejo, fue destinado al Ministerio de la Presidencia y luego ocupó el puesto de Director de Asuntos Jurídicos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales.

Dorronsoro Alberdi, María: Abogado del Estado desde el año 2014 con destinos en la Abogacía del Estado en Burgos, en el Departamento de Penal de la Subdirección General de Servicios Contenciosos y desde febrero de 2018, en la Abogacía del Estado en Madrid.

Elías de Tejada, José María: Socio de Corporate M&A de Deloitte Legal desde febrero de 2016. Hasta entonces ocupó diversos cargos en el sector público empresarial, como Secretario General y del consejo de administración de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. y de Correos Express Paquetería Urgente, S.A. y consejero de otras sociedades estatales. También ha sido Presidente de la Sección Española de la Asociación Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos (CEEP). Abogado del Estado desde 2002, ha sido reconocido en dos ocasiones con el premio Forty Under Forty (ediciones de 2009 y de 2017).

Espinosa Fernández, Francisco: Abogado del Estado, promoción enero 1986, destinos en Audiencia Territorial, Magistratura de Trabajo, DGSJE-Servicios Contenciosos (Social y Penal), Audiencia Nacional, Tribunal Militar Central, Juzgados Centrales Contencioso Administrativos, Tribunal Superior de Justicia y Tribunal Supremo (Sala Tercera).

Ester Casas, Verónica: Abogado del Estado desde el año 2000, ha estado destinada en Toledo, Juzgados y Tribunales de Madrid (actuando ante las distintas jurisdicciones: social, penal y civil), Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, Ministerio del Interior, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado, destino este último donde he actuado como Agente del Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En septiembre de 2018, me he incorpo-

rado como of-counsel al despacho Simmons & Simmons, departamento de Dispute Resolution (Litigación y Arbitraje).

Fernández Toro, Zaida Isabel: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en junio de 2016. Desde entonces es Abogada del Estado-Jefe en Ceuta.

Fraguas Gadea, Lourdes: Ha trabajado (1992-95) en la Abogacía del Estado del Ministerio de Sanidad y Consumo, en el Servicio Jurídico de la Agencia Europea del Medicamento (EMEA), Londres (1995-2000), en la Abogacía del Estado del Ministerio de Hacienda (2000), la Abogacía del Estado de la Agencia Española del Medicamento (2000-2001) y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como Agente del Reino de España (desde 2001 a 2004). Desde octubre de 2004 trabaja en Farmaindustria desempeñando el puesto de Secretaria General y Directora de la Asesoría Jurídica.

Gallego Caballero, Fabiola: Abogado del Estado desde 1991, en la actualidad es Secretaria General y del Consejo de Administración de Enresa. Ha sido Secretaria General Técnica en los Ministerios de Fomento y Asuntos Exteriores y de Cooperación, Abogada del Estado adjunta en la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado y abogada del Estado-Jefe del Ministerio de Asuntos Exteriores; coordinadora de la asistencia jurídica al Instituto Cervantes y a la entidad Mercasa; vocal del Comité Olímpico Español, de la Comisión Española de Derecho Humanitario y de la Junta de la Carrera Diplomática; presidenta de las comisiones de seguimiento para la cooperación transfronteriza Hispano-Portuguesa y Franco-Española y de la Comisión Filatélica del Estado; y consejera de RENFE, de FEVE y de ADIF.

García Beato, María José: abogada del Estado (1991). Entre otros puestos, Abogada del Estado en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Agencia de Protección de Datos, en la Subdirección de Servicios Consultivos, en la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento y ante la Audiencia Nacional. Directora del Gabinete del Ministro de Justicia y Subsecretaria de Justicia. En la actualidad, Consejera Secretaria General de Banco Sabadell, Consejera independiente de Red Eléctrica Corporación, Patrona de la Fundación Banco Sabadell, de la Fundación de la AEB, de la Fundación Wolters Kluwer y miembro del Consejo Asesor de la Fundación Cajasur.

García Blanco, María Luisa: Abogada del Estado (1992), con destinos en Cáceres, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Ministerio de Justicia-Gabinete de Estudios. Abogado del Estado-Jefe del Departamento de Constitucional y Derechos Humanos, Agente del Reino de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Coordinadora-Jefe de la Delegación de España ante diversos Comités de Naciones Unidas en Ginebra. Socia del despacho Salama García Blanco, desde 2013; Consejera Independiente de Telefónica, S.A. y Vocal de sus Comisiones de Regulación y de Calidad (2018).

Gilabert Cervera, Miguel Ángel: Abogado del Estado desde 1991. Ha tenido destino en Gerona, Barcelona y, desde 1994, en Sevilla. Es autor del libro *La Formación histórica del Cuerpo de Abogados del Estado*.

Giménez Cervantes, José: Abogado del Estado (promoción 1993). Ejerció como abogado del Estado en las Abogacías del Estado en Avila (1993), Ministerio de la Presidencia (1994), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (1995-1996) y Tribunal Superior de Justicia de Madrid (1996-2000). En 2000 fue designado Secretario General y del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, donde permaneció hasta marzo del año 2003. En el sector privado, ha sido el socio responsable del Departamento de Derecho Público y Sectores Regulados en CMS (2003-2009) y desde 2009, en Linklaters S.L.P.

González Carazo, José Luis: Abogado del Estado desde 1976. Fue Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Transportes Turismo y Comunicaciones, así como Secretario General de la Abogacía del Estado.

Grangel Vicente, Ignacio: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 2004. Ha sido Abogado del Estado-Jefe en Castellón y Segovia, y después ha prestado servicios en la Audiencia Nacional. Ha sido Director del Gabinete del Secretario de Estado de Energía y Consejero de la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos y de la Junta Directiva de la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos. Director de la Asesoría Jurídica y Vicesecretario General de Red Eléctrica de España, Consejero ejecutivo como Presidente y Vicepresidente de las cinco empresas que gestionan la operación de los mercados de electricidad en España y Portugal (OMEL, OMIE, OMIP, OMICLEAR y OMEL Diversificación), y Consejero de las empresas que gestionan el mercado del gas en España (MIBGAS y MIBGAS Derivatives). Es Consejero de Enagas y Vocal de la Comisión de expertos sobre Escenarios de Transición Energética.

Gutiérrez Serrano, Pablo: Abogado del Estado Adjunto del Departamento de lo Social (Subdirección General de Servicios Contenciosos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado). Anteriormente ha desempeñado sus funciones como Abogado del Estado en las provincias de Soria y León.

Hernández-Tavera, Valeriano: Abogado del Estado (1982), con destino en la Delegación de Hacienda de Madrid, Subdirector General de lo Contencioso en la Dirección General de lo Contencioso (luego Dirección General del Servicio Jurídico del Estado), y la Audiencia Nacional. Abogado en ejercicio.

Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros, Juan Manuel: Licenciado en Derecho (1986) y abogado del Estado (1988). Ha prestado sus servicios en la Abogacía del Estado en el Ministerio de Justicia asumiendo la Jefatura de las Abogacías del Estado en Navarra (1988-1992), Barcelona (1992-1996) y ante el Tribunal de Cuentas (1996-2000). En la administración tributaria ha sido Abogado del Estado-Jefe en la Delegación Especial de Madrid (2002 a 2006), en la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (2006 a 2010) y Director del Servicio Jurídico de la Agencia Tributaria (2010-2015). Ha ejercido la docencia como profesor asociado en distintas universidades. Es autor de distintas publicaciones en materia de Derecho Público, fundamentalmente derecho administrativo y tributario. Actualmente es socio del despacho de abogados DELOITTE LEGAL.

Hierro Hernández Mora, Antonio: Abogado del Estado (promoción 1985). Cubrió destinos en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y posteriormente en el Ministerio de Asuntos Exteriores, donde actuó como Agente del Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea durante 4 años. Desde el año 1993 fundó y dirigió el Área de Litigios y Arbitraje de Cuatrecasas. Actualmente sirve como árbitro internacional en arbitrajes comerciales y de protección de inversiones.

Huesca Boadilla, Ricardo: Abogado del Estado desde 1980. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid desde 1987. Ha estado destinado en la Abogacía del Estado en Asturias, en la Audiencia Nacional, en la Subdirección de Servicios Consultivos y en la Abogacía del Estado en Tribunal Supremo. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Ha impartido cursos y conferencias en el ámbito del Derecho Tributario por todo el territorio nacional.

Jiménez-Blanco, Gonzalo: como Abogado del Estado desarrolló su carrera en el Ministerio de Industria y Energía, la CNMV y el ICO. En la excedencia, dirigió la Asesoría jurídica de British Telecom en España y, posteriormente, se incorporó al despacho

Ashurst, del que fue muchos años su socio director en España. Profesor del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad Rey Juan Carlos en temas financieros y de arbitraje. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Lamela Fernández, Manuel: Licenciado en Derecho y Diplomado en Función Pública. Abogado del Estado desde diciembre de 1988, ha ejercido su labor profesional en diversos Servicios Jurídicos dependientes del Estado, así como en la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Entre 1997 y 2003, ha sido alto cargo tanto en el seno de la Administración General del Estado como en el Gobierno de la Comunidad de Madrid. En la actualidad, es Presidente y socio-director de la firma de asesoría jurídica Accountax y es Presidente de la Sección de Derecho Agroalimentario del Colegio de Abogados de Madrid. Igualmente, es Presidente y Patrono fundador de la Fundación LAFER.

León Cavero, Rafael Andrés: Abogado del Estado desde 1992. Ha desempeñado sus funciones en Teruel, Valencia, Segovia y Madrid, donde ha sido coordinador de procedimientos laborales en Madrid, de procedimientos contenciosos a nivel nacional y del área de contencioso tributario en la Audiencia Nacional. En el ámbito internacional ha representado a España en arbitrajes internacionales ante el CIADI, en diversos comités convencionales en el seno del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Desde 2013 es el agente de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jefe del Área de Derechos Humanos en la S. G. de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado.

Lescure Ceñal, Pedro: Abogado del Estado (promoción 1985), habiendo prestado servicios en la Delegación del Gobierno en La Rioja, Ministerio de Educación y Ciencia, Ministerio de Asuntos Sociales, Ministerio de Justicia, Ministerio del Interior, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Secretario General de RTVE, Letrado del Consejo General del Poder Judicial y, actualmente, Secretario General y Director de los Servicios Jurídicos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM).

Luis y Lorenzo, José Félix de: Abogado del Estado desde 1986. Es Master in Law (LL.M.) Columbia Law School; Programa Alta Dirección de Empresas, (PADE) IESE, University of Navarra; y Advanced Management Program (A.M.P.) Harvard Business School. En el Ministerio para las Administraciones Públicas ha sido Abogado del Estado-Jefe y Secretario General Técnico. Ha sido Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Economía. También ha estado destinado como Abogado del Estado en el Ministerio de Fomento y en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ha sido Consejero de la C. N. M. V. Ha sido Director de Cumplimiento, en Banco Central Hispano. Está incorporado como Árbitro en las principales instituciones arbitrales, también de Asia.

Marroquín Mochales, José Luis: Secretario General y del Consejo de Administración de RENFE desde 1998 hasta la actualidad. Abogado del Estado en el Ministerio de Obras Públicas (después de Fomento) y en la Secretaría General de Comunicaciones. Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Abogado del Estado-Jefe en la provincia de Zamora (en 1986). Letrado Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia de la Junta de Castilla y León, Letrado asesor en el Consejo Rector de Puertos del Estado, Letrado asesor en el Consejo de Administración de RETE-VISION. Consejero en CEA/MM (sociedad encargada de la explotación del AVE Meca-Medina), desde 2014 hasta la actualidad.

Martín Timón, Manuel: Abogado del Estado y Magistrado del Tribunal Supremo (en ambos casos, jubilado).

Martínez Lafuente, Antonio: En 1971 ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado, y de 1978 a 1985 fue Subdirector General de Estudios de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Hacienda. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario desde 1981 y de la Escuela de Inspección Financiera y Tributaria desde 1977. Impulsor de los estudios en España del Derecho de la Unión Europea. Vicepresidente Primero de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Consejero del Consejo Consultivo de Privatizaciones. Abogado en los Colegios de Madrid y Valencia desde 1986 y Árbitro de las principales Cortes Arbitrales.

Mas Rauchwerk, Marcos: Abogado del Estado desde el año 1996. Vocal del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa desde 1996 a 1998. Secretario del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña desde 1998 a 2002. Director de Servicios Jurídicos Consultivos y de Coordinación de la Generalitat de Cataluña. Desde 2004 y hasta hoy defensa judicial del Estado e instituciones públicas en la jurisdicción civil y contencioso administrativa.

Mateu Isturiz, José Francisco: Abogado del Estado desde 1980, presta servicios en Palencia, Delegación de Hacienda de Madrid, Asesoría Jurídica de los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Industria. Jefe de la Asesoría Jurídica para la Unión Europea de Explosivos Río Tinto. Vicesecretario del Consejo de Administración de Repsol S.A. Secretario General y del Consejo de Administración de TERRA, así como de Altadis. Últimamente ha sido Consejero de Amper S.A., Lycos Europe S.A y Banco Popular Español S.A.

Mayor Menéndez, Pablo: Abogado del Estado desde 1991. Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento, 1996-1999. Socio de Allen & Overy. Experto en Derecho Público y Sectores Regulados.

Monedero Montero de Espinosa, José Ignacio: Ingresó en el Cuerpo de Abogado del Estado en 1991, habiendo desempeñado sus funciones en la Abogacías del Estado en Valladolid, Zamora, Segovia; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Subdirección del Departamento Financiero del Tribunal de Cuentas y Subdirección General de lo Contencioso. Ha sido Secretario del Consejo de Administración de Seiasa del Nordeste. Desde el año 2008 ejerce la abogacía en el despacho DLa Piper y, en la actualidad, es Secretario de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Moro Valero, Carlos: Licenciado en Derecho. Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración. Perteneció al Cuerpo de Abogados del Estado. Como Abogado del Estado ha desarrollado funciones consultivas y contenciosas en las Abogacías del Estado de Las Palmas, Barcelona y en la Subdirección General de lo Contencioso del Estado. Secretario del Tribunal Económico-Administrativo de Canarias. Entre los años 2015 y 2018 ha desempeñado el cargo de Abogado General de la Comunidad de Madrid. Miembro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid. Desde 2018 es Secretario del Consejo Director Legal & Compliance de INECO.

Mourenza Díaz, José Ramón: Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense. Abogado del Estado, promoción de 1994. Abogado del Estado-Jefe de la Secretaría de Estado de Energía entre 2011 y 2018. Actualmente en excedencia, como Of Counsel de Herbert Smith Freehills.

Nuez Sánchez-Cascado, Elisa de: Abogada del Estado desde 1988. Ha desempeñado distintos cargos en el sector público, y en el sector privado ha sido Secretaria del Consejo de varias empresas. En la actualidad compagina su trabajo en la Abogacía del Estado

(Audiencia Nacional) con su colaboración en el despacho GC Legal. Ha sido socia fundadora de la empresa de consultoría Iclaves. Es miembro del Consejo editorial de *El Mundo*. Es Secretaria General de la Fundación Hay Derecho y coeditora del blog *¿Hay derecho?* Ha dado clases en ICADE, Universidad Complutense, Universidad San Pablo-CEU, Instituto de Estudios Fiscales o ESADE.

Otero-Novas Miranda, Elena: Abogada del Estado desde 1993, habiendo desempeñado funciones en los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y de Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo. Ha sido Secretaria General del Consejo y Directora General de la Asesoría Jurídica de Sacyr S.A. Es Secretaria del Consejo en Vodafone-España, así como miembro de la Junta Directiva y Presidenta de la Comisión de Mujeres del Club Español del Arbitraje, y Patrono de diversas instituciones, como la Mobile World Capital, Seres y la Fundación Universitaria San Pablo CEU y sus universidades.

Parra García-Moliner, Alfredo: Abogado del Estado, Subdirección General de Constitucional y Derechos Humanos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

Pastor Ruiz, Federico: Abogado del Estado desde 2009, tuvo en Barcelona su primer destino, de donde, desandando la marcha de Don Quijote, se fue a Castilla-La Mancha, primero a Ciudad Real y después a Toledo. De ahí pasaría al Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, posteriormente, al Ministerio de Hacienda. Entre otras entidades, ha sido Coordinador de Asistencia Jurídica de las sociedades mercantiles estatales RTVE, Correos y Telégrafos, SEGIPSA y SEGITTUR. Abogado.

Peña Sánchez, José Manuel de la: Abogado del Estado desde 1986. Actualmente es Abogado del Estado-Jefe del Servicio Jurídico Regional de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Murcia.

Pérez Crespo Payá, Francisco: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 1988. Destinado en el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Tribunal Superior de Justicia de Madrid y Agencia Estatal de Administración Tributaria (Subdirector de Asuntos Consultivos y Contenciosos del Servicio Jurídico). En 1996 se incorporó como Secretario General y del Consejo a CSI Corporación Siderúrgica. En 2002 se incorporó a Cuatrecasas, Gonçalves Pereira como socio. Ha sido vocal de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación para la reforma concursal (2011) y, en la actualidad, lo es de la Sección Especial para la elaboración de una propuesta legislativa sobre Derecho Preconcursal. Vocal del Consejo de Defensa del Contribuyente desde 2007.

Pérez Renovales, Jaime: ha sido Abogado del Estado en Barcelona y en el Ministerio de Economía y Hacienda, Subdirector de los servicios jurídicos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Director del gabinete del Vicepresidente del Gobierno para Asuntos Económicos y Subsecretario de la Presidencia. En 2015 se reincorpora en el Banco Santander como Secretario de su Consejo de Administración.

Pipaón Pulido, Jorge Guillermo: Abogado del Estado desde 2003. Ocupó diferentes puestos: en la Delegación del Gobierno en Extremadura, en el Ministerio del Interior, en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en la Secretaría de Estado de Comercio, Abogado del Estado-Jefe en la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa y Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Actualmente, en la excedencia voluntaria ejerciendo privadamente la abogacía en Toda y Nel-lo. Ha ocupado también diferentes puestos como Asesor de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Consejero de la Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias, de la

Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, Consejero de Navantia y de SEITTSA, Secretario del Consejo de la Sociedad España Expansión Exterior y Secretario del Patronato de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología.

Pons Pelufo, María: Abogada del Estado desde el año 2016 con destino en la Abogacía del Estado en Barcelona y desde febrero de 2018 en el Departamento de Penal de la Subdirección General de Servicios Contenciosos.

Puente Escobar, Agustín: Abogado del Estado desde 1994, tras ejercer sus funciones en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y los Ministerios de Industria y Energía e Interior, fue nombrado Abogado del Estado-Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos (1999-2018). Fue ponente del Anteproyecto de la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 3/2018, de 5 de diciembre). Desde septiembre de 2018 es socio del Departamento de Privacidad, IT y entornos digitales de Broseta Abogados.

Ramos Gil, Rafael: Abogado del Estado de la promoción de 1989. Ha prestado servicios en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en los órdenes jurisdiccionales social, penal, civil y contencioso-administrativo. Entre 1994 y 1996 ha sido Abogado del Estado Jefe del Ministerio del Interior. Entre 1996 y 2000 ha sido Secretario General Técnico del Ministerio del Interior. Entre 2000 y 2003 ha sido Socio del Área Legal de Deloitte & Touche. Desde junio de 2003 es Secretario del Consejo de Administración y Director de la Asesoría jurídica del Operador del Mercado Ibérico de la Energía-Polo Español, S.A. (OMEL).

Ramos Vallés, Raquel: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1994. Desde entonces ha prestado servicios en las Abogacías del Estado en Burgos, Ciudad Real, Ministerio de Industria y Energía, Gabinete de Estudios de la Abogacía del Estado y, desde el año 2002, en la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Ha participado en el Grupo de Trabajo para la elaboración del anteproyecto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y es vocal de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Rivero González, Manuel: Abogado del Estado. Promoción 1986. Ha desempeñado puestos en la Audiencia Territorial de Madrid, Gabinete de Estudios y Subdirección General de los Servicios Contenciosos, de la que ha sido Subdirector General durante 17 años. Co-Director del Departamento de Procesal y Arbitraje del despacho de abogados Herbert Smith Freehills Spain desde 2012.

Rodrigo Fernández, Jesús: Jefe de la Asesoría Jurídica del Ente Preautonómico de Castilla y León. Subdirector General, Jefe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General del Tesoro del Ministerio de Economía y Hacienda (1980-1982). Jefe de la Asesoría Jurídica del Instituto de Crédito Oficial. (1982-1985). Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda (1985-1989). Fue miembro, desde 1980, del equipo de negociación para el ingreso de España en la Comunidad Europea. Desde 1990, abogado en ejercicio.

Rodríguez Cárcamo, Juan Manuel: Abogado del Estado de la promoción de 2001. Socio del despacho Pérez-Llorca, al que se incorporó en 2011. Entre 2004 y 2011 ejerció como Abogado del Estado en la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Previamente estuvo destinado en la Dirección General para Seguridad, Desarme y Asuntos Internacionales de Terrorismo, en la Abogacía del Estado del Ministerio del Interior y en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y los Juzgados y Tribunales de Madrid.

Sala Atienza, Pascual: Secretario General de la Asociación de Empresas de Energía Eléctrica (AELEC, antes UNESA) desde 2001. Abogado del Estado (1995- 2000), prestó sus servicios en el Servicio Jurídico del Estado en Toledo, Asesoría jurídica del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Asesoría jurídica de la Secretaría de Estado de Hacienda.

Salama Salama, Isaac: Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia Comillas (ICADE, E-3). Abogado del Estado (1996), con destinos en Toledo, Delegación del Gobierno de Madrid, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Tribunal Constitucional-Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comités de Naciones Unidas. Socio del despacho Salama García Blanco, desde 2013.

Sánchez Socías, Luis: Abogado del Estado desde 1988, ha estado destinado en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Tribunal de Cuentas y Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Abogado. Profesor del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad Rey Juan Carlos. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Santos Sánchez, David Javier: Abogado del Estado desde 2006, ha ocupado destino en Castellón, Delegación del Gobierno de Madrid y Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Secretario General Técnico del Ministerio de Defensa de 2012 a 2018, actualmente Abogado del Estado-Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos. Es Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y está en posesión de la Gran Cruz al Mérito Militar con distintivo blanco.

Serrada Hierro, Juan: Abogado del Estado en la promoción de 1974. Destinos administrativos en la Delegación de Hacienda y Tribunales de Santander, Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Aviación Civil, Jefe de Gabinete Técnico del Ministro de Hacienda, Asesor Jurídico de la Delegación del Gobierno de CAMPESA, Jefe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Vicesecretario del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria y de TÊNEO S.A., así como de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (1987-2005). Secretario del Consejo de Administración y Director de Asuntos Jurídicos de INFOINVEST S.A. y Abogado del Estado en la Audiencia Nacional hasta 2017. Desde 2008 es Presidente de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje y antes fue Director de la misma.

Serrano Gil de Albornoz, Francisco José: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 1993. Destinos: Abogacía del Estado en Guipúzcoa, Teruel y Zaragoza. Desde 2000, Jefe de la Asesoría Jurídica de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja. Desde 2015, Director General Adjunto-Secretario General de Ibercaja Banco S.A. Consejero de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón (2002-2010) y del Consejo Consultivo del Gobierno de Aragón (hasta 2010).

Tarrío Berjano, Manuel: Abogado del Estado desde 1984: Jefe en Tarragona, Delegación de Hacienda de Madrid; Servicio Consultivo de la Dirección General de lo Contencioso del Estado; Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Director de Asuntos Jurídicos: CAMPESA y BANKINTER. Secretario del Consejo: Construcciones LAIN, S.A. Secretario de Patronato: Fundación Formación Continua; Fundación Síndrome de Down Madrid. Abogado ejerciente: Madrid; Barcelona; Santander; y Sevilla. Árbitro fundador: Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA); Corte Arbitral Fundación SIGNALUM. Notario desde 2005. Notario de Madrid, por oposición entre Notarios, desde 2009. Censor Segundo del Colegio Notarial de Madrid 2012-2016.

Tejera Gimeno, Carmen: Pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado desde 1992. Tras coordinar abogacías provinciales en Ávila y Segovia, pasa por el Ministerio de Sanidad, Magistratura de Trabajo, Tribunal Superior de Justicia de Madrid, TEAR de Madrid, Delegación del Gobierno en Madrid, el antiguo Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF). Desde 2003 presta servicios en la Abogacía del Ministerio de Economía de entonces, y desde 2009 es la Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Hacienda. En paralelo ha ocupado puestos de consejero o secretario de consejo en diferentes sociedades mercantiles estatales como INISAS, AGENCIA EFE, SEIASA, ACCIÓN CULTURAL ESPAÑOLA, SEGIPSA O SELAE.

Torres Fernández, Juan José: Abogado del Estado desde 1984. Actualmente es Abogado del Estado-Jefe en el Tribunal Supremo. Cotitular de la Cátedra José María Cervelló del Instituto de Empresa Law School.

Triana Reyes, Belén: Promoción de 1988. Ha desempeñado numerosos destinos, siempre dentro del sector público; entre ellos, ha sido Directora de la Asesoría Jurídica de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales y Abogado del Estado-Jefe en la Audiencia Nacional. También ha sido Letrada del Tribunal Constitucional. Actualmente, es Abogado del Estado en el Tribunal Supremo.

Uría Fernández, Francisco: Abogado del Estado-excedente y Doctor en Derecho. Estuvo destinado en las abogacías del Estado en Tarragona, ante el TSJ de Cataluña, la AEAT, la Secretaría de Estado de Economía y la Subdirección de Asuntos Contenciosos. Fue también Secretario General Técnico de los Ministerios de Fomento y Hacienda y Subsecretario de este último. Fue Vicesecretario y Jefe de la Asesoría Jurídica de la Asociación Española de Banca y actualmente es el socio responsable de sector financiero en KPMG en EMA y socio principal de KPMG abogados.

Vacas Chalfoun, Luis: Abogado del Estado desde 2009. Ha desempeñado la Jefatura de la Abogacía del Estado en Lleida, fue miembro del Departamento de Penal de la Abogacía del Estado y ha ejercido igualmente sus funciones en la Abogacía del Estado ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo y en la Subdirección General de Coordinación y Auditoría de la Abogacía general del Estado. Entre 2016 y 2017 fue Subdirector General de Recursos en el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. En la actualidad es el Vicesecretario General y del Consejo de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A.

Vázquez Contreras, Fermín: Abogado del Estado. Abogado del Estado-Secretario de la Sala Desconcentrada de Granada, del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía. Ponente del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Vázquez Guillén, Antonio: Abogado del Estado desde 1997. Socio de Allen & Overy responsable del Departamento de Contencioso. Socio *Co-Director* de Allen & Overy Madrid.

Villar Uríbarri, José Manuel: Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado del Estado desde 1985, fue destinado a la Delegación del Gobierno en Madrid y después al Tribunal Constitucional, del que fue Abogado del Estado-Jefe. Desde 1996 a 2000 fue Secretario General de Comunicación del Ministerio de Fomento, Presidente del Consejo de Administración de Correos y Telégrafos y Presidente de Hispasat S.A. Abogado en el Despacho Villar Arregui desde 2001.

Vizcaíno Calderón, Miguel: Abogado del Estado (1973). Ha prestado servicios en Alicante y en la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Fue Director del Instituto de Estudios Administrativos y Secretario General Técnico de la Presidencia del Gobierno (1977-1978). Secretario de los Consejos de Administración de Astilleros Es-

pañoles y de Astano, y Secretario General del Banco Exterior y del Banco Natwest España. Desde 1995 prestó servicios en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid compatibilizándolos con el ejercicio privado de la Abogacía. En 2002 se incorporó como Abogado del Estado-Jefe del Ministerio de Ciencia y Tecnología y ha continuado, hasta su jubilación, en dicha Jefatura.

Vizcaíno López, Beatriz: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 2016, desempeñando sus funciones en la Abogacía del Estado en Barcelona, en los órdenes jurisdiccionales Contencioso-Administrativo, Penal y Social. Así mismo, ha sido coordinadora de los convenios de asistencia jurídica a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos S.A. y a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Vizcaíno López, Fernando: Ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en 2017. Desde entonces ha ejercido sus funciones en la Abogacía del Estado en Barcelona.

RELACIÓN DE LOS ALUMNOS

Alumnos de Manuel Goded Miranda por orden de incorporación al Cuerpo de Abogados del Estado

Como muestra de admiración y fiel testimonio de reconocimiento y gratitud por la obra viva que deja en todos y cada uno de nosotros:

PROMOCIÓN 1969

Fernando Castromil Sánchez
Fernando Castedo Álvarez
Luis Pastor Ridruejo
Juan Ignacio de la Mata Gorostizaga
Juan Segura Galán (+)
Luis Fernando Feced Herrero
Santiago Rodríguez-Miranda Gómez
Antonio Pozo González (+)
Miguel Pardo García-Valdecasas (+)

PROMOCIÓN 1971

Javier Mexía Algar (+)
Antonio Martínez Lafuente
Tomás Santoro García de la Parra (+)
José María Nebot Lozano (+)
José Antonio Piqueras Bautista (+)
Julián Camacho García (+)
Manuel Román Román
Juan José Pardo García-Valdecasas
Juan Carlos Herrero Chacón
Carlos Pérez-Marsá Hernández (+)
Carlos García Manrique (+)
Bartolomé Alfonso Ferrer

PROMOCIÓN 1973

Pedro Meroño Velez (+)
Alfonso Vázquez Sedano
Miguel Vizcaíno Calderón
Rafael Pastor García (+)
Antonio María Malpica Muñoz
Alfredo Oñoro Crespo (+)
Manuel Martínez García de Otazo

PROMOCIÓN 1975

Eduardo Serra Rexach
Arturo Zabala Rodríguez-Fornos (+)
Alejandro García-Bragado Dalmau

César Álvarez Valcarce (+)
Guillermo Pardo Morales (+)
Luis María Cazorla Prieto
Antonio Botella García
José Luis del Valle Pérez
Antonio Sainz de Vicuña Barroso
Carlos de la Mata Gorostizaga
Juan Serrada Hierro
Juan Manuel Martín Martínez de Baroja (+)
Miguel Arias Cañete
José María Cervelló Grande (+)
Luis Felipe Castresana Sánchez
Alejandro García Moratilla

PROMOCIÓN 1976

Alfredo Sánchez-Bella Carswell (+)
José María Elías de Tejada Lozano
Carlos José Entrena Palomero
Francisco Javier Borrego Borrego
Luis Suárez de Lezo Mantilla
Rafael García-Valdecasas Fernández
Felipe Pastor Ramos
Antonio Martínez-Calcerrada Gómez
Jesús Rodrigo Fernández
José Luis González Carazo
Julián Martínez-Simancas Sánchez

PROMOCIÓN 1978

Luis Sancho Martínez-Pardo
Pedro de Elizalde de Aymerich
Juan García González-Posada
Manuel Pizarro Moreno
Pedro Guerrero Guerrero
José Ignacio Benjumea Cabeza de Vaca
Fernando Llopis Giner
José Maldonado Ramos
Víctor Vicente Murcia Vela
Alfredo López Frías
José Ramón Álvarez Martín (+)

PROMOCIÓN 1980

Ernesto Maraver Sánchez
 Rafael Piqueras Bautista
 Luis Corno Caparros
 Jacobo García Palacios
 Javier Pérez-Arda Criado
 Ramón Múgica Alcorta
 Jaime Alfonsín Alfonso
 Antonio Bañón Bernad (+)
 José Francisco Mateu Isturiz
 Hilario Hernández Marqués
 Ricardo Salvador Huesca Boadilla
 Juan José Calderón Labao
 José Luis Martínez Mohedano

PROMOCIÓN 1982

Ramiro Sánchez de Lerín García-Ovies
 José Ramón Rodríguez Carbajo
 Valeriano Hernandez-Martín
 Manuel Garayo de Orbe
 Salvador Villanueva Uñan
 José Javier Abad Pérez (+)
 Gregorio Juncos Martínez
 José Miguel García Lombardía
 Luciano Mas Villarroel
 Bernardo Carmona Salgado
 José Antonio Morillo Velarde Peso
 José Manuel Blanque Avilés (+)
 César Albiñana Cilveti
 Gregorio Arranz Pumar
 Carlos María Perez-Embid Wamba,

PROMOCIÓN 1984

Luis Argüello Álvarez
 Vicente Santamaría de Paredes Castillo
 Jesús Roa Martínez
 Juan Guitard Marín
 Javier Revuelta del Peral
 José Ignacio Rodrigo Fernández
 Antonio Abril Abadin
 Joaquín de Fuentes Bardaji
 Francisco José Arregui Laborda
 Sebastián Albella Amigo
 Juan José Torres Fernández
 José Manuel Serra Peris
 Diego Luis Lozano Romeral
 Miguel Bravo-Ferrer Delgado
 Manuel Tarrío Berjano

PROMOCIÓN 1986

Jesús Remón Peñalver
 Juan José Molinos Cobo
 Manuel Rivero González
 José Antonio Caínzos Fernández
 Francisco Espinosa Fernández
 Juan Carlos Calvo Corbella
 Esteban Arimany Lamoglia
 Ignacio Blasco Lozano
 José Manuel Villar Uribarri
 Arturo Alfonso Pastor Villalba
 Jesús María López-Medel Bascones
 Pedro Lescure Ceñal
 Antonio Hierro Hernández-Mora
 José Luis Marroquin Mochales
 Rafael García Monteys
 Francisco Palá Laguna
 Fernando Calancha Marzana

PROMOCIÓN 1987

Juan Antonio Sardina Páramo (+)
 José Félix de Luis y Lorenzo
 Luis Gimeno Valledor
 Antonio González-Carballo Almodovar
 José Ramón del Caño Palop
 Javier Arraut Amat
 José Manuel de la Peña Sánchez
 Ignacio Pinilla Rodríguez
 José Luis Viada Rubio
 Miguel Crespo Rodríguez
 Ignacio Toda Jiménez

PROMOCIÓN 1988

Francisco Pérez-Crespo Paya
 Elisa de la Nuez Sánchez-Cascado
 Luis Sánchez Socías
 Javier Lamana Palacios
 Belén Triana Reyes
 Tomás González Cueto
 Manuel Fernández-Monzón de Mendivil
 Juan Manuel Herrero de Egaña Espinosa
 de los Monteros
 Luis Gonzaga Serrano de Toledo
 Fernando Hidalgo Abia

PROMOCIÓN 1989

Eduardo Arbizu Lostao
 Carmen Díez Valle
 Gloria Calvo Díaz
 Antonio López Taracena

Catalina Miñarro Brugarolas
 Luis Bermúdez Odriozola
 Luis Pérez de Ayala Becerril
 Rafael Ramos Gil
 Iñigo Coello de Portugal Martínez del Peral
 José María Ayala Muñoz
 Lucas Osorio Iturmendi
 Enrique Hernández Pérez
 Manuel Lamela Fernández
 Enrique Massanet (+)

PROMOCIÓN 1990

José Argüelles Pintos
 José María Coronas Guinart
 Consuelo Castro Rey
 José Antonio Rodríguez Álvarez
 M.^a José Sánchez-Andrade Fernández
 Julio José Díez Menéndez

PROMOCIÓN 1991

Francisco de Borja Acha Besga
 Gonzalo Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz
 Fabiola Gallego Caballero
 Francisco Uría Fernández
 María Jesús Prieto Jiménez
 Pablo Manuel Mayor Menéndez
 Miguel Ángel Gilabert Cervera
 Luis Gayo del Pozo
 Pablo Antonio de Carvajal González
 Santiago Cid Fernández
 Arturo Cortés de la Cruz
 Juan Zabía de la Mata
 José Ignacio Monedero Montero de Espinosa
 Juan Antonio Puigserver Martínez
 María José García Beato

PROMOCIÓN 1992

Santiago Ortiz Vaamonde
 José Miguel Fatas Monforte
 Francisco García Gómez de Mercado
 Nuria Díaz Abad
 M.^a Isabel Cadenas García
 Cecilia Gutiérrez Ganzarain
 Hilda Pérez Guardiola
 Lourdes Maiz Carro
 Lourdes Fraguas Gadea
 Pablo Crevillén Verdet

María Luisa García Blanco
 María del Carmen Tejera Gimeno
 Rafael Andrés León Cavero

PROMOCIÓN 1993

José Giménez Cervantes
 Ignacio Salvo Tambo
 Elena Otero-Novas Miranda
 Nicolás Valero Lozano
 Edmundo Bal Francés
 Fernando Arenas Escribano
 Felisa Vidal Mercadal
 Francisco José Serrano Gil de Albornoz

PROMOCIÓN 1994

Pascual Sala Atienza
 María Pilar Cancer Minchot
 José Ramón Mourenza Diaz
 Isabel Bonelli Jaudenes
 Manuel García Coboleda
 Raquel Ramos Vallés
 Agustín Puente Escobar
 Beatriz Alonso Segovia
 Carlos José González-Bueno Catalán de Ocón
 Alfonso Brezmes Martínez de Villareal
 Antonio Zafra Jiménez
 Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo

PROMOCIÓN 1996

Jaime Pérez Renovales
 Daniel Alaminos Echarri
 Isaac Salama Salama
 Miguel Temboury Redondo
 Mónica López-Monis Gallego
 Francisco José Escat Cortés (+)
 Marcos Más Rauchwerk
 Leopoldo González-Echenique
 Castellanos de Ubao
 María del Bueyo Díez Jalón
 José Fernando Cerro Redondo
 Luis Aguilera Ruiz
 Juan Ramón García Notario
 Marisol Fernández-Aragoncillo Aglio
 Lourdes Centeno Huerta

PROMOCIÓN 1998

Alfredo Parra García-Moliner
 José Luis Gomara Hernández
 Eva María González Díez

Sergio Carvajal Alvarez
Antonio Vázquez-Guillén Fernández de
la Riva
Miguel Orozco Giménez
Ernesto Benito Sancho
Adolfo Díaz-Ambrona Moreno
Belén del Pozo Sierra
José Javier Rizo Ordóñez
Luisa Camy Gavilanes
Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña
Raúl López Fernández

PROMOCIÓN 1999

M.^a Concepción Ordiz Fuertes
Javier Rodríguez Pellitero
Alfonso Redondo Cerro
María Esther Felices Zubiri

PROMOCIÓN 2000

Jaime Íñigo Guerra Azcona
Elena Marina Rodríguez Ramalle
Rafael Gil Nievas
Verónica Ester Casas
Francisco de Borja Fernández de
Troconiz Robles
Gabriel Araúz de Robles de la Riva
Pablo Mariño Vila
Enrique Sánchez Fernández

PROMOCIÓN 2001

María Benilde Tirados Gómez
Sara Izquierdo Pérez
Juan Manuel Rodríguez Cárcamo
Jorge Sánchez Vicente
Matilde García Duarte
Francisco de Borja de Obeso Pérez-
Victoria
Luis Banciella Rodríguez-Miñón
Carlos Enrique Romero Duplá

PROMOCIÓN 2002

Pablo Dorronsoró Martín
Alfonso José Cárcamo Gil
José María Elías de Tejada Casanova
Guillermo Martínez de Simón Santos
Marta Ayllón Martín
Enrique Azparren Jover
Carlos Domínguez Luis

PROMOCIÓN 2003

M.^a Belén Plaza Cruz
Isabel Vizcaino Fernández de
Casadevante
Ana Ullate Jiménez
Jorge Guillermo Pipaón Pulido
Lucía Pedreño Navarro
José María García Santos
Diego Santacruz Descartín

PROMOCIÓN 2004

Ignacio Grangel Vicente
Fernando Tejedor Jorge
Ignacio Herranz Elizalde
María del Carmen Puig de Olano

PROMOCIÓN 2005

María Paz Recuero Saez
Gerardo Codes Calatrava

PROMOCIÓN 2006

Claudio José Bonet Gutiérrez
Ana María Cremades Leguina
David Javier Santos Sánchez

PROMOCIÓN 2008

Juan Alfonso Doménech Gil
Violeta Roca Valero
José Balbuena Jiménez

PROMOCIÓN 2009

Adolfo Díaz-Ambrona Medrano
Fermín Vázquez Contreras
Begoña López-Mélida de Ramón
Ruth Álvarez Vinagre
Federico Felipe Pastor Ruíz
Álvaro Botella Pedraza
Macarena Olona Choclán
Paula Novo Cuba
Manuel López Fernández-Palacios
Luis Enrique Vacas Chalfoun
Gema Esther Sotomayor Pérez
María Fernández Gonzalo

PROMOCIÓN 2011

Marta Jáuregui Gómez
Alberto Fernández Blasco
Ana Pérez Díaz
Carlos Moro Valero
M.^a Cristina López-Herrera Sánchez

Cristina Vía Martínez
Enrique Lasso de la Vega Valdenebro
María Belén Núñez-García Bada

PROMOCIÓN 2014
María Dorronsoro Alberdi

PROMOCIÓN 2015
Alfredo Aguilera Fernández
Alfonso Codes Calatrava
Pablo Gutiérrez Serrano
Alberto Torró Molés
Juan Manuel Zapatero Baeza

PROMOCIÓN 2016
María Andrés Moreno
Zaida Isabel Fernández Toro
Antonio Jiménez-Clar Hernández
María Pons Pelufo
Beatriz Vizcaíno López

PROMOCIÓN 2017
Gonzalo Collado de la Guerra
Fernando de la Peña Pita
María de los Dolores Soto Pérez
Fernando Vizcaíno López

