

Revista Jurídica Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

NORMAS ELECTORALES: CAMBIOS EN CASTILLA-LA MANCHA Y CUESTIONES PENDIENTES

Enrique Belda Pérez-Pedrero

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE LAS EMPRESAS POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

Alfonso Casasola Gómez-Aguado

MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE MEDIACIÓN: CUESTIONES CAPITALES

César García González

RESPONSABILIDAD EN DEFECTO DE CONSTRUCCIÓN

María Nuria Pina Barrajón

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRAMITADO A INSTANCIA DE D^a X, COMO CONSECUENCIA DE LA ASISTENCIA SANITARIA QUE LE FUE DISPENSADA EN EL HOSPITAL H

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Pedro José Carrasco Parrilla. Miguel Ángel Collado Yurrita. Prado Montoya López.
Saturnina Moreno González. Gemma Patón García. Esther Sánchez López. José Alberto Sanz Díaz-Palacios.
Francisco José Nocete Correa. Luis María Romero Flor.

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

NOTAS DE ACTUALIDAD

XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, 7 a 24 de enero de 2013.

52
DICIEMBRE
2012



Castilla-La Mancha



Castilla-La Mancha



REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 52 - diciembre - 2012

PRESIDENCIA DE HONOR

Leandro Esteban Villamor

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas

Miguel Ángel Collado Yurrita

Excmo. Mágfco. Sr. Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha

Pedro José Carrasco Parrilla

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Castilla-La Mancha

Ángel Francisco Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Castilla-La Mancha

CONSEJO DE DIRECCION

Emilio Sanz Sánchez

Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Manuel Antonio Mirón Ortega

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Mar España Martí

Viceconsejera de Presidencia y Administraciones Públicas

Francisco Javier Díaz Revorio

Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Agustín Díez Moreno

Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de Castilla-La Mancha

M^a Victoria Martín Méndez

Jefa de Servicio del DOCM de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas

Eduardo Espín Templado

Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha

Nicolás García Rivas

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Ortega Alvarez

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha

Luis Prieto Sanchís

Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha

José Antonio Garvía Pastor

Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad de Castilla-La Mancha

Fernando Acedo-Rico Henning

Director del Servicio de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha

CONSEJO ASESOR

**Vicente Manuel Rouco
Rodríguez**

Presidente del Tribunal Superior
de Justicia de Castilla-La Mancha

Eduardo Salinas Verdeguer

Presidente de la Audiencia
Provincial de Albacete

María Jesús Alarcón Barcos

Presidenta de la Audiencia
Provincial de Ciudad Real

**José Eduardo Martínez
Mediavilla**

Presidente de la Audiencia
Provincial de Cuenca

Isabel Serrano Frías

Presidenta de la Audiencia
Provincial de Guadalajara

Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro

Presidente de la Audiencia
Provincial de Toledo

DIRECTOR

Ángel Francisco Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

SECRETARIO

Luis María Romero Flor

Profesor Ayudante Doctor de
Derecho Financiero y Tributario
en la Universidad de Castilla-La
Mancha

NORMAS DE PUBLICACIÓN

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, editada conjuntamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Universidad de Castilla-La Mancha y Registradores de Castilla-La Mancha; y dirigida por D. Ángel Carrasco Perera, es una publicación especializada y multidisciplinar, de periodicidad semestral, que ofrece una información jurídica actual y rigurosa sistematizada en los siguientes bloques: Estudios; Reseña Normativa de Castilla-La Mancha, Dictámenes, Comentarios de Jurisprudencia, Comentarios y Notas de Actualidad. Su finalidad es hacer compatible el estudio y la crítica razonados, pues una producción de normas y sentencias cada vez más intensa y agobiante requiere una respuesta rápida y justificada desde una perspectiva científica.

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* está indexada y presente en los principales catálogos y bases de datos nacionales e internacionales: DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades Ciencias Sociales y Jurídicas, CSIC-ANECA); IN-RECJ (Índice de impacto de Revistas Españolas de Ciencias Jurídicas); LATINDEX (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal); DIALNET (Servicio de Alertas Informativas y de acceso a los contenidos de la literatura científica hispana); y REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias); entre otras.

Los trabajos enviados a la revista para la sección de Estudios deberán ser originales e inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio.

Dichos trabajos podrán remitirse por correo electrónico a la dirección docm-internet@jccm.es o bien a Luis María Romero, secretario de la revista, a la dirección de correo revista.rjclm@uclm.es. Los originales podrán también enviarse en soporte informático, acompañado de copia en papel.

Los trabajos, que deberán estar redactados en lengua española, se presentarán en formato Word y su extensión máxima recomendada será de 40 folios, con interlineado sencillo y fuente *Times New Roman*, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie.

En cada trabajo deberá aparecer, en primer término, el título del mismo y, a continuación, el autor, con sus datos profesionales. Asimismo, deberá incorporarse un sumario que recoja los diversos apartados en que se divide el trabajo. Todos los originales que se envíen para su publicación habrán de ir acompañados de un resumen (de 100 a 150

palabras) y entre cuatro y ocho palabras clave, con su correspondiente traducción al inglés.

La bibliografía del estudio, se insertará al final del artículo, y se citará de la siguiente manera:

Monografía: APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, páginas.

Artículo o capítulo de libro: APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): “Nombre del Artículo concreto o capítulo de libro”, *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, páginas.

El Consejo de Dirección de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Una vez recibidos los trabajos, el secretario de la revista acusará recibo de los mismos a los autores. Tras ello, cada trabajo será sometido al criterio de evaluadores externos anónimos (*doble referee*), actuando como criterios de selección, en especial, la originalidad de las aportaciones, el nivel científico y el rigor. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión que se adopte será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del original.

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS
San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303 Fax 91 3272367 - 28037 MADRID
e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA
Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278
Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO
Consulta últimos números publicados:
<http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm>
e-mail: docm-internet@jccm.es

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

ISBN 84-505-64-73-5
D. L. TO 998-1988

SUMARIO:

ESTUDIOS

NORMAS ELECTORALES: CAMBIOS EN CASTILLA LA MANCHA
Y CUESTIONES PENDIENTES 13

“LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE
LAS EMPRESAS POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES
INTERNACIONALES” 45

MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE MEDIACIÓN: CUESTIONES
CAPITALES 135

RESPONSABILIDAD EN DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN .. 179

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE LA RECLAMACIÓN DE
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TRAMITADO A INSTANCIA
DE D^a X, COMO CONSECUENCIA DE LA ASISTENCIA SANITARIA
QUE LE FUE DISPENSADA EN EL HOSPITAL H. 191

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE
CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY
DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD
FINANCIERA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-
LA MANCHA 219

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA 251

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS
PROVINCIALES DE CASTILLA LA MANCHA 275

NOTAS DE ACTUALIDAD

XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO TOLEDO,
DEL 7 AL 24 DE ENERO DE 2013 303

ESTUDIOS

NORMAS ELECTORALES: CAMBIOS EN CASTILLA LA MANCHA Y CUESTIONES PENDIENTES

Enrique Belda Pérez-Pedrero.

Titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Ciudad Real
Universidad de Castilla-la Mancha

SUMARIO:

1. La reforma operada por Ley 4/2012, de 17 de mayo, por la que se adecua la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha. ¿Por qué?

2. La brevísima historia de lo sucedido, con la libertad de maniobra concedida por nuestro ordenamiento y sus intérpretes, como fondo.

3. Problemas persistentes que escapan a la voluntad del legislador: la ya aceptada paridad. La senda abierta por la reforma electoral general de 2007 (LO 3/2007, de 22 de marzo).

4. La STC 12/2008, de 29 de enero: el art. 9.2 de la Constitución española, que todo lo soluciona.

5. La realidad social derivada de la crisis como origen de cambios en la normativa electoral. Análisis de urgencia de la propuesta de reforma formulada en el Debate sobre el estado de la Región, el 6 de septiembre de 2012.

6. Referencias bibliográficas. Agradezco sinceramente la invitación que me ofrece la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha para que opine sobre la reciente reforma de la ley electoral de esta Comunidad Autónoma. Esta prestigiosa publicación es multidisciplinar y va destinada a operadores jurídicos de distinto origen. Por ello, y por lo reducido del espacio que impone cualquier revista, evitaré con mucho cuidado transitar por problemas reiterados del derecho electoral que, en ocasiones, sólo nos entretienen a los constitucionalistas, para aportar argumentos sencillos que refrenden mi concreto punto de vista.

1. LA REFORMA OPERADA POR LEY 4/2012, DE 17 DE MAYO, POR LA QUE SE ADECUA LA LEY 5/1986, DE 23 DE DICIEMBRE, ELECTORAL DE CASTILLA-LA MANCHA. ¿POR QUÉ?

Para aquellos lectores que desconozcan el régimen electoral de nuestra región, hay que comenzar informándoles de un problema sustancial que tiene “de origen”: el Estatuto de Autonomía en vigor (LO 9/1982 de 10 de agosto, con modificaciones por LO 6/1991, de 13 de marzo, LO 7/1994 de 24 de marzo, y por LO 3/1997 de 3 de julio), recogía en su art. 10.2.II¹, una asignación provincial de escaños de la siguiente guisa: Han de elegirse entre cuarenta y siete y cincuenta y nueve diputados, pero se marcan unos mínimos de reparto por provincias a partir de un criterio poblacional estático del momento de elaboración, que obliga a que cada provincia deba elegir un mínimo de diputados (Albacete, diez diputados; Ciudad Real, once diputados; Cuenca, ocho diputados; Guadalajara, siete diputados, y Toledo, once diputados.). Ese mismo precepto establecía la provincia como circunscripción electoral, y el art. 10.2.III remitía al legislador la determinación de escaños dentro de esos límites y su distribución por provincias². Como puede comprenderse la objeción principal es la imprevisión que supone consagrar a este nivel normativo, semejante distribución territorial que la práctica podía cuestionar pasado un tiempo por variaciones poblacionales, ya que por lo demás, el precepto asumía en su contexto una justa coordinación entre criterios poblacionales y territoriales. Y así sucedió lo que podía suceder: los años de bonanza económica de España provocaron un incremento poblacional en toda la Comunidad, acentuada notablemente en las provincias más cercanas al principal polo de desarrollo de nuestro entorno, Madrid. Por ello fue mayor el crecimiento de las zonas limítrofes de Toledo y Guadalajara con la Comunidad de Madrid, superando Guadalajara tres lustros más tarde a Cuenca en número de habitantes.

En resumidas cuentas, se parte de una mancha, o más bien imprevisión originaria, que tampoco hubo voluntad de corregir, tan sólo de atenuar, cuando el problema se había ya producido. Así, en 1997, casi a punto de producirse el desfase, se aumenta el número de diputados en la modificación operada por LO 3/1997 de 3 de julio, pero se evita la alteración del mínimo provincial. En la proposición de ley de reforma del Estatuto de Autonomía, tramitada durante la Legislatura 2007/2011 de Castilla La Mancha y paralizada coetáneamente en las Cortes Generales (VIII y IX Legislaturas Constitucionales, 2004-2008 y 2008-2011), por

lo cual no llegó nunca a nacer; las Cortes del momento mantenían la congelación del rango normativo para el reparto de circunscripciones, incluso poniendo más en evidencia la contradicción³ en los apartados 3 y 4 del que hubiera de ser artículo 25 del futuro Estatuto, ya que reiteraba de nuevo el reparto provincial por encima de la realidad del censo electoral de Cuenca, Guadalajara y Toledo, negando la proporcionalidad que declaraba en el mismo articulado.

La cuestión es que sigue vigente la redacción estatutaria de 1982, ya descrita y criticada. Pensarán conmigo, aunque algunos de ustedes sean completamente ajenos a la dinámica electoral del derecho autonómico, que la asignación territorial es tan sólo un aspecto del sistema, y que sin detenernos mucho a analizar, conocemos ejemplos suficientes para concluir que tal reparto de escaños no es tan esencial para la representatividad de la institución resultante. Por ejemplo, el Parlamento Vasco se forma por igual número de diputados provenientes de cada una de sus tres circunscripciones, que coinciden con los Territorios Históricos. Ello da lugar a una mayor representación de los ciudadanos de Álava, frente a los de Vizcaya. Es opinión común en la doctrina científica resaltar este hecho pero sin levantar mucho la voz: a fin de cuentas si hay un cierto equilibrio entre proporcionalidad y territorialidad, la tercera pieza del sustento del sistema, la legitimidad o reconocimiento popular de la calidad representativa de la institución resultante, no tiene porqué verse afectada.

Siendo esto cierto, no deja de ser un despropósito que cualesquiera circunstancias, peculiaridades o diferencias, otorguen un tratamiento tan preferente al hecho territorial en detrimento de la población. Pero si ustedes son conocedores de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, podrán entender la pereza que nos causa alzar la voz sobre este y otros temas constitucionales. ¿Por qué? Básicamente por la extraordinaria capacidad de movimiento que deja el más alto tribunal de garantías a la determinación estatutaria y al legislador electoral autonómico. Fíjense por todas en la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 225/1998 de 25 de noviembre. Muy oportunamente el Profesor Juan F. López Aguilar⁴ se anticipaba a relatar los efectos que tendría la aceptación de este sistema por el Tribunal, que consagraría para la eternidad, en las Islas Canarias, un sistema tripartito, por la aceptación del sobre-dimensionamiento de las circunscripciones insulares más pequeñas de la Comunidad Autónoma. Curiosamente este mismo autor, ya como político y una década más tarde, sufrió en su propia persona las consecuencias de esa ley convalidada, y no pudo gobernar, a pesar de haber ganado las elecciones con mayor holgura de la habitual en esas tierras, el partido que le presentaba como líder.

Pero lo que nos concierne es la estela de permisividad interventora que el Tribunal Constitucional dejaba para lo sucesivo, que ha dado lugar, en la práctica, que el respeto al margen de elección de los representantes populares elegidos por todos nosotros, pueda también ser subvertido por las mayorías ocasionales para la alteración de la asignación de escaños por circunscripciones. En esa sentencia se declaraba, entre otras muchas cosas que, “(...) *la exigencia de proporcionalidad ha de verse como un imperativo de «tendencia» que orienta, pero no prefigura, la libertad de configuración del legislador democrático en este ámbito (SSTC 40/1981, 75/1985, 193/1989, 36/1990 y 45/1992, entre otras)*”. (fj.7º)⁵.

2. LA BREVÍSIMA HISTORIA DE LO SUCEDIDO, CON LA LIBERTAD DE MANIOBRA CONCEDIDA POR NUESTRO ORDENAMIENTO Y SUS INTÉRPRETES, COMO FONDO.

Así, como les justifico más arriba, el problema que origina los cambios y recambios normativos electorales en Castilla-La Mancha, tiene su origen en esta bondadosa apertura que nuestro Tribunal Constitucional ofrece, evidentemente a partir del ordenamiento constitucional, para que las mayorías pongan/cambien las reglas electorales, al menos en lo que se refiere a la asignación de escaños y su variabilidad apelando al hecho territorial⁶. Ese Alto Tribunal desde luego sabe más lo que hace que cualquiera de los humildes profesores que, desde un menor conocimiento, lo cuestionamos. Pero he de reconocer que me resultaba casi imposible explicar a quienes me pedían en la Legislatura pasada argumentos para defender la inconstitucionalidad de la ley de Castilla-La Mancha ahora reformada y que establecía en nuestra tierra cuatro circunscripciones pares en escaños y con una incongruente asignación poblacional, cómo el Tribunal Constitucional no hallaría menoscabo alguno del art. 23.2 CE, vistos sus pronunciamientos históricos, y muy especialmente, tras la bendición del régimen electoral canario.

Con estos antecedentes, poco queda que contar para situarnos. Una reforma de la Ley electoral de Castilla-La Mancha, 5/1986, de 23 de diciembre, operada por Ley autonómica 12/2007, de 8 de noviembre, había establecido la siguiente asignación de escaños: Albacete, diez Diputados; Ciudad Real, once Diputados; Cuenca, ocho Diputados;

Guadalajara, ocho Diputados, y Toledo, doce Diputados. Ello generaba, entre otras cosas, la posibilidad de obtención de mayorías absolutas sin lograr mayorías de votos, dado el panorama histórico de bipartidismo perfecto que el propio legislador conocía⁷ y la tendencia al equilibrio de fuerzas. Una circunscripción, la única impar, se presentaba como decisiva. El defecto estatutario congénito de los mínimos circunscriptoriales quedaba incluso eclipsado porque la circunscripción impar no estaba afectada por la sobrerrepresentación proporcional (por esa parte el problema quedó latente y la atención se desplazó al reparto) pero la respuesta jurídica a esa pretensión, se debía enmarcar en las tesis del Tribunal Constitucional sobre el territorio como base de las circunscripciones, y su lasitud abría las posibilidades de intervención generando esos riesgos.

Por ello, cuando la minoría parlamentaria apeló al Tribunal Constitucional, a través de cincuenta senadores del mismo partido, este reiteró sus pasadas afirmaciones (STC 19/2011, de 3 de marzo ⁸) tras excusar su papel en lo que se le solicitaba⁹; generando en la práctica que las Elecciones Autonómicas de mayo de 2011 se celebraran bajo el riesgo de ser decididas por los resultados de una única circunscripción impar, cuya tendencia de voto, como se demostró al abrir las urnas, era contraria a la de las restantes; y sólo una gran diferencia de sufragios en otra de las provincias pares, logró concordar la voluntad electoral mayoritaria en el conjunto de la Comunidad con la realidad del nuevo parlamento. Unos votos menos de diferencia a favor del Partido Popular en Guadalajara que no hubiesen llevado a un reparto de cinco escaños, por tres del PSOE, habría dado lugar a una mayoría absoluta del PSOE con miles de sufragios menos en toda la Comunidad Autónoma, pero ganador en la circunscripción impar de Ciudad Real. El Tribunal conocía este riesgo pero lo evitó dando respuesta en todo momento con argumentos jurídicos asumidos por todos, pero ajenos al problema potencial: “(...) *Es cierto que la distribución de los escaños entre las circunscripciones electorales revela una sobrerrepresentación de las circunscripciones menos pobladas y una infrarrepresentación de las circunscripciones más pobladas. Ahora bien, como ya antes hemos tenido ocasión de señalar, “la adecuada representación proporcional sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible”, siendo, más bien, “una orientación o criterio tendencial”, que queda modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, entre ellos, en lo que ahora importa, por el mandato constitucional y estatutario de la “representación de las diversas zonas del territorio” (arts. 152.1 CE y 10.2 EACM) que atempera el imperativo de la proporcionalidad (STC 225/1998, de 25 de noviembre, FJ 7).* Así pues, resulta claramente insuficiente la mera denuncia de la sobrerrepresentación de las circunscripciones con menor población

y la infrarrepresentación de las circunscripciones con mayor población en la distribución de escaños entre las circunscripciones electorales para estimar que esa desviación de la proporcionalidad es en sí misma inadmisibile desde una perspectiva constitucional o para afirmar que traspasa los límites de lo constitucionalmente tolerable.”. STC 19/2011, de 3 de marzo, f.j. 7º.

La actual Ley 4/2012, de 17 de mayo, por tanto, carece de secreto y de comentario: se realiza una nueva asignación, que a continuación recuerdo, pero su única finalidad es restituir una lógica democrática que va más allá de cualesquiera estudios de derecho electoral o de sesudos pronunciamientos del más alto tribunal de garantías: que los repartos de escaños en las circunscripciones se ajusten al número de personas que en ellas habitan, y que el muy loable reconocimiento de territorios menos poblados para sentir la inclusión política y moral de los electores en ellos censados, no sirva de excusa para subvertir el producto democrático que todos queremos: una cámara representativa donde tenga más escaños el que más votos tenga. Es tan sencillo que me niego a hacerles perder más el tiempo con un rosario de citas y argumentos al respecto.

Por todo ello, la Ley 4/2012, de 17 de mayo, hace lo único que podía en el marco estatutario de nuestra Comunidad, y de entre las varias opciones posibles, se limita a establecer una en la que prime el ciudadano por encima del territorio, y la democracia (que sea mayoría en un parlamento quien gane las elecciones) frente a las operaciones de ingeniería electoral que permite nuestro marco normativo y nuestro vigilante constitucional. El resultado es un conjunto lógico, que indudablemente podría haber sido mucho más positivo de no encontrarse con el corsé territorial del Estatuto de Autonomía.

Así, nuestro legislador ha dispuesto que Albacete sigue con diez Diputados; Ciudad Real, sube uno, quedando con doce Diputados; Cuenca, sube otro, quedando con nueve, como Guadalajara. Y Toledo, aumenta otro, quedando cono trece Diputados. Un análisis sumario permite afirmar que:

i. Se produce una combinación coherente del obligado y defectuoso reparto territorial que determina asignaciones mínimas a las circunscripciones pequeñas, con la realidad poblacional, si bien queda viva la contradicción en la igualdad de la representación de Cuenca y Guadalajara. En cualquier caso, esa realidad es mucho menos perjudicial para el principio de proporcionalidad y el principio de representatividad, que la que ofrecen otros igualitarismos territoriales de nuestro derecho

autonómico (por ejemplo, la asignación del mismo número de diputados a los Territorios Históricos de Álava y Vizcaya, con mayores diferencias de censo electoral que Cuenca y Guadalajara).

ii. La nueva asignación obliga a un incremento de cuatro diputados regionales dentro del margen estatutario, hasta cincuenta y tres. El efecto positivo de esta medida es que permite la más fácil incorporación de las minorías a la Cámara, especialmente en Toledo y Ciudad Real (aunque si este hecho no se produce ya con el actual sistema es porque las minorías son, valga la reiteración, extremadamente minoritarias). El negativo, es el aumento de diputados en momentos donde se plantea a todos los niveles una reducción del número de representantes. No es tanto el coste económico, pues los diarios de sesiones manifiestan que van a repartir el presupuesto de cargos representativos existente para cubrir esas incorporaciones, como la imagen pública ante una sociedad que vive la mayor crisis conocida, y que solicita ejemplos de la clase política sin reparar en el significado económico de la medida. En cualquier caso, nuestro Parlamento es de los más reducidos del panorama autonómico español y la ratio entre el número de habitantes y los escaños, es tremendamente moderada. Como a continuación se verá, este panorama descrito ha sido superado por la realidad económica antes incluso de publicarse estas páginas, y es muy posible que llegue una nueva reforma electoral, incluso del propio Estatuto de Autonomía, que disminuya el número total de diputados y los aspectos económicos de su estatuto personal.

iii. Se anula prácticamente el riesgo que motiva la reforma: quien pierda las elecciones no podrá tener mayoría absoluta en las Cortes. Tres de las cinco circunscripciones son impares, y además se trata de la más grande y de las más pequeñas. Mientras, las dos circunscripciones con escaños pares, cuestión obligada para un correcto equilibrio de la representatividad ciudadana (Albacete tiene diez diputados y Ciudad Real doce porque cualquier otro número anterior o posterior para ellas, es decir impar, rompería el equilibrio de reparto según residentes), son lo suficientemente grandes como para dar cabida a terceros partidos que hagan imprevisibles operaciones de ingeniería electoral. En este caso, el número par de escaños atribuidos es fruto del reparto poblacional y de la necesidad de que las otras circunscripciones, que son mayoría, partan de la necesidad de asignaciones impares que conjuren el reiterado riesgo de victorias infundadas; así como del elevado mínimo que se ha de asignar a las provincias pequeñas por los motivos estatutarios ya explicados.

3. PROBLEMAS PERSISTENTES QUE ESCAPAN A LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: LA YA ACEPTADA PARIDAD. LA SENDA ABIERTA POR LA REFORMA ELECTORAL GENERAL DE 2007 (LO 3/2007, DE 22 DE MARZO).

He intentado no hacerles perder mucho el tiempo explicando mis modestas impresiones sobre la reciente reforma electoral porque era muy sencilla: con los elementos de los que se partía, ofrecer al ciudadano de Castilla-La Mancha un marco de participación representativa que le garantice que la voluntad electoral se va a reflejar en las Cortes. Poco comentario tiene.

Sin embargo, aprovechando este espacio que me ofrece nuestra Revista Jurídica, ante el tema de la legislación electoral no tengo otro remedio que volver a denunciar (siempre en minoría cuando de este tema se trata -me remito al apartado de bibliografía para señalar otras opiniones, abrumadoramente contrarias a lo que expongo-), la distorsión que produce en nuestro sistema de representación democrática, la aplicación y asentamiento de las arcaicas teorías (al menos en lo que se refiere a la realidad española) de la paridad electoral. Nuestra región tuvo el honor de ser pionera en este asunto, aunque a mi juicio ese honor hubiera sido tal de haberse establecido la paridad electoral en los años ochenta y no en el siglo XXI. Es otro de los problemas de España: nos sumamos a la vanguardia del progreso oficialmente cuando nuestros ciudadanos lo han alcanzado al margen del reconocimiento público. En 2012, con una Comunidad presidida por una mujer, con mayoría de consejeras y mayoría de diputadas regionales, me resulta tan penoso observar un ordenamiento electoral que “me obliga” a la paridad, como me resultaría que mi madre me siguiera llevando de la mano al colegio, en este caso a la Facultad. Tan sólo me consuela pensar que personalmente este tipo de normas protegerían mi permanencia en una actividad representativa, ante el mayoritario número de mujeres que ocupan cargos actualmente, o que optan por concurrir en listas electorales.

Cuando nuestro Tribunal Constitucional ha dejado zanjada la pertinencia de la paridad entre mujeres y hombres en todas las normas estatales y autonómicas que ha evaluado, y cuando la sociedad lo acepta porque todos y cada uno de nosotros sabemos de la existencia práctica de esa igualdad en la representación política; resulta más sangrante la

atutorización estéril que la actual normativa impone al cuerpo electoral. Intentaré explicarme a la luz del art. 23.2 de la Constitución:

La finalidad principal de la reforma electoral realizada para toda España en su legislación de Régimen Electoral General, introducida por la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a través de la creación en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de un nuevo art. 44 bis (y otras modificaciones conexas en los arts. 187. 2, 201.3, Disposición Adicional Primera 2 y Disposición Transitoria Séptima de la norma electoral general), fue la alteración del sistema electoral español exigiendo a los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones que se presenten a esos procesos de renovación institucional, que incluyan un número de no menos del cuarenta por ciento de mujeres u hombres, en cada tramo de cinco nombres, en las candidaturas constituidas por listas cerradas y bloqueadas, acompañándolas con una serie de ajustes, excepciones y moratorias¹⁰. Del cumplimiento de este requisito depende la proclamación o rechazo de la candidatura presentada por el partido.

La acción compensatoria a favor de un sexo, basándose generalmente en el art. 9.2 CE¹¹ y en fuentes internacionales, requiere unos mínimos pilares. Una apelación genérica a la protección de la mujer por sí sola, no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni suficiente es tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal, pues ello, en esos términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la CE (STC 81/1982, f.j. 1). Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en el entorno que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad.

Las medidas promocionales compensatorias hacia un colectivo (art. 9.2 CE) tienen su ámbito en campos sociales, laborales, culturales económicos e incluso políticos, con respeto a los derechos e instituciones constitucionales que, por su naturaleza, no son capaces de aceptar en su concepción y funcionamiento la invasión de la acción positiva, por razones de incongruencia o falta de razonabilidad. Desde luego mucho menos si con ellas, como es el caso, se vulnera además un derecho fundamental garantizado completamente por el ordenamiento para el colectivo al que se pretende promocionar, e incluso, si por la desproporcionalidad de la medida, se puede llegar a perjudicarle en los casos en los que ya ha conseguido (o superado) una igualdad en el punto de partida. Resulta

constitucionalmente prohibido quebrar la igualdad jurídica de los elegibles en nombre de la promoción social de la mujer, del hombre, del anciano, del discapacitado, del joven, del marginado, o de la minoría cultural o religiosa, por valiosa y deseable que pueda ser la mejora de su condición. La categoría de ciudadano, a efectos de elegibilidad, es indivisible y el legislador carece de base jurídica para crear diferencias internas dentro de esta categoría. Para el legislador electoral, en protección justamente de la igualdad de derechos, sólo puede ser relevante la categoría de ciudadano constitucionalmente acuñada, derivándose su estratificación en atención a razones circunscriptivas (por ejemplo, en las elecciones autonómicas se permite añadir el requisito de residencia -SSTC 60/1987 f.j. 2, 107/1990 f.j. único o 25/1992, f.j. único-. Residencia es una calidad de adquisición voluntaria, lo que la diferencia de las determinaciones biológicas como el sexo).

El legislador electoral debe ser neutral respecto al sexo, raza, edad o religión, teniendo vedada toda discriminación, negativa o positiva, basada en tales circunstancias. Una discriminación positiva o de favor, como es obvio, necesariamente entraña perjuicio para las categorías personales o sociales a quienes se niega el trato favorable. Si es constitucionalmente aceptable que la mitad social femenina se refleje obligatoriamente en las candidaturas, con igual razón podrían exigir ese beneficio otras categorías o segmentos sociales: los ancianos (cada candidatura debería reservar un porcentaje de puestos a candidatos mayores de 65 años), los jóvenes, los discapacitados y así sucesivamente. De acuerdo con la lógica inherente a semejante tendencia distributiva, se primaría la disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o de categoría, más cercanos al corporativismo de regímenes antidemocráticos que a la libertad de la democracia representativa. Todo ello perfilaría un cuerpo representativo sectorializado que impediría mantener el concepto de Cuerpo Electoral. Por ello, es respecto de otros campos de las relaciones políticas, jurídicas, sociales, económicas, culturales y laborales (siendo excepcional precisamente el presente ámbito); donde las acciones de discriminación positiva en aras de la promoción, tienen su auténtico margen de juego, una vez cumplidos los requisitos que la propia igualdad constitucional exige para su concurrencia. Buen ejemplo de ello es en España, el resto del articulado de la Ley 3/2007, o las numerosas normas precedentes, entre las que destacarían la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, de igualdad de mujeres y hombres y la Ley catalana 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones públicas de Cataluña. O entre los centenares

de normas del Derecho Comparado, la Ley italiana de 10 de abril de 1991, nº 125, sobre acciones positivas para la consecución de la paridad hombre-mujer en el trabajo, y la Ley francesa 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativa a la igualdad profesional entre mujeres y hombres.

Esta línea de interpretación es correcta, en nuestro modesto parecer, con la Constitución delante, aunque como se verá (STC 12/2008 de 29 de enero) no es la única. Es singularmente llamativa la similitud de los motivos que aquí se exponen con el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Italia sobre el sistema de cuotas en las listas electorales (Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995). El órgano italiano de garantías constitucionales evaluaba la reserva de cuotas establecida por la Ley de 25 de marzo de 1993, nº 81, que disponía que ningún sexo superase los dos tercios de las candidaturas (para los municipios de menos de 15000 habitantes). Evaluando la compatibilidad de la mencionada reserva con los artículos 3.1, 49 y 51.1 de su Norma Fundamental (principio de igualdad, libre asociación de partidos para concurrir a la determinación de la voluntad nacional, de la cual la presentación de candidaturas es la principal manifestación –fundamento de derecho 1-, y acceso a funciones públicas y cargos electivos, respectivamente), el Tribunal determina con meridiana claridad (fundamento de derecho cuarto) que la absoluta igualdad de sexos impide que la pertenencia a uno de ellos pueda ser asumida como requisito de elegibilidad. La “elegibilidad” no es más que la condición necesaria para poder ser elegido, para beneficiarse del derecho del electorado pasivo: el legislador no puede en esta materia configurar una suerte de acción positiva encaminada a favorecer el logro de la igualdad. Las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales), pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto a tales (fundamento de derecho sexto de la sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995). La absoluta igualdad del electorado pasivo supone que toda diferenciación en este ámbito por razón de sexo, resulta discriminatoria, disminuyendo para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental, a favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera en desventaja (fundamento de derecho sexto de la misma sentencia). La remoción de obstáculos que impiden a un sexo alcanzar determinados objetivos, no se puede solucionar atribuyendo a los mismos, directamente, los objetivos pretendidos. Así, la dificultad no es removida sino que constituye solamente el motivo

que legitima una tutela preferencial en base al sexo (fundamento de derecho sexto). La Corte Constitucional de Italia, por tanto, diferencia con claridad, concreción y rotundidad la remoción de obstáculos y la promoción de género, de la manipulación del contenido de los derechos, derivada de invasiones legislativas que adjudiquen y seleccionen a quiénes corresponde ejercitarlos en cada momento y lugar, menoscabando por criterios arbitrarios, la posibilidad de titularidad y ejercicio. Para cumplir la voluntad política de los representantes ciudadanos a favor de las cuotas, hubo que proceder a diversas modificaciones constitucionales en el año 2001 y en el año 2003, pero tampoco las mismas consagraron una limitación del derecho de sufragio y de la libertad de los partidos políticos (como se deduce de la Sentencia de la propia Corte Costituzionale de 13 de febrero de 2003) de la magnitud que reúne la introducción en nuestra Ley Orgánica 5/1985, del art. 44.bis).

La visión de la libertad de sufragio en Italia no era excepcional: por decisión de 18 de noviembre de 1982, del Consejo Constitucional de Francia, ya se declara inconstitucional la prohibición de que en las elecciones municipales, las listas de candidatos incluyeran más de un 75% de personas del mismo sexo; y en la decisión de 14 de enero de 1999, se reiteró también como inconstitucional la paridad de sexos en las candidaturas a consejeros regionales. A consecuencia de estos pronunciamientos fue necesaria la reforma de los arts. 3 y 4 de la Constitución de la República (Ley Constitucional de 8 de julio de 1999). Sólo tras la reforma constitucional el Conseil Constitutionnel ha modificado su línea jurisprudencial. En el Reino de Bélgica, su Consejo de Estado pidió la cobertura constitucional de las cuotas electorales por su afectación al derecho de sufragio pasivo, para lo que sugirió que se introdujera directamente en la Constitución el principio de representación equilibrada en las listas electorales (lo que se culmina en la reforma de 21 de febrero de 2002), tras la cual su Corte de Arbitraje solicitaba que tales medidas fueran transitorias y no lesionaran derechos ajenos. Sin ánimo de formular un repaso exhaustivo de nuestro entorno regional democrático, pero a mayor abundamiento de los anteriores ejemplos, encontramos muchos otros donde, como punto de partida, se actúa coherentemente desligando la promoción del sexo de la intervención directa sobre el derecho de sufragio. En Alemania, la autorregulación de los partidos al efecto ha sido el mecanismo de incorporación de un mayor número de mujeres a las candidaturas electorales, como en Austria, Dinamarca o los Países Bajos, donde el Estado además, favorecía con subvenciones específicas a los partidos políticos que fomenten la participación femenina.

El Informe del Parlamento Europeo sobre la Mujer en la Política Internacional, que da lugar a la Propuesta de Resolución (2006/2057(INI)), de 17 de octubre de 2006, es de entre todos los documentos que acompañan la promoción de género, el instrumento más difundido hasta la fecha. Consciente de la necesidad de respetar esa barrera de no injerencia en el derecho a la participación, en esta materia, se limita a instar (en el punto 44) a los partidos políticos de Europa para que adopten medidas que garanticen que la representación de ambos sexos se encuentre comprendida entre un mínimo de un cuarenta por ciento y un máximo de un sesenta, en sus listas para órganos políticos colectivos, con objeto de alcanzar la paridad. Es en efecto éste, el sentido que la norma española hubiera tenido que asumir para su congruencia con el resto de medidas de promoción y remoción de obstáculos que la ley de igualdad establece, dejando en manos de los partidos como instrumentos fundamentales y vehículos de la participación, la llamada a la “participación equilibrada”. Se confirma una línea sólida sobre la materia cuyo hito de referencia anterior más destacado, se encontraba en la Resolución nº 169, de 1988, del mismo Europarlamento, que invitaba a los partidos a establecer cuotas de representación femenina. No se efectúa la llamada a los Parlamentos sino a los Partidos. Dentro de los esquemas institucionales y representativos de la Unión Europea, los instrumentos para alcanzar la paridad o la representación equilibrada se utilizan para aquellas parcelas que obviamente la reclaman y en las que el género actúa como factor determinante para el establecimiento de acciones positivas a favor de la igualdad. Ejemplo de ello son la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esa es también la línea razonablemente aceptada por la interpretación constitucional realizada en Italia a través de la referida Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995, en cuyo fundamento jurídico séptimo, diferencia la ilegitimidad constitucional de la imposición de cuotas en las candidaturas, de las medidas positivas y aceptables a cargo de los partidos y coaliciones que libremente, a través de sus estatutos, y efectivamente en la presentación de listas electorales, se disciplinan para equilibrar la presencia de sexos.

El derecho de votar y ser votado, además de por anteriores razones, ha de entenderse protegido de las intervenciones legislativas arbitrarias por su intrínseca vinculación con la soberanía. Sin entrar a detallar la

posición del pueblo soberano tras el acto de creación constitucional, su presencia o letargo; lo cierto es que la participación de los ciudadanos se instrumenta a través de un poder u órgano constituido más, como el Parlamento o el Gobierno: estamos refiriéndonos al cuerpo electoral. El cuerpo electoral es una institución constitucional que tiene dos funciones principales: una de frecuencia incierta, como es la participación en referéndum con distintas finalidades (por ejemplo, en el de reforma constitucional con una finalidad garantista, en el suscitado ante una pregunta política del ejecutivo, con una finalidad de acompañamiento); y otra de frecuencia previsible, que es la determinación del rumbo del Estado (o en su caso, de las divisiones territoriales que lo componen) mediante la elección de representantes. Esta es la regla de oro del sistema de democracia representativa, de España y de las naciones de su entorno democrático. En la medida que el legislador penetra en el cuerpo electoral para determinar mediante porcentajes una serie de limitaciones para impedir que, en razón del sexo con el que se nace, pueda llegar un ciudadano a no poder disfrutar del derecho de sufragio pasivo (art. 23.2 CE), y por la misma circunstancia, él y los demás encontrar limitado el sufragio activo por tener que elegir a personas que han sido determinadas, entre otros criterios, por su género (art. 23.1 CE); está el Parlamento dinamitando este poder “popular” constituido, a través de una intervención ajena a sus atribuciones constitucionales. Esa injerencia causa conjuntos en la ciudadanía que lo componen atendiendo, por si fuera poco, a criterios derivados de las categorías sospechosas de discriminación. Puede que sólo una reforma constitucional cambie el concepto unitario de cuerpo electoral, admitiendo su fragmentación por categorías, apelando a razones como ésta del género, y de esa manera englobar la imposición de cuotas. Así, las limitaciones a los derechos se encontrarían permitidas, por cualesquiera razones justificadas en la reforma constitucional, y los conceptos barajados en la norma que criticamos tendrían así su razón de ser.

Uno de los extremos que con mayor claridad ponen en evidencia la imposibilidad de fragmentar el cuerpo electoral como poder constituido, distorsionando la libertad de elección, es el referido a la utilización del criterio del sexo para alentar un factor de promoción. La propia LO 3/2007, en su Exposición de Motivos, nos aporta un nuevo caso de contradicción en la técnica de las acciones positivas aplicadas sobre el sufragio pasivo cuando su bloque II *in fine* anuncia que: “*Se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad.*”. De llevarse a término en el texto de la

ley, sobre el ámbito material del sufragio pasivo, tan loables propósitos, habría que concluir reservando de la cuota femenina varios puestos en las listas a mujeres discapacitadas, pertenecientes a una confesión religiosa minoritaria, recientemente nacionalizadas españolas, de diversas razas, etc. Hace más de cincuenta años que la Convención sobre Derechos Políticos de las Mujeres, adoptada en Nueva York el 31 de marzo de 1953, o hace más de treinta que la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación (Nueva York, 18 de diciembre de 1979), prevén a escala mundial como parte del contenido aceptado de los derechos humanos, el derecho de las mujeres a votar y ser elegidas en condiciones de igualdad con los hombres. La confusión legislativa del campo de juego y de aplicación de las medidas de discriminación positiva, a través de la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, las ha colocado ante la imposibilidad de hacerlo en la actualidad, para favorecer hipotéticamente a los hombres, sin base en ninguna justificación objetiva, fundada, o razonable que acredite que los mismos están discriminados en el acceso a los cargos y funciones públicas en nuestro país, o para ser más precisos, en cada uno de los miles de procesos electorales territoriales que la reforma de la ley electoral va a reglamentar.

Ante una afectación del contenido del derecho fundamental consagrado en el art. 23 CE, tan extensa y grave (aunque como ya sabemos salvada por el Tribunal Constitucional precisamente apelando a la existencia del art. 9.2 en nuestra Constitución, STC 12/2008 de 29 de enero), resulta complicado graduar y calificar en el orden de exposición, cuál de las consecuencias ha sido más perniciosa para el sistema político español. Afortunadamente como la sociedad va por delante del legislador, los partidos han venido confeccionando sus candidaturas siguiendo este criterio y afrontando las molestias, pero en el fondo nunca ha quedado una sensación de estar colocando a quien no se lo merecía por razón de su género, cuestión de sobra superada por la sociedad y las formaciones políticas.

De entre todas las consecuencias (insisto que teóricas, por superar la realidad del funcionamiento partidario e institucional estos arcaicos planteamientos) es la limitación del derecho a optar a un cargo público una vez superado “el número que te corresponde según tu género”, la más llamativa: las normas de la paridad introducen una distribución obligada y condicionada por razón de género, restringiendo la elegibilidad. Penetran en el contenido de un derecho fundamental regulándolo restrictivamente, imponiendo limitaciones tras hacer un mal uso de las acciones promotoras de igualdad y afectando a ciudadanos

concretos cuando quieran presentarse a las elecciones y hayan agotado su “cupo”. Para ser elegible, según las normas de la paridad, ya no basta ser elector español mayor de edad y sin restricciones de capacidad, inscritos en el censo electoral, sino que se debe también pertenecer al sexo al que corresponda el puesto de la candidatura. Si el partido, federación, coalición o agrupación, no encuentra un conjunto de candidatos en que estén “equilibrados” hombres y mujeres, sencillamente no podrá presentarse¹². En la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, que el legislador electoral rechace dejar en libertad a los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, para confeccionar sus listas electorales sin vinculaciones respecto al sexo de los candidatos, e imponiendo la obligación de distribuir igualitariamente por sexos los puestos de las listas, conduce a concluir una restricción capital.

En resumen, la participación equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en la toma de decisiones, establecida en el artículo 14.4 de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad como criterio general de actuación de los poderes públicos, se manifiesta como una regla de oro incuestionable para una sociedad democrática que busca la igualdad efectiva de sexos. Incluso, aunque cuestionable por su natural variabilidad y cambio, puede el legislador con base en la realidad social de un país y tras el apoyo de la doctrina científica en el campo de las Ciencias Políticas y Sociales, establecer unos porcentajes de apreciación orientadores de lo que puede entenderse como composición equilibrada, jugando factores como la proximidad el número de hombres y de mujeres en un territorio y la realidad precedente de postergación de un colectivo en atención al género. Lo que resulta ajeno a la naturaleza de la representación política y del derecho fundamental que la consagra es la imposición de esas estimaciones al cuerpo electoral como poder constituido y al ciudadano como titular del derecho de sufragio activo y pasivo. El espacio de desarrollo de la participación equilibrada es, como establece la propia Ley 3/2007, el de los principios. Y su destinatario ha de ser el propio ciudadano votante y potencial elector, así como las asociaciones surgidas fruto de su iniciativa de participar activamente (los partidos). Si, de principio, pasa a convertirse en mandato invasor de la libre capacidad para determinar quién se presenta y quién puede figurar en listas, la norma esta menoscabando el contenido esencial del derecho a la igualdad en el acceso a cargos representativos, así como la participación política a través de elecciones, de manera directa (arts. 23.2 y 23. 1 CE respectivamente). Y acto seguido generando la vulneración de quien no puede presentarse a unas elecciones en razón de su sexo (art. 14 CE), y la afectación de la libertad de expresión del pluralismo político de los partidos (art. 6 CE), que es manifestación patente de un

valor del propio ordenamiento constitucional (art. 1.1 CE). Además de todo ello, repercutirá sobre las concretas previsiones de configuración de los órganos constitucionales por fragmentar y categorizar el concepto de pueblo español (art. 66 CE) y limitar el contenido del derecho de sufragio en sus vertientes activa y pasiva para las elecciones al Congreso y al Senado (art. 68.1 y 5 y 69.2 respectivamente). Como último eslabón de la cadena de repercusiones generadas por la incidencia en una institución constitucional básica, la libertad de trasladar el pensamiento subyacente en la motivación de participar en los asuntos públicos (art. 20.1.a) CE), está quedando, asimismo, en entredicho.

De entre todas las relaciones derivadas de una interpretación sistemática de la Constitución, esta lectura conjunta de los artículos 23 y 14 es la de mayor interés: obliga a conseguir una igualdad efectiva entre ciudadanos y grupos, al tiempo que prohíbe cualquier discriminación entre ellos. Por tanto, no nos cabe duda de la adecuación constitucional genérica del principio de composición equilibrada de listas electorales, tan sólo nos obliga a poner de manifiesto que del mismo no se puede deducir que cualquier tipo de medida legislativa que procure tal finalidad (la composición equilibrada) sea permisible, sin atender las exigencias que la jurisprudencia constitucional establece para las diferencias de trato y para la afectación de los derechos fundamentales. Esta consideración nos conduce a acompañar la sospecha de merma sobre el art. 23 CE, con la más que probable afectación que se produce sobre la igualdad del art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional mantiene una sólida jurisprudencia en materia de Igualdad, en torno al art. 14 CE, completada por otras resoluciones donde se aborda también la misma como valor y como principio (arts. 1.1 y 9.2 CE, respectivamente). Desde la doctrina general establecida por Sentencia del Tribunal Constitucional 10/1981, recordada y precisada en numerosas resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993 o 39/2002; la igualdad constitucional exige la igualdad en la ley, derivada de la interdicción de arbitrariedad consagrada por el art. 9.3 CE, complementada con la necesidad de igual trato por los Poderes Públicos en la aplicación de la misma. Dentro del campo constitucional de la igualdad se desarrollan medidas encaminadas a favorecer razonada y justificadamente unos colectivos sociales frente a otros a efectos de lograr una igualdad real, cumpliendo con ello el mandato constitucional consagrado en el art. 9.2 de la Carta Magna que encomienda a los Poderes Públicos promover las condiciones para que la referida igualdad sea efectiva respecto de todos los individuos y grupos, removiendo los obstáculos que entorpezcan la plenitud de este derecho y con ello se

facilite la participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural de nuestro país. Estas medidas o acciones positivas recogen la posibilidad de admitir comportamientos desiguales de los Poderes Públicos, incluso en las normas jurídicas, con la finalidad de lograr o avanzar hacia la igualdad sustancial, favoreciendo así a colectivos relegados por cualesquiera causas. Estas acciones se dirigen a conseguir una igualdad de oportunidades, colocando en un mismo punto de partida a todos aquellos que desean alcanzar una meta política, social, económica o cultural. Es por tanto una inferencia externa ante la pugna de individuos para que la pertenencia de éstos a un colectivo o grupo desfavorecido en general o en particular, no sea obstáculo para conseguir aquello a lo que legítimamente se aspira, singularmente si se trata de un derecho. La intervención, pues, del poder público termina en el momento que se realiza esa igualdad en el punto de partida, y deja de tener sentido cuando la ayuda se excede perjudicando a otros individuos en la consecución de sus derechos (pertenecientes a cualesquiera colectivos, estén o no tradicionalmente preteridos). Las acciones de discriminación positiva tienen por ello un marco casuístico muy particular, que depende de cada circunstancia concreta, y un espacio de desarrollo complejo en tanto quieran ser compatibles con el principio de igualdad ante la ley (a fin de no ser ellas mismas, nacidas de la igualdad, las que terminen menoscabándola). En resumen, la cautela ha de ser la norma general cuando se va a intervenir, excepcionar o matizar un derecho o un deber para salvar, a su vez, el ámbito marcado por los derechos y deberes del resto de individuos o grupos.

Recordando la decisión de la Corte Constitucional Italiana sobre las cuotas electorales a la que nos estamos refiriendo, las medidas legislativas de discriminación positiva pueden ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social o económica, o más en general compensar y remover la desigualdad material entre los individuos (cual presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales); pero no pueden en cambio, incidir directamente en el contenido mismo de los derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto a tales (fundamento de derecho sexto, Sentencia 422, de 6 de septiembre de 1995). Se trata pues, de someter a una prueba de adecuación constitucional, la posibilidad de limitar el acceso de un ciudadano o ciudadana con derecho a votar y ser votado, en atención a su sexo, imponiendo una limitación hasta ese momento inexistente en la legislación electoral. La limitación concreta es una acción positiva que restringe, con carácter general y en todas las elecciones, los derechos de personas en atención a su género, desconociendo si para cada elección territorial individualizada, la norma que establece esta peculiar suerte

de discriminación positiva, tiene algún tipo de fundamento real en la comunidad sobre la que pretende aplicarse. En resumen, se limita el derecho de sufragio pasivo en razón del sexo, sin que ni siquiera exista la posibilidad de evaluar la concurrencia de una situación de preterición de un colectivo en el ámbito del conjunto de votantes de un territorio, estableciéndose a través de esta Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 3/2007, como sustitución, una presunción legislativa convalidante que supere la concurrencia de las situaciones de postergación de un colectivo en razón de su género, en cada uno de los territorios que van a participar en la consulta.

A efectos dialécticos es posible aplicar un test constitucional en el que se valore la finalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la norma presuntamente promotora de igualdad, en los términos expresado por las SSTC 114/1987, 123/1987, 209/1988 o 46/1999; o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 12 de enero de 2006, as. *Mizzi*, entre otras muchas. Esta última resolución señala que una diferencia de trato es discriminatoria si carece de una justificación objetiva y razonable, por no perseguir un fin legítimo o por no guardar una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende conseguir. Si la legitimidad del fin puede ser dudosa, ante la ausencia de motivación demostrable en cada territorio con instituciones representativas objeto de elección, la relación razonable de proporcionalidad brilla por su ausencia: se pretende la paridad limitando el derecho fundamental del colectivo al que se aspira a promocionar. El Consejo de Estado en España es elocuente al respecto: *“(...) el sexo solo puede ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon más estricto, un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad y demostrar el carácter justificado de la diferenciación por ser un medio necesario para el logro del resultado parificador, lo que se conecta con la finalidad de la medida y la proporcionalidad de los sacrificios al logro de una paridad efectiva difícilmente conseguible de otra manera(...). Pero ha de adoptarse una especial cautela cuando la acción positiva pueda lesionar derechos subjetivos, afecte a principios constitucionales o de Derecho comunitario o incide sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y Convenios internacionales. Así habrán de ponderarse con detenimiento las medidas de acción positiva que puedan incidir (...) o las que puedan afectar al derecho fundamental de acceso a cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.(...) Desde esta perspectiva deben primarse las medidas de fomento sobre las coercitivas; no en vano el artículo 9.2 de la Constitución, cimiento del Anteproyecto, habla de “promover condiciones”, de “remover obstáculos”, de “facilitar la participación”. ”. (Dictamen del Consejo de Estado nº 803/2006, de 22 de junio de 2006, Consideración*

Sexta). Es claro que tal crítica converge en la presente regulación, que fue desatendida por el Parlamento, muy en particular la exclusión de otros medios de consecución, como la llamada a los partidos políticos para la promoción de sexos preteridos, que por sí sola ya generó con la anterior legislación electoral, y sólo con la voluntad de los partidos, un aumento espectacular y desconocido hasta el momento, de la representación a cargo de mujeres.

Por lo que puede comprobarse, y también desde el punto de vista del derecho del art. 14 CE, todos los argumentos aportados demuestran que las cuotas aplicadas al derecho de sufragio generan, hacia quienes pretendan formar parte de las candidaturas, y no puedan hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido, una vulneración de su derecho a la igualdad (provocado en razón de su sexo), que se suma a la ya argumentada violación de su derecho de acceso a los cargos públicos representativos (arts. 14 y 23.2 respectivamente), sin que la desigualdad evidente contenida en las normas, pueda ser, a su vez, exculpada como medida de discriminación positiva en los términos expresados por el propio Tribunal en resoluciones como las SSTC 28/1992, 3/1993, 216/1991 y 16/1995, entre otras. Aunque se entienda pertinente la posibilidad de este tipo de medidas de promoción, en el ámbito del derecho de igualdad de acceso a los cargos públicos y con ello la disgregación del cuerpo electoral, la constitucionalidad de la reforma electoral contenida en la Ley Orgánica 3/2007, es toda una revelación, especialmente si renuncia a justificar solidamente las razones de su aplicación general, o mucho menos a cada tipo de consulta electoral, que sería el espacio donde ganase virtualidad alegar la existencia de un colectivo desfavorecido.

La necesidad de la excepción constituida por una medida de discriminación positiva debe motivarse suficientemente, lo que no ocurrió en la Exposición de Motivos de la reforma de 2007 (ni siquiera de manera referencial hacia la tramitación parlamentaria o hacia el expediente que fundamentó en su día la proposición de ley, o al estilo de la Ley de Castilla-La Mancha 11/2002, que modifica el régimen electoral para introducir la alternancia en puestos de hombres y mujeres, y que apela a la existencia de una desproporción entre el peso demográfico de un género en el territorio afectado y su presencia en el seno de las instituciones representativas del mismo.). Por ejemplo, en el ámbito de las medidas dirigidas a la igualdad salarial, ha quedado demostrado en el proceso de elaboración que los salarios femeninos están un quince por ciento debajo del de los hombres. Admitiendo la inexistencia de motivos adicionales impeditivos de una acción positiva en este terreno

del sufragio, la pretendida acción positiva carece de la motivación que la valida como excepción al tratamiento igual. Que la mayoría del Parlamento haya omitido el principio general de motivación, sólo puede explicarse por la precipitación del comportamiento institucional desde la fase de iniciativa legislativa, como resalta el Dictamen del Consejo de Estado n.º. 803/2006, de 22 de junio de 2006, en su Consideración Primera, sobre el Anteproyecto de esta Ley: “(...) *la importancia y entidad del tema que se trata regular hubiera merecido una elaboración más sosegada y con mayor participación de todos los sectores sociales afectados.*”.

La consagración del despropósito respecto de la igualdad de la mujer, y en breve respecto de la igualdad del hombre, en la presencia electoral, llega de la mano de la nueva redacción dada por la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 3/2007 a los artículos 187.2 y 201.3, que excepcionan la aplicación de la reserva de género en los puestos de las candidaturas para los municipios menores de 3001 residentes y para las islas con menos de 5001 residentes. Es en ambos espacios territoriales donde precisamente, mejor pudiera expresarse la tradicional escasa participación de la mujer. Además de inoportuna, la utilización selectiva del art. 14 CE en atención a la remoción de obstáculos (art. 9.2), brilla en esta regulación y niega la premisa mayor justificativa de la norma en la que se encuentra el precepto impugnado: las mujeres y hombres en estos núcleos carecen de la posibilidad de estar representados equilibradamente. Respecto de estos preceptos, la vulneración directa del art. 14 CE sería además un hecho autónomo a las cuotas, incluso en el caso que se aceptaran en el campo del sufragio.

No les quiero cansar más con esta crítica, pero no quiero terminar este apartado sin recordar que la solución legislativa que impone la caduca paridad, con el aval del Tribunal Constitucional, también viene poniendo en su punto de mira a otros artículos de nuestra carta magna. Por ejemplo, el art. 6 CE en relación con el art. 22.1 CE. El contenido esencial del derecho fundamental de asociación, alma del partido político, es arrasado por el legislador en tanto se suprime la esfera de autodeterminación asociativa (libertad de organización y funcionamiento interno). En este sentido, son reiteradas las resoluciones del Tribunal que informan sobre el espacio inalterable de este derecho político (SSTC 218/1988, f.j. 2, 173/1998, f.j. 8, o 104/1999, f.j. 3, entre otras). Las funciones constitucionales de canalización de voto, encomendadas a los partidos, condicionan los caracteres asociativos de los mismos, pero no los alienan hasta hacer irreconocible el poso asociativo. La STC 56/1995, f.j. 3, referida a un partido político, declara que el legislador deberá respetar, además del contenido esencial del derecho de participación,

el contenido de otros derechos con los que éste guarda íntima relación como son el derecho de libre creación y, muy especialmente, el derecho de autoorganización del partido. Un derecho este último que preserva la existencia de un ámbito libre de interferencias de los Poderes Públicos en la organización y funcionamiento interno de estos. Esta resolución respalda una línea anterior, que ejemplifica la STC 85/1986, f.j. 2: La creación de los partidos políticos no está sometida constitucionalmente a límites más estrictos que los de las demás asociaciones en “(...) *la Constitución existe un cierto reforzamiento de garantías de los partidos, respecto a demás asociaciones, en cuanto que el artículo 6 señala y garantiza el ámbito de funciones institucionales que a aquellos corresponden.*”. La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, los somete al régimen privado de las asociaciones “(...) *que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos (...)*”. La libre actividad de los partidos políticos está proclamada, en cualquier caso, directamente en el art. 6 CE (la creación y el ejercicio de su actividad son libres), y este reconocimiento se ha reiterado en el art. 9.1 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio. Formar libremente las candidaturas electorales es un acto capital de ejercicio de la función constitucional que la CE asigna a los partidos: servir de cauce a la participación política (STC 10/1983 f.j. 3: “*En razón de la función constitucionalmente atribuida de servir de cauce fundamental para la participación política, la legislación electoral (...) otorga a los partidos la facultad de presentar candidaturas*”). Imponer la paridad se presenta como una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas para las elecciones afectadas en su ámbito. El despropósito de la restricción se muestra claro, además, cuando se piensa que la legislación electoral española impide que un partido feminista reivindicativo (que base su actuación política, por ejemplo, en la máxima de que sólo las mujeres saben verdaderamente defender los intereses de las mujeres) presente una lista formada exclusivamente por candidatas. Esta hipótesis, que no es de laboratorio, conduce derechamente a evidenciar el ataque frontal contra el pluralismo político (art. 1.1 CE) de la concepción encerrada tras este tipo de normas electorales, perfilando candidatos y relegando al partido en sus opciones de selección. La intervención de los poderes públicos hasta estos límites termina con la línea de control cauto e imprescindible que hasta el momento se ha mantenido respecto de los partidos, fruto de una correcta interpretación constitucional, ejemplificada, entre otras, por la STC 85/1986, a la que se acaba de hacer alusión¹³.

En este orden de cosas, otro ejemplo de elusión de un precepto constitucional, viene de la lectura del art. 68.5 CE, cuando recoge una regla de elegibilidad para el Congreso de los Diputados (“*Son electores*

y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. (...)”.), que perfila una valoración del constituyente opuesta a la distinción interna de categorías personales entre los elegibles. La unidad de la Constitución a efectos interpretativos (SSTC 173/1998, f.j. 7, y 292/2000, f.j. 11, entre otras) invita a mirar la valoración constitucional implícita en el art. 68.5 CE a la hora de examinar la compatibilidad del precepto impugnado con los arts. 14 y 23.2 CE. De nuevo hay que subrayar que la introducción de categorías de género alterando el derecho fundamental de acceso a cargos públicos representativos (art. 23.2 CE), no debería haberse admitido sin reformar la Constitución.

4. LA STC 12/2008, DE 29 DE ENERO: EL ART. 9.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, QUE TODO LO SOLUCIONA.

Si tan evidente es el menoscabo que se produce en cada uno de los derechos que he puesto como ejemplo, ¿Por qué nuestro más alto tribunal de garantías ha cerrado el debate, y tras él lo ha hecho la sociedad y la clase política? Pues muy sencillo: por la existencia en nuestra Constitución de 1978 del art. 9.2 CE, que permite un margen de apreciación social considerable al legislador para determinar cuándo un derecho está postergado y necesita medidas promotoras. En definitiva, todo lo que yo estoy defendiendo pudiera ser cierto, pero si una mayoría parlamentaria determina que en la sociedad española la igualdad no es real y efectiva, en este caso que la mujer está postergada, medidas de este tipo adquieren sin más el visto bueno del Tribunal Constitucional. La STC 12/2008 de 29 de enero viene a eludir cualquier otra consideración que no parta de la existencia, si el legislador lo afirma, de una falta de igualdad efectiva, para lo cual nuestro Estado Social y Democrático de Derecho nos ofrece un instrumento de acción directa a través del art. 9.2 CE¹⁴. Sus conclusiones son claras en la teoría: “(...), *en particular del artículo 9.2 CE, y de la interpretación sistemática del conjunto de preceptos constitucionales que inciden en este ámbito, deriva la justificación constitucional de que los cauces e instrumentos establecidos por el legislador faciliten la participación de todos los ciudadanos, removiendo, cuando sea preciso, los obstáculos de todo orden, tanto normativos como estrictamente fácticos, que la impidan o dificulten y promoviendo las condiciones garantizadoras de la igualdad de los ciudadanos. En este punto cabe añadir que la igualdad sustantiva no sólo*

facilita la participación efectiva de todos en los asuntos públicos, sino que es un elemento definidor de la noción de ciudadanía. (...)” (STC 12/2008, f.j.4º) y en la aplicación al caso: “(...) Así pues, el artículo 44 bis LOREG persigue la efectividad del artículo 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el artículo 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados. (...)” (STC 12/2008, f.j. 5).

Ante la constatación por el legislador de una ausencia de igualdad, cualquiera de los argumentos jurídicos que se han desarrollado, ceden; y la imposición de la dinámica de cuotas, de eso hay poco que discutir, se presenta como un límite razonable¹⁵ una vez se ha enunciado la causa que provoca la acción positiva a favor del género preterido.

Acatando la sentencia, esperemos que alguien nos acompañe a recordar la existencia de esta legislación, con antecedentes y secuelas en todas las Comunidades Autónomas (Castilla-La Mancha fue “avanzada” en la materia) pues dejando a un lado ya, y con el transcurso del tiempo esta polémica, se debería reparar en la temporalidad de estas medidas que, donde alcanzan su objetivo, no tiene sentido mantener. Ese test social de igualdad, en cualquier caso, si se basa en cifras, tendría un buen ejemplo en Castilla-La Mancha para retornar a unas normas electorales sin distorsiones, pero no parece que sea una cuestión pacífica determinarlo. La confrontación de la realidad de Castilla-La Mancha con otras Comunidades o con la composición de las Cortes Generales ofrece la muestra de cómo la realidad supera este tipo de operaciones electorales: así algunos podrían defender que la incorporación masiva de mujeres a nuestro parlamento se genera por las listas cremallera, mientras que otros podríamos sostener que por culpa de las mismas no hay más mujeres aún. Por último, y con el otro ejemplo propuesto, las Cortes Generales, la composición de nuestras Cámaras en la IX y X Legislaturas constitucionales (2008-2011, y 2011-) ofrece frutos escasos, comparativamente hablando con las legislaturas precedentes, habiendo

sido la incorporación de la mujer un proceso mucho más espontáneo y no una consecuencia de la actividad impositiva de los poderes públicos utilizando una acción positiva, décadas después de cuando tuvo que ser necesaria, y frenando la evolución participativa que el propio dinamismo de la sociedad española ha impuesto.

5. LA REALIDAD SOCIAL DERIVADA DE LA CRISIS COMO ORIGEN DE CAMBIOS EN LA NORMATIVA ELECTORAL. CITA DE URGENCIA DE LA PROPUESTA DE REFORMA FORMULADA EN EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA REGIÓN, EL 6 DE SEPTIEMBRE DE 2012.

Con la fecha de entrega del presente trabajo ya superada, se ha producido en sede parlamentaria, por ese motivo se comenta, el anuncio de la Presidenta de la Comunidad Autónoma de promover una nueva reforma del Estatuto de Autonomía para reducir a la mitad el número de diputados regionales. Asimismo y como cabeza de la mayoría parlamentaria, anticipa la voluntad de apostar por la reforma del reglamento de la cámara autonómica para cambiar un aspecto económico del estatuto del diputado: la sustitución de retribuciones por indemnizaciones, en razón de los desplazamientos y reuniones a las que se asista; lo que a su vez incidirá en el régimen de incompatibilidades.

Para el análisis jurídico de medidas como las presentes, fruto de la mayor crisis económica reciente y de la reacción social que la acompaña, me remito a un libro de próxima aparición donde planteo la necesidad de modificar ciertas instituciones para racionalizar las estructuras políticas y promover el ahorro. alguna de las propuestas coincide plenamente con esta línea de cambio de las instituciones regionales. Y el análisis puramente político no viene al caso en estas páginas, pero también está ya realizado¹⁶. De cualquier manera, me parece que estas medidas son plenamente constitucionales y se adaptan a algo más que una necesidad de medida en el gasto, pudiendo ser la ocasión de mejorar la relación entre el cuerpo electoral y sus representantes. En nuestra Comunidad autónoma es además la oportunidad para suprimir ese problema, denunciado más arriba, que supone la asignación de escaños en el propio Estatuto, ignorando la realidad poblacional. Habrá que aguardar,

en cualquier caso, a la formulación concreta tanto de las iniciativas de reforma estatutarias como reglamentarias, para poder juzgar con una mínima solvencia lo que se propone.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Aranda Álvarez, Elviro

“Cuota de mujeres y régimen electoral”

En *Cuadernos Bartolomé de las Casas- Ed. Dykinson*, Madrid, 2001.

Arnaldo Alcubilla, Enrique

El carácter dinámico del régimen electoral español

CEPC, Madrid, 2002

Barrat Esteve, Jordi

“Los procesos de selección de candidatos en los partidos políticos”

En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió y Ceriol* nº 13, Valencia, 1995.

De Vega, Pedro

“Significado constitucional de la representación política”

En *Revista de Estudios Políticos* nº 44, 1985.

Delgado Sotillos, Irene

“Sistema electoral y representación de las mujeres en el Parlamento. Análisis de los efectos de la Ley de Igualdad en la composición del Congreso de los Diputados tras las elecciones legislativas de 2008”

En *Revista de Estudios Políticos* nº 150, Madrid, 2010.

Flores Giménez, Fernando

La democracia interna de los partidos políticos

Congreso de los Diputados, Madrid, 1999.

García Roca, Javier

Cargos públicos representativos. Un estudio del art. 23.2 de la Constitución
Aranzadi, Madrid, 1999.

López Aguilar, Juan Fernando
 “Los problemas constitucionales del sistema electoral autonómico canario”

En *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 51, 1997.

Martínez Alarcón, María Luz
Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional
 Congreso de los Diputados-Senado, Madrid, 2006.

Montabes Pereira, Juan
 “Algunas reflexiones sobre las posibilidades, límites y falacias de la reforma del sistema electoral español”
 En *Temas para el Debate* nº 162, 2008.

Montero, José Ramón Y Riera, Pedro
 “El sistema electoral español: cuestiones de desproporcionalidad y de reforma”
 En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* nº 13, 2009.

Pérez Luño, Antonio E.
 “Dimensiones de la igualdad material”
 En *Anuario de Derechos Humanos* nº 3, 1985.

Pulido Quecedo, Manuel
El acceso a los cargos y funciones públicas
 Civitas, Madrid, 1992.

Punzón Moraleda, Jesús, y Sánchez Rodríguez, Francisco
 “Paridad, cuotas, y acción positiva a favor de la mujer: tres reflexiones desde la legitimidad social y la normativa jurídica”
 En *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 38, 2005.

Rey Martínez, Fernando
 “La discriminación positiva de mujeres”
 En *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 47, 1996.

Salazar Benítez, Octavio
El candidato en el actual sistema de democracia representativa
 Comares, Granada, 1999
 Y “Las cuotas femeninas en cuanto a exigencia de la igualdad en el acceso a los cargos públicos representativos”,
 En *Revista de Derecho Político* nº s. 48-49, 2000.

Solozábal Echavarría, Juan José
 “Representación y pluralismo territorial”
 En *revista de Estudios Políticos* nº 50, 1986.

VVAA
Mujeres en política
 Ariel, Barcelona, 1997

VVAA
Formas de Gobierno y Sistemas electorales
 Universidad de Jaén-Tirant lo blanc, Valencia, 1997

VVAA
Parlamento y Sistema Electoral
 Aranzadi-Asociación española de Letrados de Parlamentos, Pamplona, 1999.

NOTAS

1 “La circunscripción electoral es la provincia. Las Cortes de Castilla-La Mancha estarán constituidas por un mínimo de 47 Diputados y un máximo de 59. La asignación de Diputados a cada provincia no será inferior a la actual: Albacete, diez Diputados; Ciudad Real, once Diputados; Cuenca, ocho Diputados; Guadalajara, siete Diputados, y Toledo, once Diputados.”.

2 “Una ley de las Cortes de Castilla-La Mancha, en el marco del presente Estatuto, determinará los plazos y regulará el procedimiento para la elección de sus miembros y la atribución de escaños fijando su número y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad que afecten a los puestos o cargos que se desempeñen dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.”.

3 Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, Corte Generales, expediente 06/0111-0001. “Artículo 25. Composición y régimen electoral. 1. Las Cortes estarán compuestas por un mínimo de cuarenta y siete Diputados y Diputadas y un máximo de cincuenta y nueve elegidos mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en la forma prevista en el presente Estatuto y en la legislación electoral. 2. Las Cortes son elegidas por un período de cuatro años. Su mandato finalizará al concluir dicho período, cuando no prospere la investidura del Presidente en los

términos establecidos en el artículo 37.6 de este Estatuto o el día de su disolución por el Presidente de Castilla-La Mancha. **3. El sistema electoral es de representación proporcional y asegurará la presencia adecuada de las provincias de Castilla-La Mancha. 4. La circunscripción electoral es la provincia. Corresponderán como mínimo a cada provincia los siguientes Diputados: Albacete, diez; Ciudad Real, once; Cuenca, ocho; Guadalajara siete; y Toledo once.** 5. Las elecciones serán convocadas por el Presidente de Castilla-La Mancha en los términos establecidos en el presente Estatuto y en la legislación electoral. 6. Son electores y elegibles los ciudadanos de Castilla-La Mancha que estén en pleno uso de sus derechos civiles y políticos de acuerdo con la legislación electoral. La Ley Electoral de Castilla-La Mancha contendrá criterios de igualdad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales. Para la atribución de escaños en una circunscripción será necesario haber logrado el tres por ciento de los votos válidamente emitidos en la misma. 8. La Ley Electoral de Castilla-La Mancha será aprobada por dos tercios de los Diputados en votación final sobre el conjunto del texto. Dicha ley, además de los elementos regulados en el presente Estatuto, determinará, entre otros aspectos, el régimen de plazos y el procedimiento de elección, así como la atribución de escaños por cada circunscripción electoral y las causas de inelegibilidad e incompatibilidad.”. La negrita es nuestra.

4 LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, “Los problemas constitucionales del sistema electoral autonómico canario” En *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 51, (septiembre-diciembre) de 1997.

5 Con todo ello, la situación de potencial desigualdad de voto, que precisamente llevó en su día al Defensor del Pueblo a recurrir la reforma del Estatuto de Canarias, se sitúa más en el ámbito de las barreras electorales elevadas, cuestión que por fortuna no afecta tanto a Castilla-la Mancha. La ausencia de proporcionalidad, que es el tema que nos trata, siendo importante en el pronunciamiento, casi se presenta secundario en el total resultante que conduce a la consagración de una fuerza nacionalista en esa Comunidad.

6 “(...)En efecto, parece incuestionable que el Estatuto de Autonomía de Canarias al configurar las piezas claves de su sistema electoral, ha atendido particularmente al mandato constitucional de «asegurar» la representación de las «distintas zonas» de su territorio, operando como criterio parcialmente corrector de la proporcionalidad.(...)” STC 225/1998, de 25 de noviembre, f.j.7º.

7 Lejanamente sólo hubo una tendencia, no confirmada, a su ruptura, cuando el Centro Democrático y Social obtuvo cuatro diputados

en la Legislatura 1987-1991. La representación de Izquierda Unida en los años noventa siempre se redujo a un diputado.

8 “(...) En definitiva, de conformidad con la delimitación que este Tribunal ha efectuado de las exigencias constitucionales y estatutarias derivadas de la imposición de un sistema de representación proporcional, “la adecuada representación proporcional sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible (STC 4/1981)”, siendo “más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral (STC 75/1985)”, pudiendo asumir éste, en consecuencia, diversas variantes, sin que pueda excluirse que el legislador, “a la hora de configurar la variante concreta a seguir, en uso de su libertad de configuración normativa, introduzca correcciones o modulaciones al principio de proporcionalidad”. “En tanto el legislador se funde en fines o objetivos legítimos y no cause discriminaciones entre las opciones en presencia, no cabrá aceptar el reproche de inconstitucionalidad de sus normas o de sus aplicaciones en determinados casos, por no seguir unos criterios estrictamente proporcionales (STC 193/1989)” (STC 45/1992, de 2 de abril, FJ 4; doctrina que reitera ATC 240/2008, de 22 de julio). F.j 3º, in fine.

9 “(...)El análisis del primer motivo de inconstitucionalidad que se imputa a la ley recurrida ha de partir de la previa consideración de que este Tribunal únicamente puede enjuiciar la labor del legislador, o, dicho en otras palabras, la concreta decisión legislativa plasmada en la disposición legal impugnada. En consecuencia, no puede ser objeto de este proceso, ni ningún pronunciamiento cabe esperar al respecto de este Tribunal, sobre la mayor o menor corrección constitucional de otras posibles opciones legislativas que hubieran podido adoptarse tanto en cuanto a la composición numérica de la Cámara como al reparto de los escaños entre las circunscripciones electorales. Como hemos dicho con reiteración, no corresponde a este Tribunal efectuar pronunciamientos preventivos sobre legislaciones hipotéticas (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 8). Por consiguiente, nada le compete decir sobre si, frente a la decisión legislativa plasmada en la ley recurrida, hubiera resultado más adecuado a las previsiones constitucionales y estatutarias relativas a la exigencia de un sistema electoral proporcional, como sostienen los recurrentes (...)”.. STC 19/2011, de 3 de marzo, f.j. 3º.

10 Para las elecciones al Senado, los municipios de menos de 3001 residentes, las islas con menos de 5001 residentes y los municipios comprendidos entre 3001 y 5000 residentes.

11 Art. 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que la integran 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.”.

12 Salvo que se encuentren votando en elecciones locales de municipios de menos de 3001 residentes, en los cuales parece que la importancia de inaplazable promoción de sexo desaparece por completo para el legislador, por las dificultades que se generarían en la práctica por el escaso número de vecinos. Así, donde existe el riesgo más evidente de exclusión femenina, en el mundo rural, se produce la excepción.

13 Y siguiendo este razonamiento se podría denunciar una quiebra de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y de difusión del propio pensamiento por parte de personas o partidos (art. 20.1 a) CE). Se aprueba una ley que impide la existencia de candidaturas de partidos compuestas sólo por hombres, o por mujeres, para defender ante la sociedad lo que estimen pertinente, por razón de los intereses de género que consideren oportunos, o, más sencillamente, porque quieren hacer libre uso del derecho constitucional a asociarse y a concurrir a las elecciones en compañía de los afines que compartan ideario.

14 STC 12/2008 de 29 de enero, f.j. 4º: *“(...) el artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales, habida cuenta de que, como hemos afirmado, “la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su artículo 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles” (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3). De modo que la caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional. (...)”*

15 STC 12/2008, f.j. 5“(…) La libertad de selección de candidatos por los partidos se ve ciertamente limitada en razón de todas estas exigencias. La que concretamente ahora estamos examinando también lo hace. Con todo, esa constricción de la libertad del partido resulta perfectamente constitucional por legítima, por razonablemente instrumentada y por no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales. En otras palabras, por satisfacer las exigencias constitucionales para limitar la libertad de los partidos y agrupaciones de electores para confeccionar y presentar candidaturas, que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental, sino una atribución, implícita en la Constitución (art. 6 CE) (…).”. O más adelante en el mismo f.j.in fine: “(…) la limitación de la libertad de actuación de las formaciones políticas que se plasma en la normativa controvertida no constituye una vulneración del artículo 6, en conexión con el artículo 22 CE. Como ya hemos señalado esa limitación no es en sí misma inconstitucional. Por lo demás, y en todo caso, el mandato de equilibrio entre sexos que se impone a los partidos, limitando una libertad de presentación de candidaturas que no les está atribuida por ser asociaciones, sino específicamente por ser partidos políticos, ha de considerarse que, incluso desde la perspectiva de que son asociaciones políticas, constituye una limitación proporcionada y, por tanto, constitucionalmente legítima, (…).”.

16 *La Tribuna de Ciudad Real*, domingo 16 de septiembre de 2012, pág. 4.

“LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE LAS EMPRESAS POR LA COMISIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES”

Teniente Auditor Alfonso Casasola Gómez-Aguado
Asesoría Jurídica del Cuartel General de la Fuerza Terrestre

SUMARIO.

- I.- CONSIDERACIONES GENERALES. 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II.- ¿EXISTE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS? 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2.- REGULACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO. 3.- DERECHO COMPARADO 3.1.- REGULACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS 3.1.1. MODELO HOLANDÉS. 3.1.2.- MODELO FRANCÉS. 3.1.3.- MODELO ANGLO-AMERICANO. 3.2.- REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL. 3.2.1.- JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN BÉLGICA. 3.2.2.- JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESTADOS UNIDOS. ALIEN TORT CLAIMS ACT COMO PARADIGMA 4.- DERECHO ESPAÑOL. 4.1. REGULACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL DE 1995. 4.2. REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL. 5.- LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA PERSECUCIÓN DE LAS EMPRESAS Y DEMÁS ACTORES ECONÓMICOS. 5.1.- LA PROPUESTA FRANCESA 5.2.- MOTIVOS DE NO INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ESTATUTO DE ROMA. 5.3.- ¿INCLUSIÓN DE PERSONAS JURÍCAS EN EL ESTATUTO DE ROMA EN UN POSIBLE PROCEDIMIENTO PENAL? III. CONCLUSIONES. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

El objeto de la presente artículo consiste en primer lugar, en realizar un estudio sistemático de la responsabilidad internacional penal de las empresas y otros actores económicos por la comisión de crímenes internacionales, teniendo en cuenta los antecedentes históricos, paradigmas internacionales y nacionales, y las causas de la no inclusión de dicha responsabilidad de las personas jurídicas, por parte de la Corte Penal Internacional.

En un segundo plano y finalmente, muy interrelacionado con lo ya señalado *ut supra*, voy a realizar un análisis de la situación actual de la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en concreto, de las empresas, en el ámbito de la jurisdicción universal y las soluciones y jurisprudencia que se han dado en los Tribunales Internacionales y en el Derecho comparado.

PALABRAS CLAVES: EMPRESAS, RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL. CORTE PENAL INTERNACIONAL. DERECHO COMPARADO. JURISDICCIÓN UNIVERSAL. JUICIOS DE NUREMBERG.

ABSTRACT:

The main purpose on this doctrine article is a descriptive study about how has developed the question of the legal persons liability in the field international criminal law, when there has been committed an international crime, from Nuremberg to Rome Statute.

Secondly I would like to consider and study the several legal models that exist in the countries which historically have legislated the legal persons responsibility and universal jurisdiction.

So, I am going to realize a descriptive study about the several norms in the field of the Comparative Law, finding paradigms, like the Alien Tort Claims Act in USA, which help us to understand the public liability and public liability insurance of the companies in their commercial activities, or the case about the progressive and pioneer Dutch legal model about legal person responsibility. And finally the

evolution and the complete turn about in the Belgium legal norms about the universal jurisdiction in the criminal liability field.

KEY WORDS: COMPARATIVE LAW.LEGAL PERSON LIABILITY. UNIVERSAL JURISDICTION. ROME STATUTE. NUREMBERG'S TRIALS.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

1.- INTRODUCCIÓN

El objeto de la presente artículo consiste en primer lugar, en realizar un estudio sistemático de la responsabilidad internacional penal de las empresas y otros actores económicos por la comisión de crímenes internacionales, teniendo en cuenta los antecedentes históricos, paradigmas internacionales y nacionales, y las causas de la no inclusión de dicha responsabilidad de las personas jurídicas, por parte de la Corte Penal Internacional.

Por tanto, la aportación principal a la investigación del presente trabajo es encontrar argumentos legales para la persecución penal internacional de las multinacionales y otros actores económicos en el ámbito de la Corte Penal Internacional por la comisión de crímenes internacionales. Es aquí, donde voy a centrar todos mis esfuerzos, puesto que es uno de los temas más discutidos actualmente en el ámbito de la responsabilidad internacional penal, ya que el concepto de persona jurídica y los efectos que pueden producir los actos realizados por la misma, se encuentra en una revisión profunda. Todo ello, debido, al auge que en un mundo globalizado ha supuesto la eliminación práctica de barreras para el comercio.

¿Va existir impunidad absoluta respecto a las acciones que se derivan de una empresa multinacional por el simple hecho de no ser persona individual? ¿En ocasiones, una persona jurídica no es considerada e identificada como un ser real y no ficticio? Es necesario pensar en Coca-cola, Nokia, Zara, etc. Son empresas tan presentes en nuestras vidas, que las decisiones que adopten van a afectar a una población que en mayor o menor medida dependen de ellas, o al menos, sus necesidades creadas.

En un segundo plano, muy interrelacionado con lo ya señalado *ut supra*, voy a realizar un análisis de la situación actual de la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en concreto, de las empresas, en el ámbito de la jurisdicción universal y las soluciones y jurisprudencia que se han dado en los Tribunales Internacionales y en el Derecho comparado.

Estas son las preguntas básicas que quiero responder, sin perjuicio de que la idea que subyace es intentar aportar argumentos sobre todo legales, son olvidar los de justicia, para la persecución de actores económicos, cuando estos cometen crímenes internacionales vulnerando los derechos humanos, en la práctica de sus actividades y finalidades. Es decir, el intento de evitar la impunidad de estas entidades. Lo que se trata es de dar respuestas legales para no sólo detenerse en la persecución de sus directivos o funcionarios, sino también para evitar que el entramado que supone una empresa, no quede inmune cuando se realizan actividades ilícitas en su nombre.

El área del derecho en el que se ha de encuadrar este trabajo de investigación es en el del Derecho Internacional Penal, es decir, en el ámbito del Derecho Internacional Público, y no por tanto, en el campo del Derecho Penal Internacional. Es importante, destacar esta diferencia, puesto que no es una tesis de derecho penal, sino que está encuadrada desde el punto de vista del derecho internacional. Todo ello, sin perjuicio, de que se vayan a manejar instituciones que beban directamente del derecho penal, como por ejemplo el concepto de persona jurídica, o el de jurisdicción universal. Por ello, hay que señalar, que existirá una interrelación e interconexión de diversas ramas del derecho, pero teniendo como referente la responsabilidad internacional.

Otro punto importante que se ha de destacar para concretar aun más, el objeto de estudio y establecer un punto de partida, es el concepto de crimen internacional que se va seguir¹. Esta cuestión es trascendental, ya que es una cuestión muy controvertida. Así, nos adherimos al concepto que ha dibujado el profesor Cassese². Por tanto son crímenes internacionales, aquellas conductas mas graves y de transcendencia internacional, cuya represión penal está contemplada, exigida o favorecida por normas internacionales, y a cuyo fin se articula un sistema más o menos complejo de cooperación internacional. Hay una concurrencia de dos elementos: interés común en la represión y factor de impunidad. Por otra parte, también seguiremos el concepto que la profesora Martín-Ortega señala de las empresas multinacionales. Así las empresas multinacionales son actores no estatales que desarrollan sus

actividades en la esfera internacional y por tanto influyen en el modo en el que se constituye y funciona la propia comunidad internacional y afectan a su ordenamiento jurídico.³

La metodología que va a ser empleada es la propia que suele utilizarse en el ámbito del derecho. Voy a estudiar las aportaciones de la doctrina nacional e internacional más importante sobre el asunto en cuestión, profundizaré en la jurisprudencia internacional y me detendré con profundidad en los grupos de trabajo que se crearon para la preparación del Estatuto de Roma, para determinar si realmente se excluye la responsabilidad internacional penal de las personas jurídicas, y en caso afirmativo las posibles causas de esta determinación.

Estas son las pinceladas generales ¿Pero cómo voy a conseguir desarrollar un trabajo óptimo? En primer lugar, voy a realizar un análisis de la situación actual de la responsabilidad internacional de las empresas, marcando cuál ha sido la evolución histórica, mediante el estudio de los juicios de Nüremberg que tuvieran relación con el trabajo, como el Caso Farben y Krupp, señalando los principios generales que se aplicaron, así como las consecuencias que se derivaron de la resoluciones dictadas en los mismos. Este será un punto de partida inicial.

Posteriormente, en el mismo sentido voy a realizar un estudio descriptivo de de las legislaciones más interesantes en el marco del derecho comparado, buscando paradigmas, como el caso de la jurisdicción universal en el ámbito de responsabilidad civil internacional de las empresas regulado en Estados Unidos, es decir, en el estudio de la denominada “ALIEN TORT CLAIMS ACT” norteamericana⁴. Por otra parte, en la búsqueda de modelos legales de persecución de personas jurídicas en caso de comisión de delitos, voy a exponer las líneas claves del derecho español sobre la materia, centrándome en las modificaciones operadas en el Código Penal de 1995, y en la modificación en el ámbito de la jurisdicción universal de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Como aportación principal, y en mi opinión, el nudo gordiano del trabajo, es el intento de poder mostrar un procedimiento legal de persecución y sanción de las personas jurídicas en general, y las empresas en concreto. Se va a proceder a utilizar un método teórico e hipotético, ya que se va a pensar y concertar un procedimiento, vías de solución de los conflictos, sanciones a imponer, y se va a intentar deducir los posibles problemas de aplicación del mismo. Es por tanto un trabajo inductivo, que ha requerido de la investigación previa de los paradigmas a que hemos hecho mención.

2.- PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La posibilidad de incluir a las empresas en el ámbito jurisdiccional personal de un posible tribunal penal internacional, se planteó inmediatamente después de la II Guerra Mundial. La Comisión de Derecho Internacional incluyó este tema en su discusión a principios de los años cincuenta, si bien lo descartó por ser demasiado novedoso y por el riesgo que implicaba el gran desacuerdo que podría generar, unidos a un cierto miedo a que la criminalización de personas jurídicas pudiera derivar en castigos colectivos.

Esta posibilidad se volvió a plantear durante el proceso de redacción del Estatuto de la actual Corte Penal Internacional, y de nuevo fue desestimada. Aunque el nuevo fracaso no ha desanimado a parte de la doctrina a continuar desarrollando esta posibilidad, que contemplan como una cuestión de tiempo y mayor elaboración científica.⁵

En la actualidad, ciertas Empresas Multinacionales se están viendo involucradas en procesos judiciales en distintos Estados por su implicación en abusos de derechos humanos. Estos procesos están contribuyendo a delimitar la posible responsabilidad de las mismas por violaciones directas de derechos humanos, o por complicidad en abusos graves de derechos humanos con los gobiernos receptores.

La doctrina está debatiendo sobre la conveniencia de que sea la jurisdicción civil o la penal, nacional o internacional, a través de la que se sustancien la responsabilidad de las empresas por implicación en abusos de derechos humanos.

Si bien los primeros casos, en los que se consideró que una acción corporativa violaba normas de Derecho internacional fueron de naturaleza penal, la mayoría de los procesos que se están desarrollando en la actualidad son procesos civiles, en el marco de la aplicación de la “Alien Tort Claims Act” en Estados Unidos, ley que otorga jurisdicción a los tribunales federales estadounidenses para juzgar violaciones de normas de Derecho internacional general.⁶

Por otra parte, asimismo, algunos autores consideran que pese a los esfuerzos de la comunidad internacional y de la creciente jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, la impunidad que existe con relación a los más graves crímenes internacionales cometidos contra personas o comunidades humanas es notable⁷. La impunidad es casi total si nos centramos en crímenes de pillaje de guerra. Hay muy

pocos ejemplos de procesos judiciales abiertos y condenas por crimen internacional de pillaje tanto a nivel internacional como nacional. En tales casos, los actores no estatales –ya sean grupos rebeldes, paramilitares o paraestatales, de multinacionales o de organizaciones criminales o grupos mafiosos- a penas son perseguidos, y por tanto castigadas sus conductas.⁸

Debido a la creciente implicación de estos actores, sobre todo de las empresas transnacionales, se ha puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar una doctrina sobre la responsabilidad penal de las mismas en el ámbito del derecho internacional, sobre todo cuando llevan a cabo actividades en zonas de conflicto.

La mundialización de las economías de mercado ofrece nuevas oportunidades a las empresas comerciales. Al tiempo que esas oportunidades pueden generar crecimiento, trabajo y prosperidad, también pueden plantear algunos problemas. Puesto que las empresas comerciales de hecho exploran esas oportunidades, es frecuente que trabajen en entornos inestables o en zonas afectadas por conflictos armados.⁹

Sin embargo, no siempre es fácil determinar qué actividades están estrechamente relacionadas con un conflicto armado. Prestar un apoyo directo a una parte en un enfrentamiento es, sin duda alguna, una actividad relacionada con el conflicto armado. Pero es posible que las empresas comerciales realicen toda una serie de actividades que pueden estar más o menos relacionadas con un conflicto armado. Del mismo modo, no es necesario que las empresas comerciales y sus dirigentes tengan la intención de prestar apoyo a una parte en las hostilidades, para que se considere que sus actividades están estrechamente relacionadas con el conflicto.

Ha de ponerse especial atención en la administración de una empresa comercial que realiza actividades en zonas de conflicto, a fin de no adquirir recursos y bienes sin el libre consentimiento del propietario. De lo contrario, pueden verse acusados de participar en un pillaje.

El pillaje de recursos no es un concepto nuevo. Así, ya en los juicios de Nuremberg se planteó la imputación contra algunos empresarios alemanes por crímenes contra la paz. Tras Nuremberg varios tribunales nacionales juzgaron y condenaron a funcionarios o empresarios por su participación directa o indirecta en crímenes de guerra. Si bien es cierto que en dichos casos los acusados fueron condenados por sus acciones individuales (responsabilidad penal individual), esta se planteó derivada de su participación en actividades comerciales.

Así por ejemplo, en los casos Farben y Krupp dos tribunales estadounidenses condenaron a los acusados –funcionarios o dirigentes de empresas- por cometer actos de pillaje e imponer a civiles o prisioneros de guerra a condiciones laborales, que suponían una autentica esclavitud. En el caso Farben, los condenados habían explotado a personas confinadas en campos de concentración obligándoles a realizar trabajos forzados en instalaciones industriales ocupadas. En el caso Krupp, fueron prisioneros de guerra y personas de Europa del Este los sometidos a trabajos forzados en factorías francesas y holandesas.

Más recientemente, en Mayo de 2009, se ha conocido la iniciativa de un tribunal estadounidense para abrir un proceso contra la compañía petrolífera anglo-holandesa Shell acusada de complicidad en violaciones de derechos humanos contra el pueblo ogoni y en la ejecución del activista Ken Saro-Wiwa en África, concretamente en Nigeria (país donde se encuentra la décima reserva mundial de petróleo).¹⁰

Como hemos visto con anterioridad, tanto en el contexto de los juicios de Nuremberg como con posterioridad, surgió la cuestión de ¿qué pasa cuando los crímenes de guerra son realizados directa o indirectamente por un actor no estatal que es una persona jurídica? A pesar de que fue resuelta con imputaciones individuales, también se llegó a establecer que las personas jurídicas habían violado determinadas leyes de guerra. Así el Estatuto del Tribunal de Nuremberg sí permitió que grupos u organizaciones pudieran ser declaradas “criminales” y que la pertenencia a estas se convirtiera en una conducta delictiva. El Tribunal se centró en el concepto de conspiración y la teoría “del objetivo común” (common purpose theory) para abordar la participación de tales grupos u organizaciones en el delito.

Durante las reuniones preparatorias de la Conferencia de Roma¹¹ se debatió la propuesta de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. No obstante, surgieron objeciones a tal propuesta. Uno de los argumentos utilizados en contra de tal extensión se refirió al impacto que esta decisión tendría sobre el principio de complementariedad; en virtud de dicho principio, en caso de una concurrencia de jurisdicciones, el Estatuto de Roma otorgaría preferencia a las jurisdicciones nacionales sobre la Corte, siempre y cuando se cumplieran determinados requisitos que menciona el artículo 17.

La preocupación de los detractores de la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco del Estatuto

tiene que ver con que aquellos Estados que no reconocieran tal responsabilidad no tendrían la posibilidad de ejercer en primer término su jurisdicción y llevar a cabo la investigación preceptiva. Por tanto, los Estados partes, para dar cumplimiento a sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma y así poder llevar a cabo investigaciones en el ámbito doméstico, se verían forzados a desarrollar e incorporar a sus sistemas legales la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda han tratado los conceptos de complicidad y colaboración así como de instigación, inducción y encubrimiento en el contexto de crímenes de guerra y genocidio. Dichas figuras son importantes para establecer la responsabilidad corporativa, pues las empresas pueden contribuir de manera significativa a la capacidad de los Gobiernos para llevar a cabo violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

De conformidad con el derecho internacional humanitario, la responsabilidad penal por la comisión de crímenes de guerra recae no sólo en los que cometen el delito, sino también en sus superiores y cómplices. De estas formas de responsabilidad, la complicidad es la que más incumbe a las empresas comerciales. Un cómplice es alguien que proporciona una asistencia práctica, un apoyo moral o un incentivo que tiene un efecto sustancial en la comisión de un crimen de guerra. El cómplice debe tener algún conocimiento del hecho de que suministrar asistencia o apoyo puede auxiliar un delito.

Algunos países han aprobado legislaciones¹² en que se estipula la responsabilidad de las empresas comerciales por la comisión de crímenes de guerra, y por complicidad. Los dirigentes de las empresas comerciales también pueden ser enjuiciados a título personal. El hecho de que un director actúe en nombre de una empresa comercial no le asigna inmunidad contra un enjuiciamiento por crímenes internacionales. Además, dado que todos los Estados tienen la obligación de investigar y enjuiciar por crímenes de guerra, sea donde fuere que hayan tenido lugar, las empresas comerciales o sus dirigentes pueden ser enjuiciados en países distintos de aquellos donde realizan actividades.

Las empresas comerciales no pueden, por consiguiente, desentenderse de la posibilidad de un procedimiento judicial, sólo porque realizan actividades en un país donde hay pocas probabilidades de que haya investigaciones criminales o en un país que no pueda realizarlas. La responsabilidad corporativa y personal por crímenes perpetrados en el contexto de un conflicto armado es, pues, un elemento de creciente

importancia cuando una empresa comercial evalúa los riesgos que podrían suponer las actividades que realizan durante el mismo.

Así, la complicidad o colaboración ha de ser directa¹³, además de requerir una intención de participar, para lo cual bastaba la previsibilidad o alta probabilidad de que se produzcan efectos dañinos. Es lo que se conoce en dogmática penal como dolo directo o dolo eventual. Además ha quedado establecido, en el contexto de casos seguidos por otros crímenes internacionales, que un cómplice puede ser juzgado y condenado sin que el principal haya sido identificado o sin que haya llegado a probarse su culpabilidad. Si se trasladan los anteriores razonamientos al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, caso de estar previsto legalmente, ello implicaría que una empresa podría ser considerada como cómplice de abusos de derechos humanos cuando tome la decisión de participar en la comisión de tales abusos, asistiendo o contribuyendo en la perpetración de hechos delictivos cometidos por otros, sin que sea necesario que el autor principal haya sido declarado culpable y aunque la empresa o a sus agentes actuaran bajo el principio de dolo eventual.

Algunos autores afirman que el concepto de complicidad corporativa no se limita a la participación directa en la comisión de hechos delictivos por otros, sino que puede incluso abarcar casos en los que las empresas obtienen beneficios mercantiles o se benefician de abusos de derechos humanos cometidos por terceros. Es el ejemplo del caso de varias compañías internacionales petroleras que en los años noventa formaron una empresa conjunta (joint venture) en Birmania con el Gobierno de dicho país y una empresa pública petrolera denominada Myanma Oil and Gas Enterprise (MOGE en sus siglas en inglés). MOGE asumió la tarea de proporcionar mano de obra y servicios de seguridad para la construcción del gaseoducto, así como otras violaciones, como torturas, y relocalización forzada. A pesar de que el principal socio occidental (la empresa UNOCAL) no llevó a cabo estos abusos, debido a su participación en el proyecto, su responsabilidad por actuar en concierto con MOGE ha sido objeto de investigación y enjuiciamiento por un tribunal estadounidense.

Con respecto al pillaje de guerra hay que señalar que es definido como la apropiación sistemática y violenta de bienes muebles privados o públicos efectuada por miembros de fuerzas armadas en perjuicio de las personas protegidas por los Convenios de Ginebra (civiles, heridos, enfermos o náufragos y prisioneros de guerra) o del Estado adverso. Las

Convenciones de La Haya primero y, posteriormente, los Convenios de Ginebra establecen claramente que dicha conducta está prohibida, tanto en conflictos internacionales como internos. El Comité Internacional de la Cruz Roja en sus comentarios al protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 ha establecido que el pillaje “se refiere tanto al pillaje organizado como al pillaje resultante de actos individuales de indisciplina. Está prohibido tanto ordenar como autorizar el pillaje. La prohibición tienen un alcance general y se aplica a todas las categorías de bienes, sean privados o estatales”.¹⁴

Asimismo, se considera una infracción grave a las leyes y costumbres de la guerra la destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario. Están igualmente prohibidos los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la potencia ocupante o al de cualquier otro país, ocupado o no, sea cual fuere el motivo.

Lo cierto es que el pillaje y la apropiación de los bienes en el marco de conflictos bélicos se convierte en muchas ocasiones en la cuestión nuclear del conflicto bélico, e incluso constituye una de sus motivaciones principales, aunque aparece intencionadamente ocultado. Frente a los crímenes cometidos contra las personas a menudo aparece como una consecuencia inevitable y casi tangencial de la guerra, cuando en muchas ocasiones es un aspecto central del conflicto bélico.

Por último, la responsabilidad civil también incumbe a las empresas y a sus dirigentes. Mientras que la finalidad del derecho penal es castigar a las personas por crímenes de guerra, la responsabilidad civil implica que las víctimas pueden solicitar una indemnización por los daños que puedan haber sufrido. En especial, dada la existencia de la responsabilidad civil, las personas que, a su parecer, hayan sufrido como consecuencia de una mala conducta de una empresa comercial, por ejemplo, pueden solicitar una indemnización ante los tribunales nacionales. Se considera cada vez más que un litigio civil es un modo viable para reparar las violaciones del derecho internacional humanitario que cometen las empresas comerciales, puesto que una víctima puede emprender directamente una causa civil y los requisitos relacionados con las pruebas son menos rigurosos que en una causa penal.

II. ¿EXISTE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La posibilidad de que personas jurídicas puedan ser declaradas penalmente responsables por violaciones de Derecho internacional se planteó por primera vez en relación con crimines de guerra y contra la humanidad en el marco de los juicios de Nuremberg¹⁵. Como veremos, estos procesos, si bien no pudieron juzgar a las empresas en sí mismas, sino a individuos particulares, culminaron en sentencias contra industriales y hombres de negocios que implican una afirmación implícita de que eran las empresas para las que trabajaban las que habían cometido ciertos crímenes de guerra.

En este sentido E. GREPPI significa: “No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que se inició un movimiento (...) que claramente comenzó a crear una conciencia más clara de la necesidad de entablar juicios por violaciones graves a las leyes de guerra, en los que se considerara tanto la responsabilidad tradicional de los Estados como la responsabilidad personal de los individuos. (...) posteriormente, lo instauraron los Tribunales Internacionales Militares de Nuremberg y Tokio «encargados del juicio y castigo de criminales de guerra por delitos carentes de una ubicación geográfica particular, independientemente de que dichos individuos estén acusados de manera individual, en calidad de miembros de organizaciones o grupos, o en ambas calidades”.¹⁶

En el periodo transcurrido desde los procesos de Nuremberg hasta la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional han proliferado diferentes enfoques en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obstante las dificultades de reconocer la existencia misma de un Derecho penal internacional.

La dicotomía responsabilidad penal individual / responsabilidad penal por asociación ilícita ha seguido diferentes caminos en la recientemente terminada centuria. Dicha afirmación tiene especial significación en los procesos de Nuremberg, pues frente a quienes como KAI AMBOS¹⁷, quien defiende la responsabilidad penal individual en esta etapa de la Historia, aludiendo a que en los procesos de Nuremberg el Tribunal Militar Internacional partió de la base de un reconocimiento de la responsabilidad penal individual como única a

considerar explicitándose que «suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho Internacional. Crímenes contra el derecho Internacional son cometidos por individuos, no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del Derecho Internacional pueden hacerse valer».

Asimismo Kai Ambos añade al respecto que El IMT (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg) se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que «uno de los más importantes (principios legales)... es que la culpabilidad es personal», y que «el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas»¹⁸

Por otra parte, otros como Gómez-Benitez¹⁹, apuestan por considerar la responsabilidad por la asociación ilícita co-protagonista con la anterior en los procesos seguidos en Nuremberg, matizando en relación a las organizaciones declaradas criminales, que «pese a que la pertenencia a esta clase de organizaciones fue considerada en ocasiones por el Tribunal de Nuremberg como causa de responsabilidad criminal por esta clase de crímenes, lo cierto es que los textos internacionales desde entonces no han seguido este camino de la asociación ilícita, sino el de la responsabilidad individual por actos específicamente descritos como crímenes contra la humanidad, (...)».

Sin embargo el Tribunal militar internacional de Nuremberg condenó a diferentes organizaciones o grupos encuadrados en mayor o menor medida en el nacionalsocialismo, con fundamento en el párrafo primero del artículo 9 del Estatuto que establecía que «En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenencia la citada persona o personas era una organización criminal» y el artículo 10 que señalaba: «En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los Tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada»²⁰.

Ya hemos visto, que en estos procesos, si bien no pudieron juzgar a las empresas en sí mismas, sino a individuos particulares, culminaron en sentencias contra industriales y hombres de negocios que implican una afirmación implícita de que eran las empresas para las que trabajaban las que habían cometido ciertos crímenes de guerra.

Por tanto, dos tipos de procesos han sido relevantes. Por un lado, el proceso por el que determinadas organizaciones fueron declarados criminales, como personas jurídicas, y por otro, los juicios contra industriales alemanes y japoneses. En el primer caso, el proceso fue seguido ante el Tribunal Militar Internacional, mientras que en el segundo caso fue el Tribunal Militar Estadounidense.²¹

El proceso ante el Tribunal Militar Internacional supuso la declaración de criminalidad de ciertas organizaciones, cuya consecuencia directa era la posible criminalización de los individuos que pertenecían a las mismas.²²

Los demás procesos estaban dirigidos exclusivamente a individuos, industriales alemanes y japoneses. Si bien estos procesos giran en torno a la responsabilidad penal individual de los directivos de las empresas acusadas de cometer crímenes de guerra y contra la humanidad, las sentencias los consideraron en tanto que miembros de una organización empresarial vinculada a la comisión de crímenes de guerra.²³

El Tribunal Militar Internacional dedicó su sentencia de 1 de octubre de 1946 a tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La base jurisprudencial para dicho proceso fue establecida en el Estatuto de Londres²⁴ por el que se establecía el propio Tribunal, de 8 de agosto de 1945, o Carta de Nüremberg, que preveía que durante el procesamiento de cualquier miembro individual de un grupo u organización el Tribunal podía declarar, en conexión con cualquier acto por el que dicho individuo pudiera ser condenado, que el grupo u organización a la que pertenece era una organización criminal.²⁵

La declaración de criminalidad de una organización podía tener importantes consecuencias sobre los miembros individuales de las mismas, ya que la pertenencia a organizaciones reconocidas como grupos y organizaciones criminales por parte del Tribunal Militar Internacional sería considerada un crimen en sí mismo, castigado con penas que podrían oscilar desde multas y encarcelación hasta la pena de muerte.²⁶

El Tribunal Militar Internacional declaró criminales a cuatro

organizaciones políticas: la cúpula del partido Nazi, la Gestapo, la SC y las SS.²⁷

Por otra parte, los procesos contra industriales alemanes fueron sustanciados, todos ellos, ante el Tribunal Militar Estadounidense, mientras que el proceso contra empleados japoneses se desarrolló ante el Tribunal de crímenes de guerra británico en Hong Kong.²⁸

El caso Farben es considerado como un ejemplo de complicidad corporativa, y sin duda es el caso más citado en relación con la posible responsabilidad penal de las empresas, ya que, si bien el Tribunal Militar Estadounidense no tenía jurisdicción sobre personas jurídicas y por lo tanto no podría haber juzgado a la empresa en sí misma, basó muchas de sus conclusiones en el papel de Farben como entidad corporativa.²⁹

El proceso involucró a veintitrés empleados de la empresa I.G. Farben Industrie AG-una importante productora química y farmacéutica alemana-acusados de cometer crímenes contra la paz, crímenes de guerra y contra la humanidad y de haber participado en planes o conspiraciones para cometer estos crímenes, tal y como se definían en la Ley del Consejo de Control nº 10.

Finalmente todos los acusados fueron absueltos de los cargos relativos a los crímenes contra la paz y participación en conspiración. Tres de los acusados fueron absueltos de pertenencia a organización criminal. Catorce acusados fueron absueltos de los cargos de saqueo y expoliación, mientras que siete de ellos fueron encontrados sólo parcialmente culpables bajo estos cargos. Respecto a los cargos de participación en el programa de trabajo forzado, ninguno de los acusados fue declarado culpable de la producción y suministro de gas venenoso y drogas para los campos de concentración. Si bien cinco de los acusados fueron hallados culpables de los cargos relativos a la utilización de los prisioneros de guerra y reclusos de campos de concentración en trabajo forzado, ilegal y bajo condiciones inhumanas. El resto de los acusados fueron absueltos por este cargo. En total trece acusados fueron sentenciados a cumplir penas de prisión entre siete y un año y medio.³⁰

Pero la referencia a Farben no se limita a su calificación como instrumento sino que la acusación también le atribuyó una conducta criminal, es decir, consideró que la propia empresa estaba involucrada en la comisión de los crímenes.

La sentencia del Tribunal Militar Estadounidense siguió en gran medida la línea argumental de la acusación, y por lo general analizó

primero la participación de la empresa y tras encontrar que su conducta constituía crímenes de guerra y contra la humanidad condenó a sus directivos por su participación en los mismos y su relación con la entidad, basándose fundamentalmente en la instrumentalización de la empresa para la comisión de los crímenes.³¹ El Tribunal entendió que aquellos individuos que fueron condenados utilizaron la empresa para cometer sus crímenes.

Además no sólo trató a Farben como una entidad legal capaz de violar las normas internacionales de la guerra, sino que la declaró culpable de dichas violaciones.³²

La sentencia declaró expresamente que tanto personas individuales como jurídicas pueden violar las normas contenidas en las Convenciones de la Haya, que los principios que se deducen de dichas normas son suficientes para considerar que su violación constituye una ofensa criminal y que en este caso Farben fue considerada culpable de tal violación. Por tanto fu debido a la responsabilidad de Farben que los directivos pudieron ser condenados de forma individual en virtud de su afiliación con la empresa.³³

En este contexto es necesario señalar el caso Krupp, en el que doce demandados por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad por el saqueo y la expoliación de propiedad de civiles y fábricas en territorios ocupados así como la deportación y uso de prisioneros de guerra y reclusos de campos de concentración en varias factorías Krupp en Alemania.

Al igual que en el caso Farben, la decisión en el caso Krupp es instructiva en lo relativo a la posible atribución de responsabilidad penal de las Empresas Multinacionales. La decisión discute las acciones de los individuos pero sólo tras una larga y detallada explicación de las acciones de la firma Krupp como el primer actor y perpetrador de varios crímenes de guerra y contra la humanidad.³⁴

El caso Krupp subraya la posibilidad de que en ciertas instancias, son las acciones de la empresa, más que de los acusados individuales las que aparecen como criminales.

Los procesos contra los criminales de guerra japoneses también proporcionan ejemplos interesantes en este sentido. El proceso más relevante fu el juicio a los empleados de la empresa japonesa Nippon Mining Company por sus acciones en la mina Kinkaseki de Formosa durante la II Guerra Mundial, ante el Tribunal Militar británico³⁵.

Ramasastry considera que el Tribunal sostuvo que la competencia que la compañía minera era legalmente responsable por la muerte, injurias y sufrimiento de los prisioneros de guerra. Así, su culpabilidad se basó más sobre su responsabilidad como miembros de la empresa minera que como individuos privados involucrados en violaciones de derechos humanos.

Estos razonamientos de los tribunales han hecho concluir a cierto sector de la doctrina, que las normas de derecho internacional humanitario y de derechos humanos son también aplicables a las empresas, en tanto en cuanto las empresas pueden violar el Derecho internacional.³⁶

La posibilidad de incluir a las empresas en el ámbito jurisdiccional personal de un posible tribunal penal internacional se planteó inmediatamente después de la II Guerra Mundial. La Comisión de Derecho Internacional incluyó este tema en su discusión a principios de los años cincuenta, si bien lo descartó por ser demasiado novedoso y por el riesgo que implicaba el gran desacuerdo que podría generar, unidos a un cierto miedo a que la criminalización de personas jurídicas pudiera derivar en castigos colectivos.³⁷

Esta posibilidad se volvió a plantear durante el proceso de redacción del Estatuto de la actual Corte Penal Internacional, y de nuevo fue desestimada. Aunque el nuevo fracaso no ha desanimado a parte de la doctrina a continuar desarrollando esta posibilidad, que contemplan como una cuestión de tiempo y mayor elaboración científica.

Por último, hay que señalar que recientemente se han vuelto a abrir algunos litigios en el que estaban involucradas en la expoliación de los bienes de los judíos y en la explotación de prisioneros de guerra. Son los casos conocidos como la “litigación del Holocausto”.³⁸

2.- REGULACIÓN ACTUAL DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL INDIVIDUO.

Un signo característico de la evolución del Derecho de la responsabilidad internacional es la tendencia a reconocer, junto a los Estados, a otros sujetos, activos y pasivos, de responsabilidad, y ello en la medida de su reconocimiento como sujetos del Derecho Internacional.

Si bien el derecho internacional nació como el derecho que regula las relaciones entre Estados, más tarde resultó imposible desconocer al

individuo como titular de derechos y obligaciones internacionales, en especial, ante Tribunales Penales Internacionales.

Algunos autores ya señalan como antecedentes de exigencia de responsabilidad individual por violaciones de las leyes “internacionales” de la guerra ya en el año 405 a.C., tras la destrucción de la flota ateniense en Aegospotamos.³⁹

Más cercano en el tiempo, puede identificarse como embrión del actual principio de la responsabilidad internacional del individuo el caso de Conraid von Hohenstaufen que en 1268 fue juzgado y condenado a muerte por la iniciación de una “guerra injusta”.⁴⁰

En el año 1474, se registró el que suele considerarse como verdadero primer antecedente de una exigencia de responsabilidad individual de carácter “internacional”: Landvogt Peter Von Hagenbach, puesto al mando del gobierno de la ciudad fortificada de Breisach por el Duque de Borgoña, instauró un régimen de arbitrariedad, brutalidad y terror en el que fueron comunes los homicidios, las violaciones, la imposición ilegal de impuestos y la confiscación arbitraria de la propiedad privada, actos que alcanzaron también a los habitantes de los territorios vecinos, así como a mercaderes suizos en su camino a Francfort. Una gran coalición conformada por Austria, Francia, Berna y las ciudades y caballeros del Alto Rin combatieron al Duque de Borgoña, sitiando la ciudad de Breisach y derrotaron a Von Hagenbach. Ya un año antes de la Batalla de Nancy, en la que moriría el Duque de Borgoña, el Archiduque de Austria, bajo cuya autoridad se capturó a Hagenbach, ordenó su proceso, para cuya realización, en vez de remitirse a un tribunal ordinario, se creó un Tribunal *ad hoc* conformado por 28 jueces de la coalición aliada de Estados y ciudades. En este juicio, un representante del Archiduque que actuaba como demandante, declaró que von Hagenbach había “*pisoteado las leyes de Dios y del hombre*”, mientras que la defensa se escudó en el acatamiento de las órdenes dictadas por el propio Duque de Borgoña. El tribunal, finalmente, halló culpable al acusado y von Hagenbach, privado de su grado de caballero y de los privilegios que éste le otorgaba, fue ejecutado.⁴¹

A pesar de importantes hitos anteriores a la Gran Guerra como fueron, por ejemplo, los “*Articles of Military Laws To Be Observed In Wars*”, el proceso contra el Conde Rosen de 1689, los procedimientos contra el capitán Nathan Hale y del mayor John Andre, en la revolución norteamericana, el Código Lieber, el juicio contra el Mayor Henry Wirz⁴² en la guerra civil norteamericana, o la conocida como “cláusula

Martens”, son los artículos 227 a 230 del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 los que pueden considerarse como punto básico en el proceso mencionado.

No obstante, hay que hacer mención especial como antecedente de primera propuesta de creación de un tribunal la que realizó hace más de un siglo, en 1872, *Gustave Moynier* uno de los fundadores y, durante mucho tiempo, presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja. En él se habló de principios tan adelantados a su época como la jurisdicción exclusiva del Tribunal Internacional para el juzgamiento de infracciones al Derecho Humanitario o el de la indemnización de las víctimas que aún hoy constituyen puntos medulares de los tribunales internacionales en funcionamiento.

Dicha propuesta no tuvo una aplicación práctica, y es por ello que se considere que el primer intento de responsabilizar internacionalmente a un individuo por crímenes internacionales, se produce tras el fin de la Primera Guerra Mundial. Una vez concluido el conflicto, se celebra el Tratado de Versalles, el 29 de junio de 1919, con el propósito de sentar las bases de convivencia para los próximos años y sellar la paz definitiva entre los países involucrados. Y son necesarios hacer mención a los artículos 227 a 230.⁴³

Es sin duda, la primera norma internacional que afirma la responsabilidad internacional del individuo, así como el primer intento de crear un Tribunal ad hoc a efectos de juzgar un criminal internacional. Nos referimos al intento de juzgar al Kaiser Guillermo II.

No obstante, este intento acabó siendo un fracaso, ya que el káiser huye a Holanda y consigue el estatuto de asilado político. Este país rehúsa conceder la extradición por considerar que no se había vulnerado ninguna norma de Derecho Internacional vigente en el momento.⁴⁴

Así, a punto de concluir la Segunda Guerra Mundial, y para enjuiciar a los responsables de los que, de modo genérico, se llamaron crímenes de guerra, se concertó en Londres el 8 de agosto de 1945, entre los gobiernos de los Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y la URSS, un Estatuto que incorporaba una Carta del Tribunal Militar Internacional⁴⁵ encargado de juzgar aquellos delitos, los cuales venían a agruparse en cuatro categorías: 1) crímenes contra la paz⁴⁶; 2) crímenes de guerra en sentido estricto⁴⁷; 3) crímenes contra la humanidad⁴⁸; 4) conspiración y complot⁴⁹.

Este Tratado de Londres, en su artículo 1 a 6, siguiendo el modelo establecido en el Tratado de Versalles de 1919, en la Declaración de Moscú

de 1943 y en la Capitulación Alemana del 8 de mayo de 1945, estableció dos procedimientos distintos para el juzgamiento de los criminales internacionales de la Segunda Guerra Mundial, dependiendo de su rango o grado militar.

Un sistema análogo se siguió en relación con los principales criminales de guerra nipones, al crearse, mediante una proclama dictada el 19 de enero de 1946 por el Jefe Supremo de las fuerzas de ocupación en el Japón, un Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, que actuaría en 1948 de acuerdo con los mismos principios que sirvieran de guía al que en 1946 dictara su fallo en Nuremberg.

Así los denominados principios de Nuremberg⁵⁰ arrancan con el principio de responsabilidad penal individual con arreglo al derecho internacional. El principio I se basa fundamentalmente en el fallo del Tribunal, según el cual **“los delitos contra el derecho internacional son cometidos por los hombres y no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo de los individuos que cometen tales delitos pueden aplicarse las disposiciones del derecho internacional”**⁵¹

El principio II afirma que **existe responsabilidad penal con arreglo al derecho internacional incluso si el derecho interno no sanciona un acto que constituye delito de derecho internacional**. Este principio se considera un corolario del principio I. La idea contenida en el principio II ya se había plasmado en el artículo 6 c) del Estatuto de Nuremberg con respecto a los delitos contra la humanidad, definidos como ciertas categorías de actos, independientemente de que éstos “constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron”. En su fallo, el Tribunal afirmó que “la esencia misma del Estatuto es que los individuos tienen deberes internacionales que trascienden las obligaciones nacionales de obediencia impuestas por cada uno de los Estados”.⁵²

El principio III afirma **la denegación de la inmunidad a toda persona que haya actuado “como Jefe de Estado o funcionario a cargo de departamentos del Gobierno”**. Este principio se basa en el artículo 7 del Estatuto del Tribunal. El Tribunal también reafirmó la abolición de la doctrina de “acto de Estado”: “El principio de derecho internacional que, en ciertas circunstancias, protege a los representantes de un Estado no puede aplicarse a actos calificados de delitos por el derecho internacional. Los autores de estos actos no pueden escudarse detrás de su cargo oficial a fin de quedar eximidos de sanción” en determinados procesos. El Tribunal afirmó asimismo que “el que viola

las leyes de la guerra no puede obtener inmunidad por el hecho de actuar en cumplimiento de las órdenes del Estado si, al autorizar una acción, el Estado se excede de su competencia en virtud del derecho internacional”⁵³.

Conforme al principio IV, **“el hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su gobierno o de un superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción”**. Esta idea ya estaba contenida en el artículo 8 del Estatuto del Tribunal. No obstante, el contenido sustantivo de ambos textos es ligeramente distinto. En primer lugar, la Comisión añadió el elemento de la “posibilidad moral de opción” formulado en el fallo del Tribunal. En cambio, la Comisión no conservó la última frase del artículo 8 según la cual el actuar en cumplimiento de órdenes superiores podía “ser tomado en consideración para atenuar la pena” si a juicio del Tribunal la justicia así lo requería; en efecto, la Comisión estimó que la cuestión de la atenuación de la pena era algo que debía decidir el tribunal competente⁵⁴.

El derecho a un juicio imparcial está consagrado en el principio V. Este derecho ya se había definido y formulado en el capítulo 4 del Estatuto del Tribunal, titulado “Juicio imparcial para los acusados”. Según la Comisión, la expresión “juicio imparcial” debería entenderse a la luz de las disposiciones del Estatuto del Tribunal⁵⁵.

En el principio VI **se codifican las tres categorías de delitos previstos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad)**. Los delitos contra la paz están definidos en el principio VI a) como “planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)”. Ni en el Estatuto ni en las sentencias del Tribunal figura una definición de “guerra de agresión”. El Tribunal estimó que ciertos acusados habían “planeado y hecho guerras de agresión” contra 12 naciones y “eran por lo tanto culpables de esta serie de delitos”. Así pues, según el Tribunal “esto hacía innecesario discutir el tema con mayor detalle o considerar con ningún detenimiento hasta qué punto estas guerras de agresión eran también ‘guerras que violaban tratados, acuerdos o garantías internacionales’”.⁵⁶

Tras el fallo del Tribunal, la Comisión, en sus observaciones, hizo hincapié en que una guerra de agresión sólo podía ser cometida por personal militar de rango elevado y altos cargos gubernamentales⁵⁷. En cuanto a los delitos de guerra, el principio VI b) retoma el texto del artículo 6 b) del Estatuto del Tribunal, incluida la descripción de los delitos de guerra como “violaciones de las leyes o usos de la guerra”. Con respecto a los delitos contra la humanidad, el texto del principio VI c) también sigue de cerca la formulación que figura en el Estatuto del Tribunal (art. 6 c)), proscribiendo únicamente los delitos contra la humanidad “cometidos al perpetrar un delito contra la paz o cualquier delito de guerra”. Sin embargo, la redacción es ligeramente distinta en la medida en que en el texto del principio VI c) se suprime la frase “antes de la guerra o durante la misma”. La Comisión estimó que la frase contenida en el artículo 6 se refería a una guerra particular, a saber, la guerra de 1939. No obstante, la “omisión de la frase no significa que la Comisión considere que los delitos contra la humanidad sólo puedan ser cometidos durante una guerra. Por el contrario, la Comisión opina que esos delitos pueden ser cometidos también antes de una guerra, en relación con delitos contra la paz”⁵⁸

Por último, el principio VII reza que **“la complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad de los enunciados en el principio VI constituye asimismo delito de derecho internacional”**. De las observaciones de la Comisión no se desprende claramente qué formas de responsabilidad entrañaba entonces la “complicidad”⁵⁹. El Estatuto del Tribunal Militar Internacional, en el artículo 6 c), prevé que “aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración [...] serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”. Esto se complementaba —en lo relativo a los delitos contra la paz únicamente— con el artículo 6 a), con arreglo al cual existía responsabilidad por “participar en planes comunes o en una conspiración para [perpetrar crímenes contra la paz]”.⁶⁰

Estos principios que sirvieron de soporte fueron confirmados por la resolución 95 (I) de la Asamblea General, aprobada el 11 de diciembre de 1946 por iniciativa de la delegación de los Estados Unidos a raíz del fallo dictado, el 1º de octubre de 1946, por el Tribunal Militar Internacional reunido en Nuremberg que sentenció a muerte a 12 acusados nacionalsocialistas a penas de prisión de diez años a cadena perpetua.

Al “confirmar” esos principios, la Asamblea General (entonces integrada por 55 Estados Miembros) se proponía claramente expresar su aprobación y apoyo de los conceptos generales y estructuras jurídicas del derecho penal que podían derivarse del Estatuto del Tribunal y que dicho Tribunal había establecido de forma explícita o implícita. En términos legislativos, esta aprobación y ese apoyo significaban que la comunidad mundial había puesto en marcha enérgicamente el proceso encaminado a convertir esos principios en principios generales de derecho consuetudinario con carácter vinculante para los Estados miembros de toda la comunidad internacional.⁶¹

En esa misma resolución, la Asamblea General también dio instrucciones al Comité sobre el Desarrollo Progresivo del Derecho Internacional y su Codificación — establecido con arreglo a la resolución 94 (I) de la Asamblea— para que tratase como un asunto de importancia primordial los planes para la formulación, en el contexto de una codificación general de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad o de un código criminal internacional, de los principios reconocidos en el Estatuto y en las sentencias del Tribunal de Nuremberg.

Posteriormente a la resolución 95 (I), la Asamblea General aprobó la resolución 177 (II) de 21 de noviembre de 1947, en la que la Asamblea encargó a la recién creada Comisión de Derecho Internacional (“la Comisión”) —establecida con arreglo a la resolución 174 (II)— que formulara esos principios y preparara un proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (“el proyecto de código”).

La Comisión nombró al Sr. Jean Spiropoulos Relator Especial con la misión de reformular el texto aprobado por el subcomité y de presentar un informe a la Comisión. En el informe que presentó a la Comisión (A/CN.4/22), el Relator Especial hizo una distinción entre i) los principios *stricto sensu* (que incluían la responsabilidad de los cómplices, la supremacía del derecho internacional sobre el inestable derecho interno, la denegación de la inmunidad a las personas que actuasen a título oficial, la prohibición de la defensa basada en el cumplimiento de órdenes superiores, y el derecho a un juicio imparcial) y ii) los delitos (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad). Sin embargo, esta distinción fue luego eliminada por la Comisión que aprobó los principios de Nuremberg en 1950.⁶²

Tras la presentación del texto aprobado por la Comisión, la Asamblea General no aprobó formalmente los principios de Nuremberg en la forma en que habían sido formulados. Se limitó a invitar a los Estados

Miembros a que presentaran observaciones al respecto (resolución 488 (V) de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1950). Además, se pidió a la Comisión que tomara en cuenta las observaciones de los gobiernos y sus delegaciones acerca de la preparación del proyecto de código.

Los principios de Nuremberg no se siguieron afinando. El proyecto de código, aprobado por la Comisión en 1954, tuvo un destino similar. En su resolución 897 (IX) de 4 de diciembre de 1954, la Asamblea General, considerando que el proyecto de código suscitaba problemas íntimamente relacionados con la definición de agresión, decidió aplazar el examen del proyecto de código hasta que la nueva Comisión Especial para la Cuestión de la Definición de la Agresión hubiese presentado su informe. La Asamblea General no volvió a examinar la cuestión hasta 1978.

El 10 de diciembre de 1981, la Asamblea General aprobó la resolución 36/106, en la que invitó a la Comisión a que reanudara su labor relativa al proyecto de código. En 1996, los trabajos de la Comisión tuvieron como resultado su aprobación del “proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad”,⁶³ restringiendo la relación de supuestos que integran el ámbito de aplicación *ratione materiae* de dicho proyecto a la agresión, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, con los añadidos de los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado.⁶⁴

El ámbito de aplicación *ratione materiae* del proyecto de Código viene a corresponderse con la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto fue adoptado y abierto a la firma en Roma el 17 de julio de 1998, entrando en vigor el 1 de julio de 2002.⁶⁵

Por otra parte, se ha llegado a tomar en el seno de las Naciones Unidas la iniciativa de crear tribunales penales internacionales *ad hoc* encargados de juzgar conductas individuales que constituyan violaciones graves y flagrantes de principios y reglas internacionales de carácter taxativo.

En primer lugar en 1993, el Consejo de Seguridad, mediante sus Resoluciones 808, de 22 de febrero de 1993, y 827 de 25 de mayo de 1993, decidió crear, con carácter excepcional y no permanente, el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la exYugoslavia.

Posteriormente, el Consejo de seguridad, en virtud de su Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, procedió a crear un segundo tribunal *ad hoc*, el Tribunal Internacional para Rwanda.

En la intención de exigir la responsabilidad penal del individuo, también se han creado tribunales especiales. Así, en virtud del mandato otorgado por la Resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000 el secretario General de las Naciones Unidas se concluye un acuerdo con Sierra Leona para la creación de un Tribunal con el fin de enjuiciar la responsabilidad por las infracciones graves del Derecho internacional humanitario y del ordenamiento de la propia Sierra Leona cometidos en su territorio a partir del 30 de noviembre de 1996.

En el mismo sentido, el 17 de marzo de 2003 Camboya y las Naciones Unidas han llegado a un principio de acuerdo para la creación de un Tribunal nacional con participación de magistrados y fiscales internacionales para enjuiciar por la violaciones de derechos humanos cometidas entre 1975 y 1979 a los dirigentes de los jemeres rojos.

Por último, no hay que olvidar la asistencia jurídica internacional que desde 1999 prestan la Misión de administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (UNMIK), CREADA POR LA Resolución del Consejo de seguridad 1244, de 10 de junio de 1999, y la administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET), establecida por la Resolución del Consejo de seguridad 1410, de 17 de mayo de 2002.⁶⁶

En otro orden de cosas, hay que hacer constar que desde 1946, los principios de Nuremberg se han reafirmado y desarrollado en los estatutos de los tribunales penales internacionales y en la jurisprudencia internacional y nacional. Hoy en día se consideran generalmente una parte representativa del derecho internacional consuetudinario. El derecho a un juicio imparcial (principio V) está plasmado en todos los instrumentos internacionales en que se basan los tribunales penales internacionales (véanse el artículo 21 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁶⁷, el artículo 20 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Rwanda⁶⁸ y el artículo 67 del Estatuto de la Corte Penal Internacional) y figuran asimismo en numerosos tratados de derechos humanos (véanse el artículo 14, párrafo 1, y 26) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), así como en la jurisprudencia nacional e internacional.

En consecuencia, el derecho a un juicio imparcial tiene inequívocamente carácter de derecho internacional consuetudinario. Podría incluso aducirse que, dado el reconocimiento general por parte de todos los Estados y los tribunales internacionales de su crucial importancia y de la inadmisibilidad de su eventual derogación u omisión por los Estados y tribunales nacionales e internacionales, ese derecho ha adquirido el rango de *ius cogens*.

En contraste, los demás principios, al constituir simplemente una parte del derecho internacional consuetudinario, pueden ser derogados en virtud de tratados.⁶⁹

Además, desde las normas bastante “arcaicas” de Nuremberg sobre la participación en comportamientos delictivos⁷⁰ los principios relativos a las distintas formas de responsabilidad penal internacional se han desarrollado considerablemente. Las definiciones de los delitos también han evolucionado desde Nuremberg. Por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad ahora incluyen explícitamente el elemento de “ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). El Estatuto de la Corte también contiene cuatro nuevas categorías de actos punibles como crímenes de lesa humanidad: la tortura (artículo 7, párrafo 1 f)), los delitos sexuales (artículo 7, párrafo 1 g)), la desaparición forzada de personas (artículo 7 1) i)) y el crimen de *apartheid* (artículo 7, párrafo 1 j)).

Por último, en 1948, la Asamblea General aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en la que confirmó el genocidio como delito en virtud del derecho internacional. El genocidio también está abarcado en los estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, del Tribunal Penal Internacional para Rwanda y de la Corte Penal Internacional (artículos 4, 2 y 6 respectivamente). A la luz de la aprobación de un conjunto tan importante de disposiciones de tratados o de índole similar en las que se prohíbe y castiga el genocidio, así como de la jurisprudencia conexa, puede decirse actualmente sin lugar a dudas que el genocidio es un delito proscrito por el derecho internacional consuetudinario.

No se puede acabar este estudio, sin hacer mención al derecho interno español. Así, en el Derecho español, y aparte de las disposiciones específicas del Código Penal Militar, el Código Penal aprobado en 1995 incluye en el Título XXIV del Libro Segundo (“Delitos contra la Comunidad internacional), un capítulo sobre los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (artículos

608 a 614), novedad legislativa que consagra la tipificación interna de los actos considerados en el plano internacional, convencional y consuetudinario, como infracciones graves de las normas del Derecho internacional humanitario. Con posterioridad, en 2003, se introdujeron algunas modificaciones en dicho Título para incorporar nuevos tipos penales en ese capítulo sobre las personas y bienes protegidos, en caso de conflicto armado y para incorporar un nuevo capítulo relativo a los delitos de lesa humanidad.

En el ámbito castrense, hay que acudir, como ya hemos mencionado al Código Penal Militar, aprobado por la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre. En el Libro II, Título II, que lleva por rúbrica “Delitos contra las leyes y usos de la guerra” (artículos 69 a 78), se castigan una serie de conductas que pudieran ser cometidas por los militares, que contravienen el derecho internacional humanitario (maltrato de obra a un enemigo rendido, lesiones graves, el empleo u ordene el empleo de medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños superfluos, entre otros).

Es por ello, que en el ámbito de las Fuerzas armadas existe un compromiso moral y legal, para evitar este tipo de actos en el seno de la Institución.

3.- DERECHO COMPARADO

3.1.- REGULACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Uno de los problemas más arduos y complejos con los que tiene que enfrentarse el derecho penal económico moderno es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en concreto, la de las sociedades mercantiles, sobre todo en aquellos ordenamientos que reconocen constitucionalmente el principio de culpabilidad.⁷¹

Los primeros análisis en relación con esta problemática se llevan a cabo en el derecho civil. Nada impide el reconocimiento de la responsabilidad civil en la equiparación con las personas físicas.

En tal contexto, el Derecho Penal que tradicional y comúnmente recae sobre las personas físicas ha sido complementado en un gran número de países industrializados con un Derecho Penal que se orienta a castigar con sanciones punitivas a las personas jurídicas.⁷²

Entre estos países podemos mencionar a Gran Bretaña, Dinamarca, Holanda, Francia, Portugal, Estados Unidos, Finlandia, Japón y Noruega, aunque Alemania e Italia sólo se aplican sanciones económicas contra las personas jurídicas y en similar línea, países como España, Bélgica, Grecia, Austria, y Canadá.⁷³

Por tanto, generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, generalmente, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, generalmente, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad –por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, España.⁷⁴

Los legisladores nacionales han seguido, en atención a los casos y a las bases tradicionales del derecho penal nacional respectivo, cinco modelos diferentes:

- responsabilidad civil (subsidiaria o cumulativa) de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus empleados;
- medidas de seguridad que forman parte del sistema moderno del derecho penal, sin olvidar su procedencia del derecho administrativo e incluso de policía;
- sanciones administrativas (financieras y otras) impuestas por autoridades administrativas, pero profundamente reformadas recientemente en algunos países en diversos aspectos para, finalmente, formar un régimen « casi penal »;
- verdadera responsabilidad criminal, introducida de nuevo en Europa por los Estados mencionados anteriormente, también admitida en Australia, América del Norte y Japón, sin desatender en el ámbito del derecho, las diferencias de hecho que existen entre autor físico y persona jurídica;
- medidas mixtas, de carácter penal, administrativo o civil, tales como la disolución de la agrupación o su colocación bajo curatela.⁷⁵

Por otra parte se ha de señalar que los criterios seguidos en Holanda, como en otros países de la Unión Europea, incluyendo el derecho anglosajón, empezaron a abandonar la teoría de la ficción, algunos con mayor avance que otros. Así se ha de distinguir⁷⁶:

1.- La teoría funcional, seguida por el derecho anglosajón (norteamericano), en que una persona puede ser responsable de los hechos realizados por otro, hablándose por ello de dolo o de culpa funcional y no individual; lo que depende de la posición y de las funciones que tiene la persona en una empresa. Se admite, por tanto, la responsabilidad de la persona jurídica (empresa) por omisión y negligencia.

2.- El criterio del derecho inglés, en el que se acepta la responsabilidad de la persona jurídica, pero se la vincula sólo a las cabezas de las personas jurídicas, más no con relación a empleados menores; se trata, por tanto, de un criterio más limitado que el del derecho norteamericano.

3.- De acuerdo con el modelo alemán⁷⁷, la responsabilidad de las personas jurídicas responde a un sistema estructurado a modo de parte general en la Ley Federal de Contravenciones (OwiG), donde se establecen los presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas colectivas por los hechos de sus agentes, siguiendo un esquema cerrado y complejo. La legislación alemana consagra sobre este particular el principio de oportunidad, conforme al cual en numerosos casos la causa se persigue solamente contra la persona colectiva, dejándose a un lado la posibilidad de sancionar al individuo infractor a consecuencia de una decisión tomada por la autoridad administrativa.

4.- El de Holanda que, si bien sigue la tradición jurídica napoleónica, ha recibido una fuerte influencia del derecho norteamericano, por lo que se acepta la “teoría de la responsabilidad funcional”. Conforme a ella, un jefe puede responder penalmente por actos u omisiones de sus empleados, y desde hace más de cincuenta años acepta dos principios: *societas delinquere potest y puniti potest*. En los años sesenta se opta la responsabilidad penal de las personas jurídicas para todos los delitos y crímenes. Sin embargo, no se trata de una “responsabilidad puramente objetiva”, sino que tiene también un aspecto moral o material y, además, siempre tiene que estudiarse la responsabilidad de las personas físicas.

Por ello, se pueden distinguir dos grandes grupos de países: de un lado, aquellos países que, como Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos, Finlandia y Holanda, conciben las sanciones a las organizaciones como respuesta a un injusto criminal propiamente dicho. La noción de

culpabilidad, en su fundamento, no es de índole ética, sino más bien normativo - social. La base de un concepto normativo-social, no ético, de culpabilidad. De otro lado, se encuentran aquellos países que, como Suiza o Suecia, tratan de establecer la responsabilidad de las empresas sobre la base de un “derecho de medidas de seguridad peculiar”.⁷⁸

3.1.1. MODELO HOLANDÉS

Hasta hace poco tiempo Holanda era el único país del continente europeo que disponía de una responsabilidad penal general para las personas jurídicas. A pesar del origen napoleónico del Derecho penal holandés y de una tradición jurídica y dogmática continental, Holanda, en cuanto especie de enclave anglosajón, ha optado por el aforismo «societas/universitas delinquere et punire potest». Las personas jurídicas no sólo se ha considerado que están en disposición de cometer infracciones (la persona jurídica en cuanto autor), sino que también pueden ser procesadas y sancionadas en el ámbito penal.⁷⁹

Se ha optado por considerar a las personas jurídicas, ocupa un lugar fundamental, y por tanto generador de derechos y obligaciones, incluyendo la responsabilidad penal.

Precisamente porque Holanda ha franqueado ya este paso hace varios decenios en el marco de una tradición dogmática continental, el modelo jurídico de la responsabilidad penal en este país y su contenido jurisprudencial constituyen una preciosa fuente para el resto de países europeos y para los ejercicios de armonización en el cuadro de la integración regional europea.

En el curso del siglo precedente ya se había previsto la punibilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal fiscal y aduanero.⁸⁰

Esta perspectiva se ha limitado, sin embargo, al Derecho penal especial en materia fiscal y aduanera, aunque se tiene como punto de partida el Código penal en su versión original de 1886 el principio «Societas/universitas delinquere non potest». El artículo 342 (quiebra simple) preveía una responsabilidad respecto a las Personas jurídicas o a los miembros del consejo de administración/gestión, pero el Ministerio público debía probar que les incumbía una culpa personal en el marco de la infracción.

Entre las dos guerras, la jurisprudencia había elaborado también la teoría de la responsabilidad funcional (vicarious liability). La figura del ‘hacer cometer’ no se ha desarrollado en Holanda; ha sido la

espiritualización de la cualidad de autor, que culmina en la cualidad funcional de autor, la que ha ofrecido una solución a los problemas planteados.⁸¹ En 1933, el Tribunal Supremo aceptó que el jefe de una imprenta sea penalmente responsable de la impresión de documentos ilícitos. Con esta construcción se puede evitar que toda clase de personas activas en el seno de la empresa estén expuestas a una responsabilidad penal. En el mismo sentido, el arquitecto o el constructor, y no el obrero, pueden ser penalmente responsables por la vía de la responsabilidad funcional.

Esta responsabilidad funcional no exige que haya una acción personal por parte del responsable. La actividad de la persona que comete la acción (el autor directo) se considera manifestación de la responsabilidad funcional del autor indirecto.

La primera mitad de este siglo se ha caracterizado en Holanda, igualmente, por una importante intervención estatal en el seno de la vida socio-económica, paralelamente al desarrollo del Estado social. Después de la crisis de finales de los años veinte y de la economía de guerra, se ha sentido la necesidad de someter la vida económica a obligaciones de Derecho público y de Derecho penal. A principios de los años cincuenta entró en vigor la «Wet op de Economische Delicten» (WED). La WED es una ley marco orientada a la sanción de los delitos económicos.

La WED es una ley marco, a la que se han añadido actualmente más de 100 leyes del ámbito socio-económico. Se trata de legislaciones en materia de agricultura, pesca, productos alimenticios, medio ambiente, etc. Con la introducción de la WED en 1950, entró en vigor el importante artículo 15:

“1. Si se comete un delito económico por o en el nombre de una persona jurídica, de una sociedad, de cualquier otra asociación de personas o de una fundación, se emprenderán las acciones judiciales y se impondrán las penas y medidas, bien contra las personas jurídicas, la sociedad, la asociación o la fundación, bien contra los que han dado la orden o han dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión, bien contra ambos.

2. Un delito económico se comete por o en el nombre de una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, entre otros supuestos, cuando se comete por personas que, sea en razón de un servicio remunerado, sea por otras razones, actúan en la esfera de la persona jurídica, la sociedad, la asociación o la fundación, independientemente del hecho de que estas personas hayan

cometido individualmente cada uno un delito económico o que integren conjuntamente los elementos del delito.

3. Si las acciones judiciales se dirigen contra una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, éstas estarán representadas en el curso de las acciones por el administrador y, si hay varios, por uno de ellos. El representante puede comparecer mediante abogado. El tribunal puede ordenar la comparecencia personal de un administrador determinado; puede entonces extender un auto de comparecencia.

4. Si las acciones judiciales se dirigen contra una persona jurídica, una sociedad, una asociación de personas o una fundación, se aplicará el artículo 538, apartado 2., del Código procesal penal.⁸²

En 1965 se da el primer paso prudente en el Derecho penal común con la introducción, en el Código penal, del artículo 50a: “Por disposición legal, como consecuencia de una infracción, cometida por o en nombre de una persona jurídica, una sociedad, cualquier otra asociación de personas o una..., puede establecerse una pena contra los administradores, miembros del consejo de administración o comisarios, así como contra los que han dado la orden o han dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión”.⁸³

. El artículo 50 a) reconoce, en caso de infracciones de Derecho común, la cualidad de autor de la persona jurídica (*societas delinquere potest*), pero no su punibilidad (*sed non punire potest*). El artículo 50 a) presupone que el miembro del consejo de administración haya ordenado la comisión de la infracción o al menos la haya dirigido.

Está claro que de ningún modo puede hablarse aquí de una responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma (*societas punire potest*). Cuando un atentado a una disposición legal se cometa por o en el nombre de una corporación, puede establecerse una pena contra los administradores o contra los que hayan dado la orden o hayan dirigido efectivamente el acto ilícito o la omisión.⁸⁴

La responsabilidad penal de la persona jurídica no aparece hasta 1976, con la introducción del artículo 51 del Código penal, que parte del principio de que todas las infracciones pueden ser cometidas por personas jurídicas.

De hecho, combinando el Código penal y la WED, a la persona

jurídica pueden infligirse las siguientes sanciones en caso de comisión de delitos económicos: multa, embargo, publicación de la condena, comiso, indemnización, inmovilización parcial o total de las actividades de la empresa (el Derecho civil prevé también la liquidación de la empresa), la orden de cesar/ejecutar el acto ilícito/la omisión.

Desde la introducción, en 1976, del artículo 51 en el Código penal, las personas jurídicas son penalmente responsables, cualquiera que sea la infracción, incluido el fallecimiento por culpa.⁸⁵ Todas las garantías jurídicas previstas para el acusado por el Código procesal penal y por el artículo 6 de la Convención europea de los Derechos del hombre se aplican a la persona jurídica acusada.

El artículo 51 se caracteriza igualmente por el hecho de que junto a la responsabilidad de la persona jurídica, es igualmente posible la responsabilidad de los dirigentes de hecho o de quienes toman las decisiones.

3.1.2.- MODELO FRANCÉS

El Código Penal de 1810 ignoraba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se afirmaba que *societas delinquere non potest*. La responsabilidad penal era sólo personal o, si se prefiere, individual. Y durante todo el siglo XIX ni la doctrina ni la jurisprudencia prestaron atención alguna a la idea de que un ente jurídico pudiera ser penado.⁸⁶

En Francia, la mayoría de la doctrina es partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que sin duda ha influido en la decisión de los autores del Código Penal de 1 de marzo de 1994. Así el artículo 121-2 del Código Penal consagra esta responsabilidad, señalando que:

«Las personas jurídicas, excepto el Estado, son responsables conforme a las disposiciones de los artículos 121-4 a 121-7» (sobre la tentativa y la complicidad) y en los casos previstos por las leyes o reglamentos, de las infracciones cometidas por cuenta de aquéllas por sus órganos o representantes.

No obstante, los entes territoriales y sus entidades de derecho público son responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de

actividades públicas susceptibles de gestión por parte de los particulares□.

*La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos».*⁸⁷

La doctrina es mayoritariamente favorable a la tesis de la responsabilidad por reflejo. H. Donnebieu de Vabres consideraba que la persona jurídica puede ser imputada en merced del “*substratum*” de un individuo que la representa y que comete la infracción en su lugar.⁸⁸ Expresaba así su famosa teoría del *substratum* humano, que daba a entender que es en el individuo donde hay que apreciar el dolo o la imprudencia.

Más claramente hoy en día, MM. R. Merle y A. Vitu señalan que para que la persona jurídica sea responsable «*es necesario que se establezcan sobre la persona física todos los elementos materiales o intelectuales de la responsabilidad*»⁸⁹.

Igualmente claros, MM. F. Desportes y F. Le Gunehec afirman que “una sociedad no puede cometer un robo o un acto de terrorismo, pero, bajo ciertas condiciones, tales infracciones cometidas por personas físicas le podrán ser imputadas. Los elementos constitutivos de estas infracciones, tanto materiales como intelectuales, deberán constatarse en una persona física, y no en la persona jurídica. En particular, los tribunales no tendrán que plantearse, tratándose de infracciones dolosas, si la persona jurídica ha «querido» cometer la infracción o, tratándose de infracciones imprudentes, si la persona jurídica ha «cometido una imprudencia», pues carecen de sentido estas preguntas”.⁹⁰

3.1.3.- MODELO ANGLO-AMERICANO.

Históricamente hay una neta diferencia entre el enfoque anglosajón y el enfoque continental francés. El enfoque anglosajón reconoce, desde el inicio de este siglo, que las personas jurídicas pueden considerarse responsables en el ámbito penal, desde una perspectiva funcional (*vicarious liability*), por los actos o la omisión de sus empleados. El modelo continental francés parte, sin embargo, no de la culpa funcional sino de la culpa individual y establece consecuentemente que las sanciones criminales no pueden imponerse más que a las personas físicas que actúan en el seno de la persona jurídica y no a la persona jurídica misma.⁹¹

En el seno de la tradición anglosajona es donde más se acentúa esta evolución. Enfrentado a la industrialización, el juez, en Estados Unidos, siguió la doctrina inglesa que reconocía que la persona jurídica

podía ser condenada en el ámbito penal por infracciones en las que no debía probarse ninguna intención. Esta doctrina, generalmente admitida a finales del siglo XIX en Estados Unidos y en el Reino Unido, se modificó a principios del siglo XX en Estados Unidos con la introducción de infracciones «mens rea» (con intención) en el seno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con el abandono de la teoría del órgano. Esto último implica que no solamente los actos o la omisión de los órganos de la persona jurídica sino también los de no importa qué persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica pueden implicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Partiendo de este punto de vista, Estados Unidos y Gran Bretaña van a seguir vías diferentes; se pone de relieve a este respecto que en Gran Bretaña se sigue insistiendo en la teoría limitada del «alter ego» o teoría del órgano. En el marco de la responsabilidad por infracciones «meas rea», sólo los actos o la omisión en la gestión («the corporation's brain») pueden conducir a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por otra parte, la amplia responsabilidad penal en Estados Unidos descansa en una decisión jurisprudencial, una decisión del Tribunal Supremo, que data de 1909⁹².

El Tribunal Supremo creó de este modo un principio básico para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha llegado a ser el fundamento de muchas incriminaciones legales en Estados Unidos.

En 1970, el Tribunal Supremo abordó de manera específica la responsabilidad en caso de omisión del personal subalterno: "In providing sanctions which reach and touch the individuals who execute the corporate mission (...) the Federal Food, Drug and Cosmetics Act imposes not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur. The requirement of foresight and vigilance imposed on responsible corporate agents are beyond question demanding, and perhaps onerous, but they are no more stringent than the public has a right to expect of those who voluntarily assume positions of authority in business enterprises (...)"⁹³.

Ha sido sobre todo en el curso de estos últimos años cuando la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha extendido también a las conductas negligentes, sobre todo en el ámbito bancario y financiero.⁹⁴

3.2.- REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Los relevantes juristas que elaboraron los denominados Principios de Princeton sobre Jurisdicción Universal, la definen como la jurisdicción criminal basada únicamente en la naturaleza del delito, sin tener en cuenta donde fue cometido, la nacionalidad de la víctima o cualquier otra conexión con el Estado que ejercita la jurisdicción.

Estos mismos Juristas señalan que la jurisdicción universal puede ser ejercida por los Tribunales competentes de cualquier Estado, cuando se trata de enjuiciar a una persona acusada de cometer determinados delitos graves de Derecho Internacional, como el genocidio, la tortura o los crímenes contra la humanidad, conforme a lo establecido en los Tratados internacionales.⁹⁵

Conforme se entiende habitualmente en el Derecho Internacional, el principio de jurisdicción universal otorga a cualquier Estado jurisdicción sobre determinadas ofensas graves a los intereses de la Comunidad Internacional, sea cual sea el lugar donde se haya cometido el crimen y sea cual sea la nacionalidad de la víctima y de su agresor.

La Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas del 3 de diciembre de 1973 proclamó una serie de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, que acogen el criterio del establecimiento de una Justicia Universal para la persecución de estos delitos.

En el Derecho comparado se observa que este principio se ha asumido en la legislación interna de numerosos Estados, que establecen legalmente que sus Tribunales ejercerán jurisdicción universal sobre estos crímenes contra la humanidad. Así ocurre por ejemplo en la legislación española (art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial), en la de Alemania (parágrafo 6 del Código Penal),

en Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999), en Francia (art. 689 del Código de Procedimiento Penal), en Portugal (art. 5 del Código Penal), o en Italia (art. 7.5 del Código Penal).

Fuera de Europa pueden citarse en América, Perú (art. 2.5 del Código Penal), Brasil (art. 7.I.d del Código Penal) o Canadá (art. 7.3.71 del Código Penal), entre otras, y en África, Costa de Marfil (art. 137 del Código Penal).⁹⁶

Con carácter general, la aplicación de la jurisdicción universal, junto a cualquier otro título de jurisdicción, aparece como una obligación genérica en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados, en sus artículos 49, 50, 129 y 146, respectivamente, en lo que se formula ante todo como una obligación de perseguir y juzgar.

Sin embargo, en la mayoría de los convenios multilaterales que articulan la cooperación penal internacional, la jurisdicción universal es facultativa. No hay una referencia explícita a la jurisdicción universal, sino que se utiliza a menudo una fórmula que indica que el texto de la convención no excluye ninguna competencia penal ejercida conforme a las leyes nacionales.

Aparte del fundamento convencional, es posible sostener un fundamento consuetudinario para el ejercicio de la competencia universal en relación, no solamente con los crímenes de guerra, sino también con los crímenes contra la humanidad y el genocidio.⁹⁷

Y ello con base en numerosas resoluciones de distintas organizaciones internacionales, en los procesos de creación por el Consejo de Seguridad de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y de la CPI, y en distintas decisiones judiciales nacionales e internacionales⁹⁸

Distintos pronunciamientos doctrinales, aún con matices, parecen coincidir con este planteamiento: así es en los Principios de Princeton sobre la Jurisdicción Universal y en los Principes de Bruxelles contre l'Impunité et pour la Justice Internationale.

Un juez nacional puede, por tanto, encontrar en las normas consuetudinarias internacionales elementos de apoyo para el ejercicio de su jurisdicción, pero no debe presumirse que basten por sí solos, si no hay además disposiciones expresas en el derecho interno que –además de tipificar los delitos concretos– establezcan su jurisdicción para juzgarlos cuando se producen fuera del territorio y son cometidos por extranjeros contra extranjeros.⁹⁹

3.2.1.- JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN BÉLGICA

Consciente de su propia historia en África, Bélgica se convirtió en uno de los primeros estados en promulgar una ley relativa a la jurisdicción

universal por crímenes de guerra contra el derecho internacional en 1993.

Nos referimos a la llamada Ley de Competencia Universal¹⁰⁰, que desde 1993 permite a los tribunales del país juzgar crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos en cualquier lugar del planeta por ciudadanos de cualquier nacionalidad, que fue revisada en 1999 para perseguir las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario (incluyendo el genocidio). Esta revisión de la ley instauraba una competencia universal absoluta. Concretamente, su artículo 5 preceptuaba que “la inmunidad que confiere a una persona el desempeño de funciones oficiales no impedirá la aplicación de la presente ley”, señalándose en el artículo 7 su aplicabilidad universal y estableciendo que la competencia universal de los tribunales belgas en relación con “graves violaciones del Derecho internacional humanitario” no estaba sujeta a la presencia del acusado en territorio belga.

La amplitud de esta ley favoreció la presentación de numerosas denuncias contra militares, como el estadounidense Tommy Franks, y contra políticos, entre ellos algunos de los dirigentes más poderosos del mundo, como el presidente estadounidense George W. Bush o el primer ministro israelí Ariel Sharon, lo que provocó la reacción airada de sus países.

La legislación belga sobre jurisdicción universal de 1993, 1999 y 2003 simplemente formaliza y codifica en el cuerpo legislativo nacional belga lo que se espera de cada uno de los estados firmantes de las Convenciones de Ginebra: procesar o extraditar a cualquiera que sea culpable de los crímenes más abyectos contra la Humanidad. Para actos de tortura, Crímenes de Guerra (por ejemplo, cualquier violación grave de las Convenciones de Ginebra) y Crímenes contra la Humanidad, la jurisdicción para juzgar no es simplemente territorial, sino universal.¹⁰¹

La ley fue derogada en 2003 y sustituida por la ley de 5 de agosto de 2003 relativa a las violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario, de un alcance más limitado. De hecho, en virtud de esta ley, solo se pueden iniciar acciones legales si el denunciante es belga (o residente en Bélgica), o si el autor pudiera encontrarse en Bélgica.

3.2.2.- JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN ESTADOS UNIDOS. ALIEN TORT CLAIMS ACT COMO PARADIGMA

Algunos autores consideran que la vía civil es el medio más eficaz para exigir responsabilidad a las Empresas y demás actores económicos en la esfera internacional, ya que puede tener como consecuencia grandes compensaciones económicas para la víctima, daña directamente en el balance económico, “un lenguaje que las empresas multinacionales entienden”.¹⁰²

La amenaza de un proceso como estos puede animar a acuerdos extrajudiciales que aporten compensación a los demandantes. La publicidad que estos procedimientos adquieren puede generar varios efectos importantes que pueden ser positivos en el intento de imposición de responsabilidad. Estos efectos pueden ir desde el daño a la reputación de la empresa y por tanto, su pérdida de valor en el mercado, al refuerzo de la credibilidad de las organizaciones que inicien estas campañas.¹⁰³

Pero, aunque existen ejemplos de litigación civil transnacional en materia de derechos humanos en otras jurisdicciones de derecho común, en particular en Reino Unido, Australia y Canadá, la gran mayoría de los casos existentes se han dirimido en la jurisdicción americana.

Son, por tanto, los tribunales norteamericanos los que están dando forma a ciertos aspectos de la responsabilidad internacional de las empresas multinacionales por violación de derechos humanos. Ello ha sido posible gracias a la naturaleza de su sistema jurídico, particularmente inclinada a la litigación y a facilitar el acceso a los demandantes, lo que se califica de “plaintiff-friendly”¹⁰⁴ y sobre todo a la existencia de instrumentos jurídicos únicos en dicho país. Entre estos instrumentos el más relevante es la llamada “ley de demanda por daños a extranjeros”, la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) o *Alien Tort Statute*.¹⁰⁵

La ATCA es una ley que permite reclamar daños a no nacionales estadounidenses por violación de obligaciones internacionales de los Estados Unidos asumidas a través de tratados de los que el país es parte por violación de lo que la norma denomina “ley de naciones”. Esta norma ha sido utilizada para iniciar procesos civiles contra empresas implicadas en la violación de normas de Derecho internacional.

Los tribunales federales de distrito tendrán jurisdicción original sobre cualquier acción civil por un daño cometido en violación de la ley de naciones o un tratado de los Estados Unidos. Es decir, los tribunales federales estadounidenses tendrán jurisdicción sobre el caso, cuando el

demandante es un extranjero, por cualquier daño cometido en violación del Derecho internacional.

La ATCA fue aprobada tras la ratificación de la Constitución americana, en 1789, en la primera sesión del Congreso de los Estados Unidos, como parte de la ley que creaba los tribunales federales de Distrito y delimitaba su jurisdicción, la “*First Judiciary Act*”.¹⁰⁶

La ley permaneció prácticamente inutilizada durante 200 años, hasta 1980, cuando fue invocada, con éxito, en el caso *Filartiga v. Peña Irala*. Esta sentencia no sólo fue la primera en la que los tribunales federales hicieron uso de la ley en ese sentido, sino que la confirmó con una norma generadora de derechos de acción judicial, más allá de un mero estatuto jurisdiccional de distribución de competencias entre los tribunales estatales y federales.

La sentencia *Filartiga* interpretó la expresión “ley de naciones” como equivalente a Derecho internacional general consuetudinario y procedió a un exhaustivo análisis relativo a si existían las necesarias práctica estatal y *opinio iuris* respecto de las violaciones de Derecho internacional alegadas por los demandantes en el caso. Sin embargo, la práctica posterior de los tribunales no ha sido tan clara en la identificación expresa entre la ley de naciones y el Derecho internacional consuetudinario, lo que ha tenido como resultado una inconsistencia en la jurisprudencia relativa a la aplicación de la ATCA.¹⁰⁷

Por otra parte, la ATCA también considera que los daños susceptibles de generar jurisdicción material son aquellos en violación de un tratado del que es parte Estados Unidos.

Respecto de la jurisdicción personal, la ATCA otorga jurisdicción a los tribunales federales por daños en violación del Derecho internacional cuando la víctima es un extranjero, sin especificar si el demandado ha de ser extranjero o ciudadano estadounidense.

A partir del caso *Kadic* los tribunales estadounidenses han abordado la legitimación pasiva de los particulares desde dos puntos de vista. Por un lado, analizando qué tipo de violaciones requieren una acción estatal para ser consideradas violaciones de Derecho internacional; y por otro lado, qué violaciones pueden ser imputadas a un particular sin necesidad de probar dicha acción.¹⁰⁸

La aplicación de la ATCA en procedimientos judiciales contra empresas multinacionales en los tribunales federales estadounidenses

ha partido de la premisa fundamental de que estas entidades tienen capacidad para violar normas de Derecho internacional, y que de tales violaciones se desprenden consecuencias jurídicas susceptibles de ser determinadas en los tribunales nacionales.¹⁰⁹

La interposición de la primera demanda fue contra la empresa Unocal en los tribunales federales. Esta vía abierta es de especial importancia, porque por ha supuesto un catalizador del debate internacional sobre la responsabilidad de estas entidades, contribuyendo a que se diera el paso desde la reflexión teórica a la aplicación práctica y la elaboración de posibles vías de imputación de dichas responsabilidades y de establecimiento del vínculo entre la acción y su consecuencia jurídica.

La posibilidad de imputar a empresas multinacionales en procesos por violaciones de derechos humanos generó una gran euforia entre los grupos dedicados a la lucha contra la impunidad de las entidades corporativas que supuestamente participan en estos abusos y, como se puede imaginar, una gran alarma en sectores empresariales.¹¹⁰

La doctrina jurídica y económica ha atacado la aplicación de esta ley por considerar que la utilización por parte de los tribunales federales de la ATCA supone una intromisión en las competencias federales al estar dando forma a la política exterior estadounidense y por entender que la aplicación de la misma puede suponer una repercusión negativa en la inversión extranjera directa, tanto para los propios Estados Unidos, como para los países en vías de desarrollo, con el consiguiente daño que ello podría provocar en las economías y capacidad de desarrollo de los mismos.¹¹¹

La decisión Unocal 2002 es de particular importancia porque en ella el tribunal dibujó un vínculo entre las normas de derecho internacional y la responsabilidad de las empresas. Para ello recurrió al concepto de Derecho penal internacional de participación en la actividad criminal a través de “ayudar e incitar” al perpetrador principal y lo traslada hacia la esfera de la responsabilidad corporativa. Al hacer esto creó un nuevo estándar para medir la responsabilidad de las empresas por abusos privados en los tribunales estadounidenses.

Esta decisión ha traído el Derecho internacional al centro de la discusión en materia de responsabilidad de las empresas y ha iniciado un debate importante sobre la posibilidad de utilizar estándares como el de Derecho penal internacional de “ayudar e incitar” para la delimitación de dicha responsabilidad.¹¹²

4.- DERECHO ESPAÑOL.

4.1. REGULACIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. MODIFICACIÓN DEL CODIGO PENAL DE 1995.

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los artículos 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación.¹¹³

En cualquier caso, las nuevas previsiones legales en la materia parecen encontrar su principal fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional.¹¹⁴

Al margen de las dificultades técnicas –sustantivas y procesales– que plantea esta reforma, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta.¹¹⁵

El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.¹¹⁶

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica.

En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas–, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal.¹¹⁷

El precepto central de la reforma en cuanto afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el nuevo artículo 31 bis del Código Penal, que establece lo siguiente:

”1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. 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 los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”

Por otra parte, el artículo 129 del Código Penal, relativo ahora a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, queda redactado como sigue:

“1. En caso de delitos o faltas 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 de este Código, 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 los apartados c) a g) del artículo 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier

actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o

agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.”

Así pues, y en primer término, deben realizarse una serie de precisiones en orden a determinar qué entes colectivos están dotados de personalidad jurídica¹¹⁸ en nuestro ordenamiento, cuáles de entre ellas son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal y qué previsiones reserva la reforma para las entidades carentes de dicha personalidad.¹¹⁹

La reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios.

Por consiguiente, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que el contenido en el citado artículo 297 del Código Penal, habremos de remitirnos a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario.¹²⁰

Así pues, los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico-privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido.¹²¹

En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal.¹²²

Así pues, cuando el párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal establece que *“las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho”*, el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal

o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los *delitos cometidos* por las personas físicas a las que el precepto se refiere.¹²³

Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Así pues, la norma del artículo 31 bis –lastrada quizá por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal– no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas –gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial establece un *vínculo normativo* a resultas del cual y según expresión textual del precepto, *las personas jurídicas serán penalmente responsables* de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema *vicarial o de transferencia*, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, *encarnan* o constituyen el *alter ego* o *el cerebro* de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos *son* los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.¹²⁴

Dado que, como hemos visto, la persona jurídica puede devenir responsable de la infracción penal consecuencia del *substratum* del individuo que la comete, la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo *en las específicas circunstancias y por quienes* establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva.¹²⁵

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados artículos 31.2 y 129 del Código Penal, en el modelo vigente del artículo 31 bis del Código Penal, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho.¹²⁶

Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.

Volviendo a la letra del precepto, y por lo que respecta al párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal, las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente –en su nombre- y competencial –por su cuenta- de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio –en su provecho-.¹²⁷

El precepto incluye la conducta de los gestores de derecho y de hecho, lo que resulta lógico, por cuanto si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara extramuros de la conducta de los segundos, bastaría con recurrir sistemáticamente a gestores fácticos para obtener la impunidad.¹²⁸

La reforma del Código Penal circunscribe la responsabilidad de las personas jurídicas al siguiente catálogo de delitos:

- Tráfico ilegal de órganos regulado en el art. 156 bis
- Trata de seres humanos regulado en el art.177 bis
- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores regulado en el art.189 bis
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático regulado en el art.197

- Estafas y fraudes regulado del artículo 251 regulado en el art. 251 bis
- Insolvencias punibles regulado en el art. 261 bis
- Daños informáticos regulado en el art.264
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los
 - consumidores regulado en el art. 288
 - Blanqueo de capitales regulado en el art.302
 - Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social regulado en el art.310 bis
 - Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros regulado en el art.318 bis
 - Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal regulado en el art.319
 - Delitos contra el medio ambiente regulado en los art.327, 328
 - Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes regulado en el art.343
 - Delitos de riesgo provocado por explosivos regulado en el art.348
 - Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas regulado en el art.369 bis
 - Falsedad en medios de pago regulado en el art.399 bis
 - Cohecho regulado en el art.427
 - Tráfico de influencias regulado en el art.430
 - Corrupción de funcionario extranjero regulado en el art. 445
 - Financiación del terrorismo regulado en el art.576 bis

Existen además otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial efectúan remisiones a las medidas del artículo 129, utilizando expresiones diversas y asistemáticas que dan lugar a consecuencias un tanto distorsionadoras.¹²⁹

Prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, aparte de otras modificaciones que se efectúan en el propio precepto, se añade un apartado 7 en el artículo 33 con el siguiente contenido:

“Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.*
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.*

El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

Debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal.¹³⁰

Finalmente si las personas jurídicas están en el proceso penal en calidad de imputadas, será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento.¹³¹

Por ello, es necesaria una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial en esta materia.

4.2. REGULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.

El reconocimiento legal de la denominada “jurisdicción universal” y las consecuencias que se han derivado de su ejercicio han sido objeto de una gran controversia, tanto desde el punto de vista de la jurisprudencia y la doctrina como, especialmente, en el ámbito político.

España, desde que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 proclamara el principio de jurisdicción universal para el conocimiento de ciertos hechos de especial gravedad, ha sido uno de los países en los que su ejercicio ha permitido la incoación de procedimientos y el dictado de resoluciones que han apoyado de manera decisiva la lucha contra la impunidad, reconociendo legitimidad a los que han demandado justicia por haber sido víctimas de crímenes deleznable.¹³²

El nuevo planteamiento en la regulación del principio de jurisdicción universal tiene su origen en una decisión política adoptada por el Congreso de los Diputados, como resultado del último Debate sobre el Estado de la Nación, en el que se aprobó, por una amplísima mayoría (332 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones) una Resolución (nº 39), en la que se insta al Gobierno a “promover con urgencia la reforma del artículo 23 de la LOPJ, a fin de limitar y clarificar el alcance de la jurisdicción universal penal, de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”; por otro lado, en dicha resolución se señalaban los criterios a tener en cuenta en la reforma, concretados en que quede acreditado: a) que los presuntos responsables de encuentren en España o que existan víctimas de nacionalidad española; b) que en el país donde se cometieron los hechos delictivos, o en el seno de un Tribunal internacional, no se haya iniciado causa penal que suponga una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles; y c) que el proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando se comience otro proceso sobre los mismos hechos en el país o por el Tribunal antes mencionados.¹³³

El cambio en la denominada “jurisdicción universal” se ha efectuado a través de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que modifica, en ese sentido, los apartados 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La reforma de la LOPJ pone, en principio, fin a la crisis del principio de jurisdicción universal, que se venía manifestando en el ámbito jurídico y político desde que se inició la aplicación práctica del mismo por los tribunales españoles y que ha tenido una de sus manifestaciones más relevantes en el sonoro desencuentro que han mantenido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en relación con la aplicación y alcance de este principio.¹³⁴

Desde que en 1985 se confirmase la vigencia del principio de jurisdicción universal en la legislación española, el precepto de referencia, esto es, el art. 23.4 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), apenas se ha visto modificado sino para incluir nuevas figuras criminales sujetas a persecución universal, como la corrupción menores, la mutilación genital o el tráfico ilegal de personas.¹³⁵

No obstante, a partir de mayo de 2009 se ha seguido un proceso que ha concluido en una modificación en la esencia del principio de jurisdicción universal que se había seguido en la doctrina y en la práctica jurídica en España.

La secuencia seguida hasta llegar al 15 de octubre de 2009 ha sido tan veloz como insólita, pero también significativa. El primer paso en sentido oficial fue la aprobación, el 19 de mayo, de una Resolución tras el Debate de Política General sobre el Estado de la Nación, que versó exclusivamente sobre lo propio de la situación económica del país, presentada en origen por el Partido Popular.

El contenido de la Resolución referida fue incorporado como una enmienda más a un texto legislativo, el Proyecto de Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Oficina Judicial. Tras ello, y una vez oportunamente desglosado el Proyecto de Ley, el Congreso de los Diputados aprobaría el 25 de junio la modificación en marcha por abrumadora mayoría.

Así, el texto finalmente aprobado contendría la siguiente (nueva) redacción del artículo 23.4 de la LOPJ:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

El Senado, por su parte aprobaría, el día 7 de octubre, el (ya último) Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.¹³⁶

Esto es, quedaría aprobada la versión que tornaría en la final y definitiva formulación del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español; finalmente ratificada por el Congreso de los Diputados el día 15 de octubre de 2009. Sin separarse sustancialmente de lo acordado allá por el mes de mayo, llegaríamos ya entonces al nuevo y definitivo enunciado del artículo 23.4 de la LOPJ, que sería publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de noviembre de 2009¹³⁷:

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio y lesa humanidad.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Delito relativo a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatare algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior”.

5.- LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LA PERSECUCIÓN DE LAS EMPRESAS Y DEMÁS ACTORES ECONÓMICOS.

La posibilidad de incluir a las empresas en el ámbito jurisdiccional penal de un posible tribunal penal internacional se planteó durante

el proceso de redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, aunque tal propuesta nunca fue aprobada.¹³⁸

El borrador del Estatuto con el que comenzó la Conferencia de Roma contenía, la referencia a las personas jurídicas. De hecho, el artículo en el que se definía la jurisdicción de la CPI establecía que ésta tendría jurisdicción sobre personas jurídicas, con excepción de los Estados, cuando los crímenes cometidos lo fueren en nombre de tales personas jurídicas o por sus agentes o representantes.

Continuaba señalando que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la responsabilidad penal de las personas naturales autoras o cómplices en tal crimen.¹³⁹

Muchas delegaciones se oponían firmemente, otras favorecían su inclusión (entre las que se encontraban aquellas que consideraban que la jurisdicción debía extenderse a organizaciones que no tuvieran estatus jurídico), y en un tercer grupo se encontraban las que estaban abiertas a ser convencidas hacia una u otra posición.

El borrador de Estatuto también preveía cuáles eran las sanciones que debían ser aplicables a las personas jurídicas. Así, el artículo 76 incluía multas pecuniarias, disolución de la empresa, prohibición del ejercicio de determinadas actividades por el período de tiempo determinado por la Corte, clausura por el tiempo establecido por la misma de los establecimientos utilizados en la comisión del crimen, confiscación de las ganancias, propiedades y activos obtenidos a través de la conducta criminal, y otras formas apropiadas de reparación.

5.1.- LA PROPUESTA FRANCESA

Francia lideró la propuesta de incluir a las personas jurídicas (personas morales) en la jurisdicción del Tribunal. El origen de la propuesta se encuentra en el reconocimiento, por parte del sistema jurídico francés, de la personalidad jurídica de dichas entidades y en el precedente del artículo 10 de la Carta de Nuremberg y la declaración de criminalidad del Tribunal Militar Internacional.

La propuesta consistía en otorgar a la Corte Penal Internacional jurisdicción para declarar criminal a una persona jurídica y que dicha declaración obligara a los Estados partes del Estatuto a adoptar determinadas medidas en consecuencia.

Entre los factores que fueron alegados para sugerir la utilidad de la inclusión de las personas jurídicas se contempló, en primer lugar, que en algunos casos los criminales pueden no tener los recursos para pagar la reparación ordenada por la Corte Penal Internacional. Establecer la responsabilidad de una persona jurídica significaría que las víctimas tendrían garantizada la compensación. En segundo lugar, el deshonor aparejado a la condena por un crimen internacional se adheriría a la persona jurídica y aseguraría que esta fuera penalizada en sus operaciones. En tercer lugar, la posibilidad de que una persona jurídica fuera juzgada forzaría a una mayor diligencia a la hora de adoptar decisiones que pudieran implicar un acto criminal, por lo que podría tener un efecto preventivo sobre la comisión de crímenes de guerra o contra la humanidad.¹⁴⁰

El último borrador de texto de la propuesta francesa demuestra lo elaborado que llegó a estar el concepto tras semanas de discusión. Siguiendo a la profesora Martín-Ortega, de esta propuesta destacan los siguientes puntos.

En primer lugar, la terminología finalmente elegida fue la de personas jurídicas, en vez de personas legales.¹⁴¹ Con ello la propuesta francesa trató de ahuyentar la idea de que las organizaciones ilícitas pudieran escapar a la jurisdicción del Tribunal. El término legal sugería una legitimidad que fue considerada inapropiada en esas circunstancias, mientras que la palabra jurídica cubriría diferentes tipos de organismos con personalidad jurídica según el Derecho interno.

En segundo lugar, el texto de la propuesta pone el énfasis en que habría de otorgar prioridad a la responsabilidad individual, es decir, que el Tribunal se había de dedicar primariamente a la persecución individual, y cualquier jurisdicción sobre las personas jurídicas había de ser adicional a aquella. Como consecuencia de esta primacía la jurisdicción sobre las personas jurídicas se establecería exclusivamente en conexión con la responsabilidad individual. Así, las personas jurídicas sólo podrían ser imputadas cuando una persona natural en posición de control dentro de la entidad también hubiera sido imputada y condenada. Es decir, la propuesta francesa no busca establecer una responsabilidad autónoma de la empresa sino que para poder juzgar a la empresa era necesario primero haber encontrado penalmente responsable a la persona natural en control de la misma, es más, este individuo debía actuar en nombre de la persona jurídica

y con su conocimiento explícito en el desempeño de sus actividades. Para determinar cuando una persona natural se encuentra en posición de control en una persona jurídica la propuesta francesa, consciente de la complejidad del asunto y de su distinto tratamiento en diferentes jurisdicciones, recurrió a la determinación por referencia al Derecho nacional del Estado en el cual la empresa estuviera registrada en el momento de la comisión del crimen. De esta forma se evita la imputación de empresas por actos de un sujeto no autorizado bajo las normas nacionales aplicables a su actividad.

Asimismo, y en tercer lugar, esta formulación basada en la conexión entre la condena individual y el procedimiento contra la persona jurídica, evitaba el temido asunto de que la responsabilidad penal individual pueda surgir simplemente del hecho de haber mantenido una posición particular en una persona jurídica criminalizada, que se había planteado tras los procesos ante el Tribunal Militar Internacional. La responsabilidad penal de la organización surge de la imputación diferenciada del individuo por las ofensas constitutivas de crimen debido a la naturaleza de los propios actos individuales y la propia intención y conocimiento individuales, no a su relación con la empresa. La propuesta francesa establecía expresamente que el Tribunal tendría jurisdicción sobre la persona jurídica cuando la persona natural hubiera sido condenada por el crimen imputado.

En cuarto lugar, la propuesta francesa limitaba la jurisdicción a ciertos tipos de personas jurídicas. Así, el artículo propuesto establecía que persona jurídica se refiere a corporaciones cuyo objetivo principal fuera la obtención de beneficio privado y excluía expresamente al Estado u órgano estatal que ejercite autoridad estatal, así como a organizaciones u órganos públicos internacionales y a organizaciones sin ánimo de lucro con estatuto en derecho interno. Esta formulación es el resultado del peso del interés de los Estados por excluirse a sí mismos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y por ello se excluyeron de la definición de personas jurídicas.

No fue posible satisfacer todas las demandas de todas las delegaciones y la propuesta no pudo ser terminada en las dos semanas que restaban de Conferencia. Así pues, la propuesta fue finalmente abandonada por la delegación francesa cuando se hizo evidente que el texto no podría ser aprobado por consenso.¹⁴²

5.2.- MOTIVOS DE NO INCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ESTATUTO DE ROMA.

Entre los mayores puntos de disenso estuvieron la inclusión de organizaciones criminales y terroristas o los temores de que se utilizaría la Corte Penal Internacional contra grupos de autodeterminación o contra entidades estatales.

Muchas delegaciones entendieron que no había tiempo para elaborar una provisión que suponía un uso innovador del Derecho penal internacional durante un proceso negociador de cinco semanas. Para otras delegaciones, la noción de responsabilidad penal corporativa era extraña en Derecho internacional y suscitaba demasiados problemas.

También se alegaron problemas procedimentales sobre la representación de la persona jurídica ante la Corte Penal Internacional y la confiscación de activos de empresas sin afectar a los derechos de terceras personas.

Algunos Estados expresaron su descontento con el texto tal y como estaba propuesto y la capacidad del mismo para cubrir asuntos tales como tráfico de drogas y terrorismo.¹⁴³

5.3.- ¿INCLUSIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EN EL ESTATUTO DE ROMA EN UN POSIBLE PROCEDIMIENTO PENAL?

Ya hemos visto que un sector de la doctrina considera que la persecución penal de las personas jurídicas en el ámbito internacional es posible, y que desde el punto de vista de la técnica penal-procesal es completamente viable. Es más, la mayoría de los autores de éste grupo entienden que es una cuestión de justicia, ya que, nadie puede lucrarse a costa de la violación de las normas más elementales del Derecho Internacional, como son los derechos humanos.

No se pudo esgrimir como argumento para evitar que una persona jurídica privada (empresa u otro actor económico) sea perseguida penalmente, que esta circunstancia iría en contra de la economía y del progreso económico, toda vez, que no se puede obtener beneficios pecuniarios a costa de atacar los valores más intrínsecamente acogidos por la Comunidad Internacional, es decir, no se pueden cometer crímenes contra la humanidad con la finalidad de realizar una actividad empresarial.

La violación de los derechos humanos en el desarrollo de una actividad empresarial, o como consecuencia de ella, debe ser castigada, al igual que es castigado aquella persona natural que comete delitos contra la humanidad. Por ello, no es sólo una cuestión jurídica, es también una cuestión moral.

¿Por qué no incluir a las personas jurídicas como posibles sujetos culpables de delitos contra la humanidad en el Estatuto de Roma, y por tanto ser merecedores de un reproche y una sanción penal por parte de la Corte Penal Internacional?

Ya hemos visto, que son numerosas las legislaciones de distintos Estados los que regulan la posibilidad de procesar y condenar a empresas cuando cometen delitos de los distintos Códigos y leyes penales nacionales. Es más se establecen un elenco claro y preciso de las sanciones a imponer, aunque se muevan más bien en un plano penal-administrativo.

No es menos cierto, que se presentan numerosos problemas a la hora de aplicar la norma y las posibles sanciones que pueden recaer por una conducta ilícita, tales como la disolución de la sociedad antes de ser juzgada, o realmente a quien va a afectar la imposición de las mismas, puesto que hay determinadas empresas cuya constitución jurídica es complicada y en ocasiones no se puede llegar a saber quién es el verdadero propietario, puesto que las acciones pertenecen a muchas personas o grupos económicos encontrándose el control en muchas manos, o quién es el realmente responsable de que se haya cometido una conducta violadora de derechos humanos.

No obstante, lo esencial, es que se pueda criminalizar a una empresa, en un camino ya iniciado en Nuremberg, con los casos Farben y Krup. Significa que una empresa pueda ser estigmatizada cuando cometa un crimen grave, es decir, que desde un prisma económico puede verse afectada, como es el caso de que sus acciones no se valoren igual en la Bolsa, o no pueda seguir desarrollándose, evitando así que siga cometiendo atrocidades.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las personas jurídicas que han de ser incluida como sujeto perseguible, son las privadas, como ya apuntaba la propuesta francesa. Entiendo que se ha de excluir a los Estados, y a las demás personas jurídicas públicas, puesto que esa no sería la vía para exigir las posibles responsabilidades de estos entes. La exigencia de responsabilidad de los Estados ya está bien regulado en las normas de Derecho Internacional, y es ahí donde se debe acudir.

Una vez determinado que sólo las empresas y demás actores económicos jurídico privados serán los sujetos merecedores de reproche penal, es necesario saber qué procedimiento se ha de seguir. Se entiende que un procedimiento con las mismas garantías que un procedimiento en el que el sujeto perseguido penalmente sea una persona física. Tendrá los mismos derechos de presunción de inocencia, y demás derechos procesales universalmente admitidos por los Convenios Internacionales. Por el hecho de ser personas jurídicas, no debe existir una merma de estos derechos, ya que detrás de las mismas se encuentran intereses de personas naturales que pueden ser afectados y es por lo que se ha buscado la justicia y la equidad en todo proceso.

En cuanto a las fases del procedimiento, debe existir una fase inicial de admisión de la querrela o denuncia, una fase de sumario o investigación por el fiscal legalmente nombrado y elegido, y una vez realizadas todas las pesquisas que se consideren necesarias, la realización del juicio oral, o juicio propiamente dicho ante un tribunal imparcial, previamente conocido y profesionalmente apto en sus capacidades jurídicas.

Otro problema a tratar es la cuestión de quien realmente comete el delito, es decir, entramos en el asunto de la complicidad corporativa. La cuestión es controvertida, pero al igual que en derecho español, extrapolable a un régimen internacional, la persona jurídica cometerá delitos, porque directivos de las mismas, toman decisiones en ese sentido. Es decir, en primer lugar habrá una conducta delictiva por parte de un sujeto natural, pero que en un segundo plano, inmiscuirá a la empresa puesto que actúa en nombre de ella. Por ello, lo esencial es que la persona física no actúe en su propio nombre, ya que entonces ella sería la única culpable, sino que es necesario que además actúe bajo mandato de una decisión conjunta de un consejo de administración, o en nombre de la entidad empresarial.

¿Pero la empresa por sí misma puede cometer delitos? Parece que no, ya que, para que una persona jurídico privada actúe en el tráfico jurídico requiere de personas que actúen en su nombre. La empresa por sí misma no viola los derechos o comete abusos. Es necesario, que alguien en su nombre tome las decisiones perjudiciales. Debe existir un conocimiento claro de que se está actuando bajo la faz de una empresa, y ayudándose de ello, cometer las conductas punibles.

¿Y si las posibles sanciones afectaran a intereses de terceros de buena fe? Esta es una cuestión que se esgrimió como argumento para

no aprobar la propuesta francesa. Pero la respuesta debe ser, que cuando una persona invierte en una determinada actividad ha de tener en cuenta todos los factores, no sólo el rendimiento económico que te puede producir. No vale todo, el fin no puede legitimar los medios utilizados. Si una empresa comete abusos contra los derechos humanos, los beneficios que puede producir a causa de los mismos, no pueden ser repartidos sin más. Entiendo que estos recursos están como “manchados”. No se han conseguido justamente, y por ello no pueden ser repartidos. Ya que con esta práctica, a lo que conduce es a una oleada de crímenes y de venganzas sin fin ¿Es moral que un inversor que se encuentra en su casa, que tenga acciones en una empresa, que utiliza medios perniciosos para explotar un recurso natural, tales como violaciones continuadas del derecho de los menores a no ser obligados a trabajar, o conculcación del derecho a la vida, reciba rendimientos como consecuencia de esas actividades?

La respuesta debe ser rotunda; no se puede permitir que las empresas como ente frío imponga la ley de la selva. No sólo el beneficio económico puede incidir en la sociedad. Más bien al contrario; es la sociedad con normas esenciales la que debe incidir en lo económico.

¿Qué sanciones son las que pueden imponerse? Me adscribo a las que presenta cualquier legislación continental, y en concreto creo que la regulación española es claramente aplicable. Es decir las que señala el artículo 33 del Código Penal español, que son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

Ya se puede percibir, que es posible determinar un elenco de sanciones a personas jurídico privadas. Estas sanciones participan de la naturaleza penal-administrativa, ya que, como es obvio, a las empresas no pueden ingresar en prisión. La consecuencia de la comisión del delito será de tipo económico, o de entorpecimiento en el desarrollo de su actividad. Además de sanciones, también podrán adoptarse medidas de seguridad o medidas preventivas generales o especiales.

Por otra parte, es importante señalar que además de la responsabilidad penal, también se deberá exigir la responsabilidad civil derivada del delito. Ya hemos visto, que esa responsabilidad es posible ser exigida a las empresas, como lo ha demostrado, aunque con altibajos, la aplicación del ATCA americano.

Es por ello, que debe existir un procedimiento mixto, en el que se podrá exigir responsabilidades penales por comisión de violaciones de derechos humanos, y como incidente conexo la responsabilidad civil que pudiera derivarse.

Es interesantes esta cuestión, porque podría ser un procedimiento complementario a la ATCA americana, puesto, que en aplicación de dicha norma se pude exigir responsabilidad civil a aquellas corporaciones multinacionales, que cusen un grave daño, teniendo para ello, jurisdicción universal los Tribunales americanos, mientras que la posible exigencia de responsabilidad civil ante la Corte Penal Internacional, sólo sería exigible cuando la conducta de las corporaciones queden enmarcadas en algún tipo de los previstos en el Estatuto de Roma.

Lo mencionado es una cuestión controvertida, pero en la opinión del autor que suscribe, técnicamente posible y procedimentalmente viable.

III. CONCLUSIONES

La conclusión principal y nuclear tras este estudio de la cuestión, es que efectivamente hay argumentos para poder exigir la responsabilidad penal de las personas jurídico-privadas ante la Corte Penal Internacional.

En el plano teórico-doctrinal la figura de las personas jurídicas está claramente deslindado, definido, conociéndose los límites y los posibles problemas que pueden plantearse. Es más, el procedimiento en el que se puede exigir la responsabilidad tampoco presenta especiales problemas en su desarrollo, garantizándose todos los derechos y principios procesales reconocidos en el actual Estatuto de Roma, y demás legislaciones de los Estados que conforman la Comunidad Internacional.

Otro punto interesante, y en el que existió controversia cuando fue planteada esta posibilidad de exigir responsabilidad internacional penal por la comisión de crímenes internacionales a las empresas y demás actores económicos con personalidad jurídica ante la Corte Penal Internacional mediante la propuesta francesa, es la de la efectividad de las sanciones y el sentido de determinar culpable a entes jurídicos respecto de los cuales en ocasiones es complicado determinar quién es el verdadero propietario.

En mi opinión también queda resuelto, ya que lo importante es criminalizar la actividad que viola los derechos humanos y suponen un crimen internacional, siguiendo el modelo ya marcado por el Tribunal de Nuremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

Lo importante es la declaración de criminalidad de la empresa, ya que su imagen se ve marcada y los posibles inversores tendrían más dificultades de ejercer sus actividades por la bajada de beneficios en bolsa, o porque algunos de los accionistas dejarían de serlo. Es decir, el objetivo es afectar al beneficio económico que pudiera derivarse de estas actividades ilegales.

En este sentido, las sanciones tendrán un carácter más bien económico-administrativo-penal, todavez que es evidente que las personas jurídicas no pueden ingresar en un Establecimiento Penitenciario, pero si se puede evitar que siga realizando negocios, mediante la retirada de licencias de explotación, prohibiciones de contratar, multas económicas, disoluciones de las sociedades, entre otras, que ya hemos hecho referencia en el trabajo.

IV.- BIBIOGRAFIA CITADA Y UTILIZADA

- Alía Plana, M: “Derecho Penal Internacional”, en <http://www.legalinfopanama.com/articulos/dpi-1.pdf>.

- Ambos, Kai *Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Revista Penal N.º 7 año 2001.

- Arguas, Margarita y Moreno Ruiz, Isidoro. “Efectos sobre el Derecho Internacional de las Decisiones de los Tribunales con respecto a los Criminales de Guerra”. Revista Peruana de Derecho Internacional. Julio-diciembre, 1947.

- Bassiouni, M.C.: “*Crimes against Humanity in International Criminal Law*”. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992.

- Bassiouni, M. Ch. “International Crimes: Jus cogens and Obligatio Erga omnes”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4 (1996).— “Accountability for international Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n.º 4 (1996).

- Bauman, Zygmunt. *Tiempos líquidos: vivir en una época de incertidumbre*. Barcelona: Tusquets Editores, 2007.

- Bouchet-Saulnier, Françoise. *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*. París: Éditions la Découverte, 2006.

- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

- Cassese, Antonio. “Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg”. United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009. www.un.org/law/avl

- Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”, en Kamminga M.Y. y Zia-Zarifi, S., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000.

- Chinchon Álvarez, Javier. “La Responsabilidad Internacional Penal del individuo: un gigante con pies de barro”. *Revista de Ciencias Jurídicas* nº 108, septiembre-diciembre, 2005.

- Chinchón Álvarez, Javier, “A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal”. *Revista de Derecho de Extremadura*.

- Conde-Pumpido Cándido, “La justicia universal en la jurisdicción española”. *Revista “Persona y Derecho”,* 51. (2004) pp. 49-73. Conferencia pronunciada el 14 de julio de 2004 en el Curso sobre “Globalización y Justicia” dirigido por el Profesor Andrés Ollero, en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos en Aranjuez. *Revista “Persona y Derecho”,* 51. (2004)

- De Schutter, Olivier. *Transnational Corporations and Human Rights*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

- Desportes, R y Le Gunehec, F, *Le nouveau droit pénal*. I — *Droit pénal général*, *Economica*, 4a ed., 1997, nº 600.

- Díez de Velasco, Manuel. “Instituciones de Derecho Internacional Público”. Editorial Tecnos, 17º, 2009.

- Donnedieu de Vabres, H, *Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales*, R.I.D.P., 1950.

- “Empresas y derecho internacional humanitario”. CICR, julio, 2007.

- Françoise Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, París, Éditions la Découverte, 2006

- Frattini, Eric. *ONU, historia de la corrupción*. Madrid: Espasa Calpe, 2005.

- Gerhard Werle, “Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007.

- Global Witness. *Same Old Story, a background study on*

natural resources in the Democratic Republic of Congo. London: Global Witness, 2004.

- Gómez-Benitez, José Manuel en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*.

- Gómez Isa, Felipe. “Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”.

- Greppi, E, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja N.º 835 año 1999.

- Gutman, Roy; Rieff, David. *Crímenes de guerra*. Barcelona: Random House Mondadori, 2003.

- Hayner, Priscilla. *Negotiating justice: guidance for mediators*. Nueva York: Centre for Humanitarian Dialogue e International Center for Transitional Justice, 2009.

- Heine, Gunter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. Anuario de Derecho Penal. Mayo, 2005.

- Hernández Suarez-Llanos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional”. Revista española de derecho militar, nº 86, julio-diciembre, 2005.

- Informe del panel de Expertos Juristas de la Comisión Internacional de Juristas sobre Complicidad Internacional en crímenes internacionales. Vol. 2. 2008.

- International Peace Information Service. *Supporting the war economy in DRC. European companies and the coltan trade*. Amberes, 2002.

- Jung, Carl G. *El hombre y sus símbolos*. Barcelona: Luis de Caralt Editor, 1997.

- La Rosa, Anne-Marie. *Dictionnaire de droit international pénal*. París: Presses Universitaires de France, 1998.

- López Wong, Rosario Susana, “Acerca de la responsabilidad

de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. ¿Sanción penal o medida administrativa? Revista de análisis jurídico Urbis et ius, año I, newsletter, N° 6. Otoño, 2005.

- Loverdos Palau, Jordi, “Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales”. Materiales de Derechos Humanos, n° 16. Septiembre de 2010. Generalitat de Catalunya. Departamento de Interior.

- Madsen, Wayne. *Genocide and Covert Activities in Africa 1993-1999*. Nueva York: Edwin Mellen, 1999.

- Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

- Merle, R y Vito, A, Droit pénal général, 7a ed., 1997, Cujas, n° 641 y ss.

- Mongelard, Eric. “Responsabilidad civil de las empresas por violaciones del Derecho Internacional Humanitario”. International review of the red cross. n ° 863. Septiembre de 2006.

- Pablo Valladares, Gabriel, Publicado en “Derecho internacional humanitario y temas de áreas vinculadas”, Lecciones y Ensayos nro. 78, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 297 a 310.

- Pignatelli y Meca, Fernando, “ *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*”, Madrid, Editorial del Ministerio de Defensa, 2003.

- Pigrau Soler, Antoni. “**La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos**”. Revista Española de Desarrollo y Cooperación. Núm. 25, Enero 2010.

- Pigrau Solé, Antoni, “La jurisdicción universal y su aplicación en España”. Revista “RxDH” n° 3. Col·lecció recerca per drets humans. Generalitat de Catalunya. Diciembre de 2009.

- Platero Parada, Lourdes, “Aproximación al método angloamericano de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles y sus directivos”. Tesis doctoral. Universidad Carlos III. Madrid, 1997.

- Plaza Ventura, Patricia. *Los crímenes de guerra: recepción del derecho internacional humanitario en derecho penal español*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2000.

- Pozo Serrano, Pilar, “El uso de Compañías militares privadas en contextos de contrainsurgencia; problemas de legitimidad, gestión y control”. *Athena Intelligence Journal*, Vol.2, No 4, Artículo 11/11. 19 de diciembre de 2007.

- Pradel, Jean, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones”. Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus TIEDEMANN, titulado «Harmonisierung des allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetzbuch». Traducido por Susana Soto Navarro, Prof. Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Málaga.

- Ramasastry, A, “Corporate complicity: from Nüremberg to Rangoon, an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations”. *Berkeley Journal of International Law*, vol 20, 2002.

- Reguera Gómez, Francisco Javier, “Crisis de la jurisdicción universal”. 12 de mayo de 2010. *Diariojurídico.com*.

- Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal LawRegime*, Cambridge University Press, 2005.

- Royal Institute of International Affairs (International Law Discussion Group Summary). *What are the relevant legal principles relating to the responsibility of companies and CEOs for violations of international criminal law?* Londres: Chatham House, 2006.

- Slaughter, A.M. y Bosco, D, “Plaintiff’s diplomacy”. *Foreign Affairs*, Septiembre-Octubre 2000.

- Stephens, Beth, “The amorality of profit: Transnational corporations and human rights”. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002.

- Stewart, James G. “Corporate War Crimes. Prosecuting the Pillage of Natural Resources”. Open Society foundations. New York. 2010.

- Tangarife Pedraza, Mónica Andrea. “La estructura jurídica de la responsabilidad internacional de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en casos de violaciones de Derechos Humanos”. Pontificia Universidad Javeriana de Bogota. Colombia.

- Tavernier, Paul. “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda”. *Revista Internacioanl de la Cruz Roja*, nº 144, noviembre-diciembre, 1997.

- Tiedemann, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997.

- UN War Crimes Commission, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, vol. VIII, H.M. Stationery Office, Londres, 1952, párrafo 1108.

- Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 1. 1998.

NOTAS

1 El término «Internacional» exige distinguir el delito transnacional del delito prototípicamente internacional. En efecto, para ser internacional, un delito requiere tener un elemento transnacional y/o internacional. Ejemplo de delito transnacional es el cometido en un país que produce sus efectos dañosos en otro, como la falsificación

de moneda extranjera o la concertación entre un Banco transnacional con sede en un país y una persona privada residente en otro país para cometer una maniobra financiera ilícita. El elemento internacional aparece cuando la conducta delictiva afecta los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial (por ejemplo guerra de agresión) o viola bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional, como la vida, la integridad física, el derecho a la no discriminación, etc. (crímenes contra la humanidad, genocidio, apartheid, tortura, etc.). Hernández Suarez-Llanos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional”. Revista española de derecho militar, nº 86, julio-diciembre, 2005.

2 Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

3 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

4 Ley que otorga jurisdicción a los tribunales federales estadounidenses para juzgar violaciones de normas de Derecho internacional general.

5 Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an n International Criminal Court”, en Kamminga M.Y. y Zia-Zarifi, S., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000.

6 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

7 Loverdos Palau, Jordi, “Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales”. *Materiales de Derechos Humanos*, nº 16. Septiembre de 2010. Generalitat de Catalunya. Departamento de Interior.

8 El Representante Especial del Secretario General de la ONU, John Ruggie, ha descrito la situación con estas palabras: “Las actuales condiciones de permisividad en relación con las violaciones de los derechos humanos por parte de las empresas son producto de un desajuste entre las fuerzas económicas y la capacidad de gobernanza. El problema sólo podrá solucionarse mediante un realineamiento. En principio, son las autoridades públicas las que establecen las reglas en base a las cuales se desarrollan las actividades comerciales. Pero, en el

plano nacional, algunos gobiernos pueden sencillamente ser incapaces de tomar medidas efectivas, tanto si existe la voluntad como si no.” Pigrau Soler, Antoni. “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos”. Revista Española de Desarrollo y Cooperación .Núm. 25, Enero 2010.

9 “Empresas y derecho internacional humanitario”. CICR, julio, 2007.

10 Loverdos Palau, Jordi, “Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales”. Materiales de Derechos Humanos, nº 16. Septiembre de 2010. Generalitat de Catalunya. Departamento de Interior.

11 El debate respecto de la virtualidad de la vía penal para la exigencia de responsabilidad a las empresas por violaciones de Derecho internacional resurgió durante la redacción del Estatuto de la CPI, si bien no se llegó a materializar. Aunque las negociaciones en Roma no lograron incluir a las personas jurídicas bajo la jurisdicción de la Corte, el debate señaló la importancia de considerar esta vía para afrontar ciertos comportamientos corporativos.

12 En este sentido cierta doctrina reclama el desarrollo de normas penales internacionales para la exigencia de responsabilidad a las EMN por los actos más graves de violación de derechos humanos, los que actualmente forman parte de la categoría de crímenes de guerra y contra la humanidad, y que dichas normas sean implementables a nivel interno por los Estados o en una hipotética futura jurisdicción penal internacional con competencia para ello.

13 Por ejemplo, un intermediario de armas que las venda a un cliente a sabiendas de que van a ser utilizadas para cometer crímenes de guerra podría ser cómplice de dichos crímenes, independientemente de que comparta o no las intenciones de su cliente. Asimismo, una empresa que proporcione apoyo logístico (en términos comerciales) que pueda facilitar la comisión de violaciones del derecho internacional humanitario podrá ser responsable ante la ley.

14 Loverdos Palau, Jordi, “Justicia internacional, pillaje de guerra, derechos humanos y multinacionales”. Materiales de Derechos Humanos, nº 16. Septiembre de 2010. Generalitat de Catalunya. Departamento de Interior.

15 Particularmente ilustrativos son el Artículo 6.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg, que dice: «El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que (...) cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones», el Artículo

5.º del Estatuto para el Tribunal Militar Internacional para el lejano Este «El Tribunal tendrá competencia para juzgar y castigar a los criminales de guerra del lejano Este que individualmente o como miembros de organizaciones sean acusados por delitos contra la Paz», el artículo 4.º de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptado por la Resolución 260 de la Asamblea General de 9 de diciembre de 1948, «Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares.»; los artículos 6.º y 5.º de los Estatutos del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de crímenes de Guerra cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, aprobado mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993 y del Tribunal Internacional para Ruanda aprobado mediante Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, que dicen: «El Tribunal Internacional tiene competencia con respecto a las personas físicas de acuerdo con las disposiciones del presente Estatuto», o en fin, el artículo 25.º¹ del estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, que establece que «De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales». Hernández Suarez-Llanos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional”. Revista española de derecho militar, nº 86, julio-diciembre, 2005.

16 E. GREPPI, *La evolución de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional*, Revista Internacional de la Cruz Roja N.º 835 año 1999, pp.5 31-554.

17 Cita de *the trial of the Major War Criminals. Proceedings of the internacional Militar sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, pag. 447 (London, HMSO 1950) (El Juicio) por KAI AMBOS *Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya*, Revista Penal N.º 7 año 2001 p. 5.

18 Ambós, Kai ob. Cit., p.47.

19 Gómez-Benítez, José Manuel en *Elementos Comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho Penal Español*, cit., p. 21.

20 Hernández Suarez-Llanos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el crimen internacional”. *Revista española de derecho militar*, nº 86, julio-diciembre, 2005.

21 Con base en la Ley nº 10, de 20 de diciembre de 1945, aprobada por el Consejo de Control, la cual designaba los crímenes internacionales que constituían ofensas perseguibles, se establecieron por parte de Estados Unidos seis tribunales militares dentro de la zona de ocupación americana dio lugar a doce juicios frente a jueces americanos; tres de los cuáles implicaron la persecución de empresarios alemanes.

22 Ninguna de las organizaciones finalmente declaradas como criminales fueron empresas, si bien, es la primera vez que personas jurídicas son consideradas capaces de violar el Derecho internacional. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

23 Un análisis de estos casos revela una asunción subyacente por parte de los tribunales militares de que fueron las corporaciones para las que trabajaban estos individuos las que cometieron crímenes internacionales de guerra. Ramasastry, A, “Corporate complicity: from Nüremberg to Rangoon, an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations”. *Berkeley Journal of International Law*, vol 20, 2002, pp. 91-159.

24 Los firmantes del Acuerdo para el establecimiento del TMI, el 8 de abril de 1945, fueron los gobiernos de Estados Unidos, Reino Unido, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y el gobierno provisional de la República Francesa.

25 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

26 Ley nº 10 del Consejo de Control de Alemania. Así, una vez una organización había sido declarada de naturaleza criminal por el Tribunal Militar Internacional, cualquier Estado parte en la Carta de Nüremberg tenía competencia para iniciar un proceso contra particulares por pertenencia a dicha organización.

27 Si bien el propio Tribunal Militar Internacional no condenó a ningún individuo por pertenencia a organizaciones criminales, sí lo hizo el Tribunal Militar Estadounidense, sobre la base de la declaración de criminalidad del TMI. Uno de los casos relevantes fue el de Karl Brand y otros, conocido como el “caso clínico”. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

28 Estas decisiones estuvieron basadas principalmente en el papel de las empresas en la comisión de crímenes de guerra y contra la humanidad en tanto que entidades corporativas.

29 Caso nº 57, The I.G. Farben Trial, US Military Tribunal, Nuremberg, 14 August, 1947-29 July 1948. Los documentos relativos a este proceso están recopilados en UN WAR Crimes Commission. Law Reports of Trials of War Criminals, 1947-1949, vol. X, H.M. Stationery Office, Londres, 1949, pp.1-68. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

30 El elemento clave de este caso es que aunque I.G. Farben, como empresa, no fue juzgada, las acusaciones consideraron que los acusados llevaron a cabo sus crímenes actuando “a través de la instrumentalidad de Farben”. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

31 Si bien el TME en todo momento mantuvo que Farben como entidad corporativa, no estaba siendo juzgada, y por lo tanto no podía ser sujeta a sanciones penales en el procedimiento que se estaba sustanciando, los crímenes se entendieron cometidos por una colectividad. UN War Crimes Commission, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, vol. VIII, H.M. Stationery Office, Londres, 1952, párrafo 1108.

32 Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an n International Criminal Court”, en Kamminga M.Y. y Zia-Zarifi, S., Liability of Multinational Corporations under International Law, Kluwer Law International. La Haya, 2000, pp. 139-196.

33 Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an n International Criminal Court”, en Kamminga M.Y. y Zia-Zarifi,

S., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000,

34 Ramasastry, A, “Corporate complicity: from Nüremberg to Rangoon, an examination of forced labor cases and their impact on the liability of multinational corporations”. *Berkeley Journal of International Law*, vol 20, 2002

35 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

36 Stephens, Beth, “The amorality of profit: Transnational corporations and human rights”. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002.

37 Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an n International Criminal Court”, en Kamminga M.Y. y Zia-Zarifi, S., *Liability of Multinational Corporations under International Law*, Kluwer Law International. La Haya, 2000.

38 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

39 Bassiouni, M. C.: “*Crimes against Humanity in International Criminal Law*”. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1992, pág. 196.

40 Chinchón Álvarez, Javier. “La Responsabilidad Internacional Penal del individuo: un gigante con pies de barro”. *Revista de Ciencias Jurídicas* n° 108. septiembre-diciembre, 2005.

41 Alía Plana, M.: “Derecho Penal Internacional”, en <http://www.legalinfopanama.com/articulos/dpi-1.pdf>, págs. 17-19..

42 Uno de los primeros antecedentes en la construcción del sistema de Responsabilidad Internacional del Individuo por la comisión de crímenes internacionales se remonta a la Guerra de secesión en los Estados Unidos (1861-1865), y es el del juicio del comandante Henri Weiz, jefe del campo de prisioneros de Andersonville (Georgia) y del Soldado rebelde Champ Fergusson, miembro de las guerrillas de la región de Tennessee, por las autoridades militares en Washington y Nashville, respectivamente, bajo la acusación de malos tratos y por dar muerte a prisioneros, lo cual constituye uno de los primeros esfuerzos por

materializar la responsabilidad de individuos por crímenes de guerra. Arguas, Margarita y Moreno Ruiz, Isidoro. “Efectos sobre el Derecho Internacional de las Decisiones de los Tribunales con respecto a los Criminales de Guerra”. Revista Peruana de Derecho Internacional. Julio-diciembre, 1947, p.202.

43 Artículo 227: “Las potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, exemperador de Alemania, de haber cometido una ofensa suprema a la moral internacional y a la sagrada autoridad de los tratados. Se constituirá un tribunal especial para juzgar al acusado en el que se aseguran las garantías esenciales para su defensa. El tribunal estará integrado por cinco magistrados nombrados por los estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón. El Tribunal llegará a su decisión sobre la base de los más altos fundamentos de la política internacional, animado por el deseo de asegurar el respeto de las obligaciones solemnes y compromisos internacionales y de la moral internacional. Corresponderá al tribunal determinar la pena que, a su juicio, deberá aplicarse”.

44 El gobierno holandés se basó en el respeto al principio de que no hay crimen ni pena sin ley, por lo que, al no existir normas en el Derecho Internacional que calificaran como crimen los delitos cometidos por Guillermo II, éste no podía ser juzgado por ningún tribunal. Tavernier, Paul. “La experiencia de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda”. Revista Internacional de la Cruz Roja, n° 144, noviembre-diciembre, 1997, pág. 645.

45 Tuvo 19 países adherentes, entre los que se encontraban Grecia, Dinamarca, Yugoslavia, Holanda, Checoslovaquia, Polonia, Bélgica, Etiopía, Australia, Nueva Zelanda, India, Luxemburgo, Honduras, Noruega, Panamá, Haití, Venezuela, Paraguay y Uruguay.

46 Preparación, desencadenamiento y prosecución de una guerra de agresión o en violación de los acuerdos internacionales, participación en un plan concertado para realizar tales actos.

47 Asesinato, malos tratos o deportación, para trabajos forzados u otros fines, de las poblaciones civiles en los territorios ocupados, asesinato o malos tratos a los prisioneros de guerra, ejecución de rehenes, saqueo de bienes públicos o privados, destrucción de ciudades o pueblos sin motivo, devastaciones no justificadas por exigencias militares.

48 Asesinato, exterminio, reducción a esclavitud, deportación o cualquier otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles,

antes o durante la guerra, persecuciones por motivos políticos, religiosos o raciales, siempre que tales actos o persecuciones, constituyan o no una violación de las leyes del país donde han sido perpetrados, hayan sido cometidos como consecuencia de o en relación con un crimen que caiga en la competencia del Tribunal.

49 Que abarca a los dirigentes, provocadores, organizadores y cómplices que hubieran participado en un plan concertado para cometer cualquiera de los crímenes definidos.

50 Cassese, Antonio. "Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg". United Nations Audiovisual Library of International Law.2009. www.un.org/law/avl

51 Fallo del Tribunal Militar Internacional A/CN.4/22, pág. 33; Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la formulación de los principios de Nuremberg, preparado por el Relator Especial, Sr. J. Spiropoulos (A/CN.4/22, 12 de abril de 1950, reproducido en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II).

52 Fallo del Tribunal Militar Internacional; véase A/CN.4/22, pág. 34. Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la formulación de los principios de Nuremberg, preparado por el Relator Especial, Sr. J. Spiropoulos (A/CN.4/22, 12 de abril de 1950, reproducido en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II).

53 Fallo del Tribunal Militar Internacional; véase A/CN.4/22, pág.35. Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la formulación de los principios de Nuremberg, preparado por el Relator Especial, Sr. J. Spiropoulos (A/CN.4/22, 12 de abril de 1950, reproducido en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II).

54 *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, párrs. 104 y 106)

55 *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, párr. 109

56 Fallo del Tribunal Militar Internacional, véase A/CN.4/22, pág. 39. Comisión de Derecho Internacional, Informe sobre la formulación de los principios de Nuremberg, preparado por el Relator Especial, Sr. J. Spiropoulos (A/CN.4/22, 12 de abril de 1950, reproducido en *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II).

57 *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, párr. 117

58 *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, párr. 123

59 Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, 2005, pág. 311

60 Cassese, Antonio. "Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg". United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009. www.un.org/law/avl

61 Cassese, Antonio. "Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg". United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009. www.un.org/law/avl

62 Cassese, Antonio. "Afirmación de los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg". United Nations Audiovisual Library of International Law. 2009. www.un.org/law/avl

63 *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1996, vol. II (Segunda Parte)

64 Díez de Velasco, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Editorial Tecnos, 17º, 2009. pág. 882-883.

65 Díez de Velasco, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Editorial Tecnos, 17º, 2009. pág. 882-883.

66 Dichas Operaciones de Paz han permitido la constitución de sendas instancias judiciales, compuestas por personal nacional y extranjero, con competencia para juzgar a las personas acusadas de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, entre otras violaciones del Derecho internacional humanitario.

67 En 1993, el Consejo de Seguridad, mediante sus Resoluciones 808, de 22 de febrero de 1993, y 827 de 25 de mayo de 1993, decidió crear, con carácter excepcional y no permanente, el Tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones

graves del derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

68 El Consejo de seguridad, en virtud de su Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, procedió a crear un segundo tribunal *ad hoc*, el Tribunal Internacional para Rwanda.

69 Como es el caso, por ejemplo, de la defensa basada en el cumplimiento de órdenes emitidas por un superior, tratada en el artículo 33, párrafo 2, del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

70 Gerhard Werle, "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pág. 953

71 Platero Parada, Lourdes, "Aproximación al método angloamericano de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles y sus directivos". Tesis doctoral. Universidad Carlos III. Madrid, 1997.

72 Para evidenciar la necesidad de una nueva discusión sobre la responsabilidad penal colectiva, basta recordar, a nivel legislativo, que - después de los Códigos holandés (1976) y noruego (1992) - el Código penal francés de 1994 ha previsto una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, sendos proyectos, orientados en esta dirección, han sido publicados en Suiza, Bélgica, e Islandia. Es de citar, igualmente, la Recomendación n° 18 del Consejo de Europa de 1988 y el esfuerzo realizado, a partir de principios de 1996, de la Comisión de Bruselas para introducir en las legislaciones nacionales de la Unión Europea la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en materia de fraude contra los ingresos y egresos de las Comunidades. TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997, págs. 114 y ss.

73 López Wong, Rosario Susana, "Acerca de la responsabilidad de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias. ¿Sanción penal o medida administrativa? Revista de análisis jurídico Urbis et ius, año I, newsletter, N° 6. Otoño, 2005.

74 Tiedemann, Klaus. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997, págs. 114 y ss.

75 Tiedemann, Klaus. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997.

76 Moreno Hernández, Moises, “Responsabilidad de las personas jurídicas y sus consecuencias”.

77 Debido a la fuerte influencia que los ordenamientos jurídicos ejercían sobre las empresas, el legislador estableció, en Alemania, Austria y Suiza, sanciones específicas para las organizaciones tanto en el derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el derecho penal administrativo. Mediante la introducción de las figuras no penales de la responsabilidad solidaria indirecta (Austria), de la responsabilidad por el resultado (Suiza) o de multas administrativas (Alemania). Heine, Gunter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. *Anuario de Derecho Penal*. Mayo, 2005.

78 Heine, Gunter, “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. *Anuario de Derecho Penal*. Mayo, 2005.

79 Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

80 El artículo 13 de la «*Algemene Wet op de Douane*» de 1870 preveía la responsabilidad en caso de fraude en materia de derechos de exportación (un delito comunitario anticipadamente): “Las sociedades y las compañías de armadores son responsables de los actos de sus administradores, contables, empleados, obreros u otras personas a su servicio, sobre la base del artículo 231 de la Ley general de 26 de agosto de 1822 relativa a todas las infracciones a las disposiciones legales que conciernen a la importación, exportación y tránsito así como a los tributos”.

81 Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

82 Con el artículo 15 WED se reconocen la cualidad de autor y la punibilidad de la persona jurídica en el ámbito de los delitos económicos. Supone al mismo tiempo el fin de la doctrina-ficción según

la cual la persona jurídica no existe. La reglamentación socio-económica funcionará en lo sucesivo recurriendo a funciones y a quienes ejercen la función. Se trata entonces de determinar la función económica que cumple una empresa determinada; si se violan ciertas disposiciones ligadas a la función que se determine (de producción o de distribución), quien ejerza la función y la empresa deben ser citados a declarar y la empresa debe sufrir las sanciones. Además, también se pueden establecer sanciones contra las personas físicas implicadas, pero lo característico de esta reglamentación es dirigirse a la unidad que interviene en la vida económica recurriendo a sanciones concretas que generalmente no puede soportar más que dicha unidad. Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

83 Con anterioridad a este artículo el Hoge Raad (Tribunal Supremo) ya había reconocido en varias ocasiones la responsabilidad penal de los administradores respecto a los actos cometidos por otras personas en el seno de la persona jurídica.

84 Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

85 Por el efecto general del artículo 51 del Código penal, el artículo 15 WED está derogado.

86 Pradel, Jean, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones”. Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus

TIEDEMANN, titulado «Harmonisierung des allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetzbuch». Traducido por Susana SOTO NAVARRO, Prof. Ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Málaga.

87 La primera condena fue dictada por el Tribunal correccional de Lyon el 18 de noviembre de 1994 y, a 31 de diciembre de 1997, se habían pronunciado ya, y consiguientemente inscrito en el registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, 100 resoluciones judiciales definitivas. En 57 casos sólo se persiguió a la persona jurídica

y en 43 casos se persiguió tanto a la persona jurídica como a una persona física, si bien quedaron exentas de responsabilidad 5 personas físicas. Véase Primer balance de la aplicación de las disposiciones del nuevo Código Penal en lo concerniente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Circular del Ministerio de Justicia de 26 de enero de 1998. Pradel, Jean, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho francés: algunas cuestiones”.

88 Donnedieu de Vabres, H, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, R.I.D.P., 1950, pp. 239 y ss.

89 Merle, R y Vito, A, Droit pénal général, 7a ed., 1997, Cujas, nº 641 y ss.

90 Desportes, F y Le Gunehec, F, Le nouveau droit pénal. I — Droit pénal général, Económica, 4a ed., 1997, nº 600.

91 Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

92 “Anything done or omitted to be done by a corporation (...) which, if done or omitted to be done by any director or officer there of, or any receiver, trustee, lessee, agent or person acting for or employed by such corporation (...) shall also be held to be a misdemeanor committed by such corporation, and upon conviction thereof it shall be subject to like penalties (...)” New York Cent. & Hudson River R.R. v. U.S., 212 U.S. 481, 495 (1909).

93 U.S. v. Park, 421 U.S. 658 (1975).

94 Vervaele, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 1. 1998. Pp. 153-184.

95 Conde-Pumpido Cándido, “La justicia universal en la jurisdicción española”. Revista “*Persona y Derecho*”, 51. (2004) pp. 49-73. Conferencia pronunciada el 14 de julio de 2004 en el Curso sobre “Globalización y Justicia” dirigido por el Profesor Andrés Ollero, en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos en Aranjuez. Revista “*Persona y Derecho*”, 51. (2004) pp. 49-73

96 Conde-Pumpido Cándido, “La justicia universal en la jurisdicción española”. Revista “*Persona y Derecho*”, 51. (2004) pp. 49-73. Conferencia pronunciada el 14 de julio de 2004 en el Curso sobre “Globalización y Justicia” dirigido por el Profesor Andrés Ollero, en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Rey Juan Carlos en Aranjuez. Revista “*Persona y Derecho*”, 51. (2004) pp. 49-73

97 Pigrau Solé, Antoni, “La jurisdicción universal y su aplicación en España”. Revista “*RxDH*” nº 3. Col·lecció recerca per drets humans. Generalitat de Catalunya. Diciembre de 2009.

98 Como las sentencias de 1961 y 1962, de la Corte de Distrito de Jerusalén y de la Corte Suprema de Israel, en el caso Eichmann, 49 la decisión de 1980 de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en Estados Unidos, en el caso Filártiga; 50 la sentencia de la High Court of Australia en el caso Polyukhovich, en 1991; la sentencia en primera instancia del TPI para la antigua Yugoslavia, en el caso Furundzija, en 1998, o la sentencia del juez Gabriel Cavallo, que declaró la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida en Argentina, de 2001. Pigrau Solé, Antoni, “La jurisdicción universal y su aplicación en España”. Revista “*RxDH*” nº 3. Col·lecció recerca per drets humans. Generalitat de Catalunya. Diciembre de 2009.

99 Pigrau Solé, Antoni, “La jurisdicción universal y su aplicación en España”. Revista “*RxDH*” nº 3. Col·lecció recerca per drets humans. Generalitat de Catalunya. Diciembre de 2009.

100 “Ley relativa a la represión de las infracciones graves a los convenios internacionales de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y a los Protocolos I y II de 8 de junio de 1977, adicionales a estos convenios”

101 King Irani, Laurie, “Aprendiendo la lección: La Jurisdicción Universal belga bajo amenaza”. Indict Sharon, 24 de junio de 2003

102 En palabras de Zia-Zarifi, S. “Suing multinational corporations in the US for violating International Law”, vol.4, University of California at Los Angeles Journal of International Law and Foreign Affairs. 1999., p.146..

103 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008

104 Stephens, B. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008

105 Otros normas como las leyes sobre protección de tortura, la denominada “*Torture Victim Protection Act*” (TVPA), y sobre la extorsión y organizaciones mafiosas, “*Racketeer Influenced an Corrupt Organisations Statute*” (RICO), han sido invocadas conjuntamente con la ATCA como bases de responsabilidad corporativa en algunos de los casos relevantes. También ha habido ejemplos de la utilización de la ley ordinaria de daños como base jurisdiccional o las normas de competencia. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

106 La intención del Congreso de los Estados Unidos, y el alcance que quiso darle, no están del todo claros y dado el tiempo transcurrido y la falta de archivos históricos es difícil determinar dicha intención. Este aspecto concreto ha generado importantes discusiones doctrinales y cierta relevancia, ya que está en la base misma de las críticas a su utilización actual por parte de sus detractores. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

107 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

108 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

109 El recurso a esta vía para abordar la responsabilidad de una empresa por su presunta implicación en abusos de derechos humanos se produjo por primera vez en 1996, cuando la empresa Uocal fue demandada ante el tribunal del distrito de California en relación con las violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno birmano.

110 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

111 Slaughter, A.M. y Bosco, D, “Plaintiff’s diplomacy”. *Foreign Affairs*, Septiembre-Octubre 2000.

112 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

113 La Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones

que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea, aún cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

114 Algunos de ellos antiguos, entre los que destacan la *Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa*, la *Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea*, la *Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo*, la *Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo*, actualmente sustituida por la *Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*, la *Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal* y las *Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos*, la *2004/757 sobre punición del tráfico de drogas* y la *Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil*, entre otras, además de la *Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional*. Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

115 Un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el *Derecho penal económico*, se cometían a través de empresas.

116 Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

117 Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

118 Según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio, la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se la conceptúa como un instrumento más de los que el

Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento.

119 La reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios.

120 Artículo 35 Código Civil. Por su parte, en cuanto respecta a las sociedades mercantiles, el artículo 116 del Código de Comercio.

121 De modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso -de aplicación potestativa- en el artículo 129 del Código Penal según redacción del precepto dada por la *Ley Orgánica 5/2010*, corregida en algún extremo por *Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General*.

122 Esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

123 En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha dado en llamar muy gráficamente *responsabilidad del hecho personal por representación*, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

124 Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

125 Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

126 Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio de un determinado derecho fundamental a las corporaciones –y a ello se hace alusión en otros apartados de esta Circular- su argumentación siempre pasa por considerar que la protección de tal derecho constituye un efecto reflejo de la que gozan las personas naturales que la integran. Esta doctrina, con origen en la ciencia penal y la jurisprudencia constitucional alemanas, ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias números 64/1988, 241/92 y 139/1995.

127 En cuanto a la actuación *en nombre o por cuenta de la persona jurídica*, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita.

128 El concepto de *administrador de hecho* ha sido definido ya con cierta precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de la aplicación y exégesis del artículo 31 del Código Penal, entre otras, en Sentencias números 774/2005 de 2 de junio, 480/2009 de 25 de mayo y 986/2009 de 13 de octubre.

129 En este sentido, el artículo 262 del Código Penal –incluido en el Capítulo VIII del Título XIII relativo a los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas- y el 386 –dentro del Capítulo I del Título XVIII relativo a las falsedades-, el artículo 294 del Código Penal –contenido en el Capítulo XIII del

Título XIII relativo a los delitos societarios-, y el artículo 318 del Código Penal –incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores-establecen la posibilidad de que el Juez imponga alguna de las medidas del artículo 129

130 Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

131 Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado.

132 Como ejemplo claro, hemos de recordar el famoso caso Pinochet, que fue notorio por la emisión de una orden de arresto que se ejecutó en Londres, por parte de un Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional, contra el que fuera jefe máximo, político y militar, de Chile durante casi dos décadas, o las investigaciones de los presuntos crímenes en El Salvador, Guatemala, Ruanda o Sahara Occidental. Sin embargo, además de los anteriores procesos, en fechas relativamente más recientes, se incoaron diversos procedimientos en los que la justicia española entraba, con sus decisiones, a investigar a ciudadanos de países mucho más poderosos² que los mencionados,

por lo que ha sido mayor la presión política, al verse amenazadas las relaciones diplomáticas con esos estados, la que ha puesto la última piedra para materializar el cambio en el alcance internacional de la jurisdicción española.

133 Reguera Gómez, Francisco Javier, “Crisis de la jurisdicción universal”. 12 de mayo de 2010. Diariojuridico.com.

134 La discrepancia entre ambos tribunales llevó al intérprete de la Constitución a anular la sentencia del TS de 25 de febrero de 2003, en la que éste consideró que la asunción unilateral por el Derecho interno de la jurisdicción universal determinaba que su aplicación debía venir limitada, exigiendo para ello la concurrencia de ciertos “vínculos de conexión”, tales como que el presunto autor del delito se halle en territorio español, que las víctimas sean de nacionalidad española, o bien que exista otro punto de conexión directo con intereses nacionales; el TC, en su sentencia de 26 de septiembre de 2005, entendió que la LOPJ instauró “un principio de jurisdicción universal absoluto” que no podía ser limitado mediante criterios de corrección, por lo que no admitió la interpretación restrictiva del TS y anuló su sentencia. Finalmente, el cambio legislativo se ha realizado en el sentido de establecer unos criterios de aplicación de la jurisdicción universal que recogen, en gran medida, los ya señalados por el Tribunal Supremo.

135 De este modo, los tribunales de justicia españoles han venido aplicando este principio durante todos estos años en estricto cumplimiento del literal del artículo referido, es decir, dando debido cumplimiento a la siguiente disposición: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores. h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España. i) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España». Chinchón Álvarez, Javier

136 Chinchón Álvarez, Javier, “A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre

de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal”. Revista de Derecho de Extremadura.

137 Dando lugar a Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

138 Aunque el nuevo fracaso no ha desanimado a parte de la doctrina a continuar desarrollando esta posibilidad, que contemplan como una cuestión de tiempo y mayor elaboración científica. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

139 El propio borrador contenía, como nota al pie de página, la aclaración de que existía una gran divergencia de opiniones sobre la conveniencia de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estatuto. Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

140 Martín-Ortega, Olga. “Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional”. Bosch Internacional, 2008.

141 En inglés *juridicial persons* y *legal persons*

142 El hecho de que se suscitara este debate y que se estuviera tan próximo a la inclusión de la referencia a las personas jurídicas en el Estatuto demuestra, que la posibilidad de una responsabilidad penal internacional de las empresas no está tan alejado de la realidad. Clapham, Stephen y Ramasastry.

143 Clapham, A, “The question of jurisdiction under International Criminal Law over legal persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court”. Kluwer Law International, La Haya, 2000. Pp.139-196.

MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE MEDIACIÓN: CUESTIONES CAPITALES.

César García González.

Doctor en Derecho de Seguros.

Abogado y Consultor.

cgarcia@gestiuris.com

SUMARIO:

I. Introducción. II. Categorización de la 2ª Directiva de Mediación en Seguros y sus efectos (Lamfalussy). III. Rol de los reguladores nacionales y de la Autoridad Europea de Seguros y de Planes de Pensiones (EIOPA). Capítulo competencial español. IV. Reparto competencial. V. “Desigualdad” entre distintos tipos de mediadores. VI. Alcance de la 2ª Directiva de Mediación: vida, no vida, aseguradoras de canal directo. VII. Transparencia en la actividad de mediación: resolución de conflictos y retribución. VIII. Régimen de actuación para operaciones extracomunitarias. IX. A modo de conclusión.

RESUMEN:

La actividad de mediación en seguros tiene ante si una inminente reforma de la actual Directiva, derivado de la imposición dada por la Directiva Solvencia II, lo cual, por ende, obligará a modificar nuestra Ley nacional. Aprovechando el imperativo comunitario, entendemos que se deban corregir situaciones cuando menos peculiares de nuestro ordenamiento, visando la igualdad de trato, la transparencia y la mayor profesionalización de la actividad de mediación.

Todo ello además, en un mercado cambiante, con una guerra en primas, pero donde los mediadores están obligados a mostrar su valor añadido, compitiendo con el canal directo de las aseguradoras y el resto de mediadores.

ABSTRACT:

The activity of insurance mediation is facing an imminent improvement of the current Directive, for Directive Solvency II imposition, which will force to modify our National Law. Making use of the Community imperative we understand that situations, some of them peculiar, must be put right, approving the equality of treatment, the transparency and the higher professionalization of the activity of mediation.

All of them, in a changed market- premium war- were the insurance mediators need sow her value in the chains, fighting (competing) with the direct channel of the insurance companies and other mediators too.

Palabras clave: mediación en seguros; Directiva 2002/92/CE, Solvencia II; 2DMS; EIOPA; Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Key words: Insurance mediation; Directive 2002/92/CE; Solvency II; 2IMD; EIOPA; Spanish Supervisory Authority.

I) INTRODUCCIÓN.

En nuestro país la actividad de mediación se configura como un sector refugio en la actual crisis económica, donde se da empleo directo a mas de cien mil profesionales, con la gran estabilidad que ofrece el estar en un mercado muy consolidado y maduro, tal y como lo reflejan los datos sectoriales¹.

Además fruto de la necesidad de todos los sectores de la economía de diversificar su actividad y por ende sus fuentes de ingresos, las comisiones fruto de la mediación en seguros, son cada vez mas, un atípico mas importante en empresas, a priori, ajenas al sector.

El modelo de nuestra Ley 26/06 contempla una pléyade de figuras cuya clasificación se establece en función de la mayor o menor autonomía que ostente el mediador frente al asegurador.

Desde la industria aseguradora se entiende la necesidad abordar un nuevo escenario regulatorio en la mediación que venga a resolver entre otros problemas, la multinacanalidad, la concentración de las aseguradoras, la banca, los costes de gestión, las primas a la baja, etc.

No obstante, en ciernes de la transposición de la Directiva 2009/138/CEE, la industria aseguradora tiene cierta expectativa de resolución de muchas de sus demandas, pero también de la aparición de nuevas preocupaciones.

Un claro ejemplo lo encontramos en lo tocante a la mediación, puesto que hay una obligación expresa de modificación de la Directiva 2002/92/CE, tal y como se recoge en el Considerando 139 de la DSII, partiendo de dos premisas:

- a) mejorar protección al tomador y a los beneficiarios *eventuales* de un seguro;
- b) garantizar la solvencia de los aseguradores por la mejora en la concreción de los riesgos asumidos.

Puesto que la normativa de mediación vigente no viene a satisfacer plenamente las necesidades del sector y la realidad del mercado², planteamos desde éste trabajo, cuestiones que necesariamente se deberán abordar en la 2DMS.

II) CATEGORIZACIÓN EN LA ESCALA LAMFALUSSY DE LA 2ª DIRECTIVA DE MEDIACIÓN EN SEGUROS Y SUS EFECTOS.

En el orden procedimental, nos preguntamos qué rango en la escala Lamfalussy deberá tener la nueva Directiva de mediación, con todo lo que ello comporta de carga administrativa, así como principalmente su tramitación y la transversalidad en su aplicación.

La Directiva Solvencia II tiene la categoría I por ser una regulación marco, pero la de mediación es de categoría 2, toda vez que no es una normativa global de actuación, sino que lo será de ejecución detallada³.

Lo que en realidad afirmamos es que la Directiva de Mediación debe afectar exclusivamente a la función de los mediadores, en algo, a la actividad aseguradora, y por su puesto, a los derechos de los consumidores. Por ello, entendemos que la Segunda Directiva de Mediación debería quedarse encuadrada en la segunda categoría por no ser, en realidad, una materia transversal.

Pero si la 2ª Directiva de Mediación regulara alguna materia o fuera más allá que la DSII, podría suponer en nuestro ordenamiento jurídico un problema de jerarquización entre normas⁴, donde habría que deslindar principios de derogación- con conceptos como ley general vs. ley especial y/o ley posterior vs. ley anterior-, y desde un prisma de alcance comunitario, puesto que la norma emana de las instituciones comunitarias, y no en todos los Estados miembros existen los mismos principios de prevalencia normativa⁵.

Dicho lo anterior, hemos de reseñar que la categorización dada por Lamfalussy, en realidad no es una jerarquización con efectos jurídico materiales, como sí lo es la distinción normativa entre Directivas, Reglamentos, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes⁶, por lo que no habría especiales problemas en el caso de que la 2ªDM tuviera un rango Lamfalussy inferior.

III) ROL DE LOS REGULADORES NACIONALES Y DE LA AUTORIDAD EUROPEA DE SEGUROS Y DE PLANES DE PENSIONES (EIOPA).

Hemos de significar que en nuestro país, a diferencia del regulador bancario, y del regulador de seguros en otros países de nuestro entorno⁷, la DGSyFP no es un órgano independiente⁸, por lo que, aún a pesar de la pericia sistemáticamente demostrada por los Inspectores de Seguros, siempre ‘pueden quedar dudas sobre la arbitrariedad de algunas resoluciones de tal Dirección General’⁹.

A ésta situación peculiar hemos de añadir que desde el 1º de Enero del 2011 comenzó la andadura de la Autoridad Europea de Seguros y Planes de Pensiones. De entre otras, una de sus finalidades es la de coordinar la actuación de los reguladores patrios, visando la eficacia en la regulación y supervisión en ésta materia, amparado por el artículo 114 del Tratado Fundacional de la Unión Europea.

Resulta palmario que cuando se aprobó nuestra Ley 26/06 no existía el Supervisor comunitario, así como cuando se aprobó la Directiva 2002/92/CE¹⁰, por lo que la nueva Directiva de Mediación deberá tener en cuenta tanto las funciones de éste órgano, como sus dictámenes¹¹.

Una de éstas funciones vitales es la de la coordinación de los Reguladores nacionales¹², y la igualdad en la aplicación de las reglas del juego para los operadores de éste mercado.

Llegados a éste punto, nos preguntamos si la actual Ley de mediación española concede igualdad a los operadores de mercado con sede en España, frente a los operadores con sede en otro país miembro, cuyas operaciones también se realicen dentro de nuestras fronteras.

El artículo 66.1 de la Ley 26/06, recoge expresamente que actúen bien en régimen de libre establecimiento, bien en libre prestación de servicios “(...) *deberán respetar las disposiciones dictadas por razones de interés general y las de protección del asegurado que resulten aplicables.*”

¿Cuál es el alcance del interés general? ¿Cómo se pondera el derecho de libertad de establecimiento, con cuestiones de orden público y actuaciones de desigualdad o de competencia desleal?

En nuestra transposición de la Directiva de Mediación vigente, fuimos mucho más allá en la diferenciación de los mediadores dada por las instituciones comunitarias¹³. Pero también en los requisitos y obligaciones, y ello a pesar de que nuestra vigente norma vio la luz con la idea de “(...) regular de forma unitaria la actividad de mediación de seguros en el ámbito de la Unión Europea y adaptar la nueva legislación a la situación real del mercado.”¹⁴

Como ejemplo de tal contradicción tenemos que en nuestro país, los corredores de seguros, aun teniendo que asesorar a los clientes de manera objetiva también en caso de siniestros, no pueden coadyuvar ni actuar directamente en la tramitación de los siniestros¹⁵, toda vez que se entiende que se pierde la objetividad¹⁶, e independencia frente al asegurador, y por asumir una función intrínseca de las aseguradoras¹⁷.

Tal situación obliga a que algunos de los principales bróker españoles, visando aportar un mayor valor añadido a sus clientes, y un menor coste de gestión al asegurador, que se traduce en mayores comisiones, hayan visto la necesidad de crear sociedades filiales de prestación de servicios, en las que las compañías de seguros externalizan la gestión – y pago- de siniestros de las carteras generadas por tales corredores. Con éste entramado jurídico no se entra en incompatibilidades ni prohibiciones en el régimen de participaciones significativas¹⁸.

No obstante, en otros ordenamientos próximos, como en Francia, el corredor de seguros sí puede tramitar y liquidar siniestros sin encorsetamiento alguno por parte de su Regulador¹⁹, tal y como aquí se permite para otros tipos de mediadores²⁰.

Esta situación conlleva a que un corredor de seguros en Francia, notifique el inicio de actividades a su Regulador, en régimen de libre prestación de servicios, y ofrezca como valor añadido a sus clientes, el hecho de que ellos tramitan siniestros. Estará cumpliendo la norma que le afecta, la de su país, pero contraviniendo la norma española.

¿Podría nuestra Dirección General de Seguros, sancionar al bróker galo por *razones de interés general y las de protección del asegurado*?

Lo dudamos mucho y por varios motivos.

El primero es porque los tomadores de seguros en Francia están igual de protegidos - sino más- que los tomadores de seguros en España, entre otros motivos, por estar sujetos a la misma Directiva.

Otro motivo está en desgranar el concepto de interés general, y si con la actuación del corredor en LPS se vulnera.

Nosotros entendemos que el verdadero interés general es la armonización normativa y el libre mercado, siendo éste uno de los principios inspiradores y orígenes de la UE²¹.

De ahí todos los esfuerzos para armonizar las legislaciones y su aplicación en todos y cada uno de los Estados miembros. Por ello, una de las finalidades que se pretendía alcanzar con la Directiva de Mediación vigente, de conforme la Recomendación de la Comisión Europea, 92/48/CE, era la de crear un mercado único impulsado por la libre prestación de servicios, y la armonización de la supervisión, la postura de nuestro Supervisor distorsiona tal armonización y podría dificultar la libre prestación de servicios, poniendo más trabas a nuestras empresas comparativamente con respecto de las del resto de países de la Unión²².

Contrariamente a los impedimentos que para las empresas españolas nuestra DGS impone, como no podría ser de otro modo, en los requisitos que solicita a mediadores que pretendan iniciar sus operaciones en España, no recoge tal freno²³.

Podemos decir que, tal empecinamiento contrario al desarrollo de nuestro sector en España- y que no ha sido el único²⁴- tiene otro precedente semejante en Alemania, pero en el ramo de Protección Jurídica.

En el país germano se prohibía expresamente a los aseguradores multirramos el operar en el ramo 17²⁵; bajo la hipótesis de pretender amparar al asegurado²⁶, en realidad, se dañó a la industria aseguradora germana, puesto que los aseguradores multirramos extranjeros operaban en Libre Prestación de Servicios en el ramo de Protección Jurídica, lo que supuso una situación de desventaja para los propios aseguradores multirramos locales²⁷.

Sólo con DSII se consigue zanjar el asunto, prohibiendo expresamente cualquier limitación para operar en el ramo 17²⁸.

Por ello, desde aquí pedimos tanto la Autoridad Europea de Seguros y de Planes de Pensiones, como al futuro legislador comunitario, que se prohíba a que los Estados, amparados por la posible adaptación a las peculiaridades nacionales propias²⁹, dificulten la igualdad de armas para todos los operadores para desarrollar la actividad de mediación en el sector asegurador, velando por el libre mercado y por la igualdad de acceso y trato, y no estableciendo más requisitos que los de una verdadera protección eficaz al tomador³⁰, puesto que prohibir en función del tipo de mediador, la realización o no, de unas u otras tareas con la argumentación de “la protección al tomador”, podría implícitamente deducirse que los tomadores que hubieren contratado una póliza con un tipo de mediador u otro, estarían menos protegidos que los otros.

REPARTO COMPETENCIAL.

Dado el reparto competencial en nuestro Estado, siempre se han planteado las pretensiones de control por parte de distintos órganos de gestión por parte de las comunidades autonómicas, donde la Administración del Estado apenas tendría competencia en la *alta supervisión* o el *alto control*³¹, o si por el contrario, debería el Estado tener una mayor participación en la ejecución de las tareas.

En ésta línea tenemos los recursos número 765/1984 y 767/1984³², contra la Ley 33/1984, de 2 de Agosto, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados³³; y el recurso número 453/96 por inconstitucionalidad de la Ley 30/1995³⁴, de 8 de Noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados³⁵.

En ambos recursos el planteamiento es parejo, entendiendo por parte de los gobiernos autonómicos- del País Vasco y Cataluña- que la normativa nacional se extralimita de lo que se ha de considerar como básico en materia de seguros³⁶.

En un tema que afecta y mucho a la mediación, a saber, en la existencia o no de un registro único³⁷, y donde el TC indica que es más que complicado dilucidar qué aspectos “(...) de una regulación deben considerarse básicos y cuáles propios de una legislación de desarrollo (...)”³⁸, pudiendo llegar incluso a poder considerarse como regulación básica la ejecución de una competencia, a la luz de su trascendencia en todo el territorio y la incidencia en el sistema normativo, dado que “(...) ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la independencia de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la independencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo.”³⁹

En los casos planteados se determina que el registro de entidades de seguros, tiene carácter básico pese a ser una función meramente ejecutiva, puesto que la “(a)utorización e inspección aparecen así como un conjunto de medidas para asegurar una necesaria uniformidad en la aplicación de los preceptos legales (...), resultando, en consecuencia, encuadrados dentro del concepto de bases”⁴⁰.

En la Ley 26/2006, de Mediación de seguros y reaseguros privados, se faculta la posibilidad de que las comunidades autónomas que tengan asumida la competencia en materia de seguros⁴¹, puedan crear un registro para la inscripción de los mediadores que operen exclusivamente en su territorio⁴².

Actualmente se establece como límite último en el reparto de las competencias de naturaleza económica, el manido concepto de “unidad de mercado”, entendido éste como un presupuesto necesario para que las políticas económicas no conduzcan a resultados disfuncionales ni desintegradores⁴³.

¿Cuál es el alcance y perímetro del mismo en el actual modelo de la Ley 26/2006? La norma... ¿atiende esa realidad?

Entendemos que, en un mercado tan globalizado, pero más aún, una realidad donde las llamadas nuevas tecnologías están accesibles para toda la ciudadanía, conlleva parejamente a que cualquier mediador de seguros que bien tenga un portal de internet o que pueda contactar con él algún eventual o posible cliente de cualquier lugar de España y/o de la Unión Europea, por cualquier medio telemático, estará sujeto a su inscripción en el registro de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Es decir, prácticamente todos. Lo cual también se hace extensivo a las aseguradoras⁴⁴.

Conocedor de ésta realidad, el legislador nacional dicta normas sectoriales o de ordenación general⁴⁵, no siendo una excepción la mediación en seguros y reaseguros privados.

Por ello la Ley de Mediación reconoce como garante último de la supervisión de los mediadores a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en plena coordinación con los correspondientes organismos autonómicos, si los hubiere⁴⁶.

Pero por más que se evite, por diversos motivos, siempre surgen criterios diferentes.

De plena actualidad tenemos que en el artículo 6.2 del Real Decreto 764/2010, se obliga a la presentación de determinada Documentación estadístico- contable con una periodicidad semestral⁴⁷.

No obstante, en el Grupo de Trabajo de Mediación en Seguros, nacido de la del Consejo Consultivo del Seguro Privado de la Generalitat de Cataluña, se acordó la obligación de la presentación de tal Documentación, con una periodicidad anual⁴⁸.

Presumiblemente, su amparo está en el propio Real Decreto, que recoge, en el artículo 6.3. que *“(l)as comunidades autónomas remitirán cuando sea solicitada por el Ministerio de Economía y Hacienda, y en todo caso anualmente, la información estadístico-contable anual, relativa a los corredores de seguros y a los corredores de reaseguros que sean de su competencia, manteniendo la necesaria colaboración entre la Administración General del Estado y la de la comunidad autónoma.”*

El artículo 49.2 de la Ley 26/06⁴⁹, dentro de las competencias del Estado, recoge expresamente que *“(e)l Ministro de Economía y Hacienda*

determinará los supuestos y condiciones en que los mediadores de seguros y los corredores (...)” en los que los mediadores deberán presentar tal documentación. Pero la norma deja un subterfugio... pues añade “(...) por medios telemáticos (...)”. Aunque en realidad, no es un subterfugio como tal, desde el momento en que es obligatoria la presentación por tales medios⁵⁰.

La determinación de tales supuestos y condiciones en principio recae sobre el Ministro de Economía, aún a pesar de que la supervisión de la actividad de mediación recaiga sobre la Dirección General de Seguros⁵¹.

Es decir, dado que el artículo 49.2 lo es de una Ley, jerárquicamente superior, y temporalmente posterior⁵², al Real Decreto 764/2010 que obliga al envío de la documentación estadístico contable – y que el RD que regula las competencias de la DGSyFP- cabrá únicamente al Ministro de Economía dirimir tal disyuntiva. Pero exclusivamente para los requisitos del envío por medios telemáticos, toda vez que para el resto de hipótesis, será competente la Dirección General.

Tal disyuntiva no es baladí, dado que la infracción está tipificada como grave⁵³, lo cual comporta unas mas que serias consecuencias⁵⁴, amén de crear diferenciaciones administrativas en función del territorio entre mediadores.

Como vemos, los problemas que se pretendían resolver en el ámbito autonómico con la Ley de Mediación actual⁵⁵, no han quedado dirimidos. Por ello, no podremos perder la oportunidad de zanjar los márgenes de cada administración de cara a preservar la seguridad jurídica que la realidad del entorno socioeconómico, y nuestro marco constitucional nos impelen⁵⁶. Así pues, aprovechando la futura Directiva de Mediación, sería una buena ocasión para zanjar el perímetro del alcance competencial de cada una de las administraciones.

“DESIGUALDAD” ENTRE DISTINTOS TIPOS DE MEDIADORES.

Ya hemos apuntado, que la Directiva de mediación contempla apenas una somera distinción entre mediadores: intermediario (ligado o no) de seguros e intermediario de reaseguros.

Mientras tanto, en nuestra normativa se va mucho más allá, amparados por el artículo 4.6 de la D92/2002, el cual faculta a los Estados a reforzar los requisitos para operar como mediador en el territorio⁵⁷.

Por nuestra parte, entendemos que una cosa es reforzar requisitos, y otra muy diferente ir mucho más allá, creando innúmeras figuras, totalmente ajenas a la Normativa común, que precisamente, busca unificar, y que cada operador económico- y tomador de seguros⁵⁸, con independencia del lugar en el que se encuentre, sepa a qué atenerse.

Un precedente semejante lo encontramos en la el devenir de la Directiva 89/48/CEE del Consejo relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años.

El objetivo de tal Directiva es el de facilitar a los ciudadanos europeos el ejercicio de todas las actividades profesionales en los Estados miembros⁵⁹. Es decir, se visa unificar los criterios de homologación de las titulaciones.

Pero, aún a pesar de que la propia D87/48/CEE recoge en el Considerando 5º “(...) *los Estados miembros conservan la facultad de fijar dicho nivel con el fin de garantizar la calidad de las prestaciones realizadas en sus respectivos territorios* (...)”, -tenor muy semejante al recogido en el artículo 4.6 de la Directiva de Mediación, anteriormente citado-, el Tribunal Europeo de Justicia, en su Sala 2ª, condena al Reino de España por ir más allá del marco conceptual de la Directiva 48 del año `87⁶⁰, y poner trabas a la homologación de los títulos⁶¹.

Es decir, la prerrogativa aducida por la DGSyFP amparada en la posibilidad de reforzar los requisitos para operar como mediador en España, no puede ir tan lejos como lo ha hecho la Ley española⁶², porque mientras que nuestra norma hace distinciones, no sólo por el grado de independencia del mediador con respecto al asegurador, sino que también, por canal (banca – seguros, venta directa por el asegurador, etc.) la Directiva solo contempla tres opciones:

- intermediario de seguros: toda persona física o jurídica que, a cambio de una remuneración, emprenda o realice una actividad de mediación de seguros;
- intermediario de reaseguros: toda persona física o jurídica que, a cambio de una remuneración, emprenda o realice una actividad de mediación de reaseguros;

- intermediario de seguros ligado: toda persona que ejerza una actividad de mediación de seguros en nombre y por cuenta de una o varias empresa de seguros, si los productos de seguro no entran en competencia, que no perciba ni las primas ni las sumas destinadas al cliente y actúe bajo la plena responsabilidad de dichas empresas de seguros para sus productos respectivos⁶³.

Si en otros países de la Unión, para ser corredor de seguros se exige la misma cualificación que en otras figuras de nuestro ordenamiento, distintas a la del corredor, ¿no se está grabando al profesional español con respecto a los foráneos, que verían su título convalidado y podrían ejercer su actividad en España? Es más que evidente que sí. Por ello, ¿qué figuras se deberán mantener, si es que tiene sentido mantener nuestra peculiar disgregación?⁶⁴

Pues si hacemos caso a las demandas del sector de la mediación, habremos de tender a una simplificación tanto en el acceso a la actividad como en las clasificaciones, visando siempre el interés del tomador⁶⁵, y entendiendo que ocurre en nuestro entorno jurídico donde operan nuestros competidores.

Esta simplificación deberá comportar un trato equitativo- a nivel burocrático y de supervisión- que a día de hoy no se da entre corredores de seguros y cualesquiera otros mediadores.

Concretamente, y a modo de ejemplo, centrados en el operador banca seguros, se le exige una titulación del Grupo A⁶⁶, y si es persona jurídica que al menos la mitad de las personas que ostentan la dirección efectiva, tengan tal titulación⁶⁷.

En realidad, se ha aplicado un criterio que está pensando en una correduría o establecimiento donde el titular está próximo al dependiente que “vende” u “oferta” el seguro. Es por ello que, nos parece perfecto que un Presidente de un “Bancaseguros SA” tenga el título indicado por la DGSyFP, pero que quién me asesora para ese producto también tenga la misma, puesto que esa persona - y no su Presidente o Comité de Dirección Efectiva-, deberá transmitir a la clientela fiabilidad y deberá conocimientos para asesorarme correctamente de conforme a mis necesidades y no las de su entidad. De hecho semejante situación ya ocurre en los asesores del negocio bancario, donde los niveles formativos tanto de asesores comerciales para Pymes o particulares son actualmente muy elevados⁶⁸.

Vinculado con las divergencias formativas vemos que el punto IV de la exposición de motivos de la Ley española recoge que “(e) *n relación con los operadores de banca-seguros, se establece el mismo régimen previsto para los agentes de seguros, ya sean exclusivos o vinculados con varias entidades aseguradoras, y destaca, además, la obligación de formación de las redes de distribución, obligación que recae en las entidades aseguradoras con las que hayan concertado el contrato de agencia de seguros y, también, en las entidades de crédito a través de las que distribuyan los contratos de seguros.*”⁶⁹

De otro lado, la obligación de la formación del personal de una correduría recae sobre ésta misma, y no sobre las aseguradoras⁷⁰. ¿Se puede justificar la adición de mayores requisitos y obligaciones hacia los corredores por el grado de “independencia” que se tenga con respecto de los aseguradores? Entendemos que difícilmente.

Buscando inspiración fuera de nuestro marco jurídico comparado habitual, tenemos que en países como Brasil, toda póliza es mediada por un corredor de seguros⁷¹. No obstante tal “tradición” del mercado solo ha podido ser superada en el canal banca seguros, donde las entidades bancarias tienen sus propias corredurías, para la distribución de los productos de su aseguradora filial o de alguna otra con la que tengan una *joint venture*.

En sentido diametralmente opuesto, en Canadá⁷², está legalmente prohibido que las entidades de crédito distribuyan seguros⁷³, basándose en la defensa del consumidor⁷⁴, entendiéndose que si la entidad bancaria ofertara seguros estaría en entre dicho la verdadera utilidad de ese seguro para el tomador, así como tampoco se le ofertaría la opción mas adecuada para éste último.

Siguiendo con todo lo referido a los niveles formativos y la pluralidad de figuras mediadoras, nos encontramos con el “galimatías” de que para el ejercicio de la función del auxiliar *externo* se deberá contar con el nivel Grupo C⁷⁵, mientras que para el auxiliar *asesor* se exige el nivel B⁷⁶.

Decimos “galimatías” porque esta figura nace como una “subclase” de la anterior⁷⁷, pero se la exige mas formación que al genérico del cual proviene.

De otro lado, se recoge que el auxiliar *externo* no es mediador⁷⁸, aún estando recogida su regulación en la Ley de Mediación⁷⁹, pero al auxiliar *asesor* se le imponen las mismas incompatibilidades que a los mediadores, a saber, las del artículo 5º de la Ley de Mediación, por

lo que nos preguntamos si el auxiliar *asesor* finalmente es mediador o no.

En caso afirmativo, no se entiende como una especificación de la generalidad puede tener una naturaleza distinta de la de la figura de la que se origina.

En caso negativo, no se comprende porqué se le aplican las mismas incompatibilidades que a los mediadores.

Además, el auxiliar *asesor* entre sus funciones tiene las de (...) *asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro, o en caso de siniestro* (...) ⁸⁰. Si el auxiliar *asesor* lo es de otro mediador, como son los corredores de seguros, los cuales tienen expresamente prohibida la ejecución de los contratos de seguros en caso de siniestro, a saber, la liquidación o pago de los mismos ⁸¹, nos preguntamos nuevamente, como es que un colaborador puede tener mas funciones que las del mediador del que depende y, por ende, le da carta de naturaleza para mediar seguros.

Ciertamente entendemos que pretendiéndose dar amparo a una demanda del sector, no se ha regulado correctamente, generándose mas incertidumbres que soluciones.

Pero los conflictos y/o desigualdades en el trato recibido no se limita exclusivamente a los distintos tipos de mediación, sino que sobre esta profesión se ciernen nuevos problemas competitivos provenientes de otros sectores, derivados de las consultoras de riesgo, que realizan un análisis del perfil de los riesgos a los que puede enfrentarse cualquier entidad derivados de la naturaleza de su propia actividad.

Mediante ésta labor de gerenciamiento de riesgos se analizan la actividad empresarial, el sujeto activo, los posibles daños y su naturaleza (personales, laborales, patrimoniales, morales, responsabilidad, etc.), midiendo sus posibles consecuencias ⁸². Es aquí donde se ofrecen alternativas de reducción del impacto de los riesgos y/o mecanismos de traslación del riesgo, llegando a proponer la contratación de un seguro con una compañía (o compañías).

A tenor de la Directiva de mediación actual, es cierto afirmar que esa labor no se considerará mediación siempre y cuando:

“a) el contrato de seguro sólo exige que se conozca la cobertura del seguro que se ofrece;

- b) el contrato de seguro no es un contrato de seguro de vida;
- c) el contrato de seguro no cubre ningún riesgo de responsabilidad civil;
- d) la actividad profesional principal de la persona en cuestión es distinta de la de mediación de seguros;
- e) el seguro es complementario del bien o del servicio prestado por algún proveedor, cuando dicho seguro cubra:
 - i) el riesgo de avería, pérdida o daño a las mercancías suministradas por dicho proveedor, o
 - ii) daños al equipaje o pérdida del mismo y demás riesgos relacionados con un viaje contratado con dicho proveedor, incluso cuando el seguro cubra un seguro de vida o los riesgos de responsabilidad civil, siempre que dicha cobertura sea accesoria a la cobertura principal relativa a los riesgos relacionados con dicho viaje;
- f) el importe de la prima anual no sea superior a 500 euros y la duración total del contrato de seguro, incluidas las posibles prórrogas, no sea superior a cinco años.”⁸³

Pero también es cierto que ésta práctica existe sin estar bajo el prisma de la “mediación”, y si eventualmente, se contrata la póliza, se entiende suscrita directamente con el asegurador⁸⁴.

Éstos servicios de consultoría están sujetos al IVA, cuyo gravamen es mayor que el impuesto sobre primas de seguro⁸⁵, lo cual, a priori, dejaría en una situación de desventaja competitiva en precio frente al asesoramiento dentro del marco de la mediación de seguros.

Pero en sentido contrario, hemos de apuntar que el IVA soportado es en algunos casos deducible⁸⁶, mientras que el impuesto sobre primas de seguros no, lo cual, propicia el que irruman consultoras de riesgos en escena.

A éste atractivo fiscal, tenemos que añadir que los requisitos administrativos y de control que una consultora de riesgos debe tener son bastante más laxos que los exigidos a un profesional de la mediación.

Otra paradoja se aprecia en las agencias de viajes, donde se realizan ofertas de seguros⁸⁷, que vienen a amparar al consumidor en una faceta muy sensible, a saber, la de turista⁸⁸. Éstas agencias de viajes no están sometidas a los controles de la norma comunitaria.

Situación pareja la encontramos con los concesionarios de vehículos, o talleres multimarca, los cuales realizan un asesoramiento y ofrecimiento de seguros, siendo las comisiones, además, un atípico cada vez mas relevante en éste tipo de actividad, así como una mejora en el valor añadido frente al adquirente de un vehículo.

Donde igualmente se le asesora al cliente sobre garantías opcionales, incluidos seguros de accidentes, con una aseguradora concreta, o incluso cautiva, es en las empresas de alquiler de vehículos, generando muchas sombras sobre si está sometida o no al régimen de la mediación en seguros español y/o comunitario.

Se podría dar encaje en nuestro ordenamiento si equiparásemos las agencias de viajes, concesionarios de vehículos y/o talleres multimarca y las agencias de alquiler de vehículos con auxiliares asesores⁸⁹, siempre y cuando éstos tengan la formación y facultad de asesorar a la clientela cuando menos en el producto que ofrecen⁹⁰, pero entendemos que es una mala opción, porque no compartimos la extensa clasificación que nuestra Ley 26/06 hace de los mediadores por carecer de marco normativo, salvo que en la 2IMD se ampliara el abanico de la actual Directiva.

Esto hace que podamos estar ante posibles situaciones intrusivas que la 2IMD deberá contemplar, delimitando claramente la actividad de mediación, aún en detrimento de alguna interpretación laxa de la libre prestación de servicios, puesto que se nos encontramos ante una profesión regulada⁹¹, Esa nueva Directiva, no puede dejar de lado la regulación de una figura ignorada, tanto desde instancias comunitarias como nacionales, como es el agente de reaseguro, el cual acostumbra ser empleado de la reaseguradora.

Si bien es cierto que para algunos autores quedaría subsumido en el tenor del artículo 3.1.b de la Ley 26/06⁹², no es menos cierto que existen lagunas legales para con respecto del respecto al reaseguro en general, y su mediación en particular.

ALCANCE DE LA 2ª DIRECTIVA DE MEDIACIÓN: VIDA, NO VIDA, ASEGURADORAS DE CANAL DIRECTO.

La regulación actual de la actividad aseguradora, obliga a una diferenciación entre aseguradores de vida y aseguradores de seguros distintos del seguro de vida⁹³. Y para el caso en el que un mismo asegurador opere en ambos segmentos, deberá recabar una autorización expresa y gestionar ambas líneas de negocio totalmente separadas⁹⁴.

Éste modelo de separación, basado en el principio de especialización, ¿se deberá aplicar a la mediación?

La Directiva de Mediación, como ya hemos apuntado, establece una diferenciación tipológica de mediadores en función del mayor o menor grado de dependencia para con los aseguradores con los tengan suscrito contrato de agencia⁹⁵.

En ésta línea, nuestra normativa, para el caso de la mayor independencia establece unos requisitos formativos que van *increscendo* conforme aumenta tal independencia⁹⁶, quedando en la cúspide, el corredor de seguros⁹⁷. No obstante la DMSP no obliga a que los corredores sean los únicos que deban realizar un análisis objetivo⁹⁸.

Por nuestra parte entendemos que toda la argumentación dada para diferenciar en el caso de las aseguradoras nítidamente una línea de negocio de la otra, es decir, la de “(a)umentar la protección de los intereses de los asegurados”⁹⁹, serían totalmente adaptables a la mediación, buscando la diferenciación, no solo de forma vertical como lo es ahora, sino también de forma transversal, es decir, por segmentos: vida y seguros distintos al de vida.

Somos de la opinión que conforme los actuales planes formativos aprobados por la Dirección General, los mediadores que podrían intermediar pólizas en vida, serían los titulados en la Categoría A y B¹⁰⁰, quedando fuera los encuadrados en el Grupo C, lo que de facto, implicaría que la gran mayoría de los empleados de las aseguradoras y de los operadores banca- seguros, no podrían intermediar seguros de vida, salvo superación de las pertinentes pruebas de aptitud.

Con total sintonía a lo ahora comentado, también debería la 2DMS clarificar el contenido del “análisis objetivo”, en tres líneas principales:

- especificando que grupos de mediadores deberán objetivar las ofertas de seguro;

- especificando si el alcance de la objetividad exigida se limita en la presentación del contrato o si ha de llegar hasta su conclusión, y muy especialmente, para el caso de siniestro;

- sabiendo que una interpretación amplia en demasía del concepto “análisis objetivo” supondría un aumento de la carga administrativa de los mediadores.

En aras de garantizar la seguridad jurídica¹⁰¹, entendemos que se debería establecer un régimen transitorio de adaptación de los mediadores que actualmente ostenten tal capacidad¹⁰², pudiendo tomar como modelo el ya establecido por la vigente Ley de mediación¹⁰³.

¿Cuál sería el escenario de las aseguradoras que operan en “canal directo”? ¿Deberán estar sometidos a los mismos requisitos de los mediadores?

En el año 2010, el 18,44% del total de las primas fue contratado sin la intervención de ningún mediador, siendo por tanto, de suscripción directa por los aseguradores¹⁰⁴.

Como no podría ser de otra manera, aunque en términos absolutos no sea una cifra elevada, la contratación a través de portales de internet está creciendo¹⁰⁵, lo que supone la aparición de nuevos participantes para operar en éste canal de una forma casi exclusiva¹⁰⁶.

Acompañando las estrategias de las aseguradoras en su comercialización en plataformas digitales, tienen destacada importancia la implantación de centros de telefónicos de comercialización de seguros. Dado lo apremiante en la reducción de los costes por las empresas del sector, una fórmula habitual que se emplea es la de la externalización de ésta función en empresas especializadas en el márketing directo.

Quién ostente la dirección efectiva éstas empresas de servicios externas – y no los tele operadores- deberán cumplir los requisitos de formación que la Ley de Mediación exige para poder asumir éstas funciones¹⁰⁷.

No obstante ésta obligación no se aplica a los casos de contratación directa, por más que implique la realización de labores de “(...) presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de

*un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro.”*¹⁰⁸

Es cierto que el RDL 6/2004 recoge que las compañías de seguros realizarán la *actividad aseguradora*¹⁰⁹, y que quizá en un sentido concreto, también comporte lo que se entiende como labores de captación de clientela o proposición de seguros.

Pero ésta circunstancia no es óbice para que no se cumplan requisitos formales de contratación¹¹⁰, de orientación a la clientela basado en unos mínimos conocimientos técnicos que deban ir en consonancia con los productos que los dependientes de las compañías oferten, reiterando lo ya dicho sobre la necesidad de la segregación de los mediadores no solo por el mayor o menor grado de dependencia frente al asegurador, sino en función de la naturaleza de los seguros que oferten o riesgos que les soliciten cubrir.

Y ello teniendo en cuenta además, la determinación por parte de las instancias comunitarias de favorecer la información al tomador, en grado suficiente como para poder escoger la opción que a él mas le interese¹¹¹.

Así pues, a priori, esto supone una desventaja para las empresas especializadas en tele márketing frente a los aseguradores con plataformas telefónicas.

Paradójico resulta que, pudiendo regular tales *modos o formas* de suscripción directa por una normativa propia del sector, como lo es la Ley de Mediación, los aseguradores estén sometidos a un régimen más “general” como es el de la contratación a distancia¹¹².

En plena sintonía con el desarrollo tecnológico nos encontramos con los llamados *comparadores* o *buscadores*. Es cierto que en realidad el tomador del seguro contrata directamente con el asegurador, y la empresa que realiza la comparativa no cobra honorarios del cliente, sino sólo comisiones al asegurador, conforme esquemas predefinidos¹¹³.

No obstante, tales portales de Internet sí hacen una “*presentación (...) o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro (...)*”¹¹⁴, como son las comparativas- principalmente de prima- que le presentan al internauta, motivo por el cual, éstas empresas son mediadores de seguros, y por ello sometidos a los rigores de ésta legislación específica.

Nuevamente encontramos también aquí cierta paradoja: si la contratación se realiza en los portales de internet del asegurador directamente, tal suscripción no estará sometida a las normas de mediación, pero si se accede a contratar – aun siendo directamente con la compañía- pero a través de un comparador, el tomador del seguro quedará amparado por la Ley 26/06.

Decimos que no estará sometida a las normas de mediación si se contrata directamente con el asegurador, aun a pesar del tenor literal de la Ley que recoge “(i)*gualmente, quedan sometidas a esta Ley, en aquello que les sea de aplicación, las actividades mercantiles de distribución de seguros que las entidades aseguradoras realicen a través de otros canales distintos de los mediadores de seguros.*”¹¹⁵

Analizada en su conjunto la normativa de mediación, tal evocación es meramente formal, careciendo de aplicabilidad concreta, entre otras cosas porque cuando se ha desarrollado reglamentariamente la formación en la mediación, no se ha incluido al personal de las aseguradoras¹¹⁶.

Quedan por lo tanto fuera de la regulación de la mediación los aseguradores –y sus dependientes¹¹⁷- puesto que los aseguradores no son conceptualmente mediadores¹¹⁸. Por el contrario, cualquier otra persona física o jurídica - distinta de un asegurador - que realice iguales labores, sí quedará vinculado por la normativa de mediación¹¹⁹.

Referido lo anterior, entendemos que mayores garantías tendrían los tomadores de seguros, si cualesquiera formas de contratación quedaran recogidas de manera real en el mismo marco, cuando menos en aspectos de información propios a la naturaleza de los riesgos que pretenden garantizar, y de sus derechos, no solo como consumidores, sino como asegurados, ya que el derecho de seguros es pionero en tal protección¹²⁰.

Tampoco hemos de olvidar, que uno de los principios sobre los que pivota la DSII es la protección al tomador, y por eso mismo se impele elaborar la 2ª Directiva de Mediación¹²¹, por lo que ésta deberá regular- y por ende nuestra norma nacional- la mediación y sus requisitos en cualquiera de sus formas o *modos* de contratación, incluida la directa con el asegurador.

TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD DE MEDIACIÓN:

a. resolución de conflictos; y,

b. retribución.

Es posible que a la hora de abordar la transparencia, para algunos no se entienda cabalmente el por qué se vincula la resolución de los conflictos con la retribución.

El motivo no es otro sino el hecho general de divulgar con luz y taquígrafos el control de la actuación del mediador en cualesquiera facetas.

a. Resolución de conflictos.

Relativo al alcance de la transparencia, y más concretamente en lo tocante a los conflictos de intereses que puedan surgir entre el tomador y el mediador, ¿qué mecanismos se deben instrumentar? ¿cómo arbitrar discrepancias cuando el mediador no es parte en el contrato de seguro?

Empezando por los instrumentos, por la importancia en la economía y la proyección del sector, todo cliente de un producto financiero cuenta con un elevado régimen de protección¹²².

De hecho el sector asegurador hace gala de ser el pionero en el establecimiento de mecanismos alternativos de resolución de conflictos¹²³, que como el arbitraje, son “equivalentes jurisdiccionales”¹²⁴.

En total sintonía con éste espíritu de la industria aseguradora, muchos de los corredores de seguros, y no pocos agentes vinculados y operadores bancaseguros, cuentan con departamentos de atención al cliente, que complementan los ofrecidos por los Colegios de Mediadores.

Y ello a pesar de que la obligación legal de resolver las quejas de los asegurados por la actuación de los mediadores con sede en España, recae sobre las compañías de seguros¹²⁵, aunque la Orden ECO/734/2004, regule los departamentos de atención al cliente de, entre otros, los corredores de seguro¹²⁶.

Aquí encontramos que de un lado la Ley de Mediación hace obligatorio la resolución de las quejas por la mediación al asegurador- no al mediador, salvo que éste, sea corredor o no, carezca de sede en España- y de otro, la Orden Ministerial regula los departamentos de atención al cliente de los corredores.

Esta situación, ¿es incongruente? Podría parecerlo, pero entendemos que no por:

- La Orden Ministerial expresa la *obligatoriedad* genérica de tener un departamento de atención al cliente, y los requisitos para que si es “obligatorio” por ley, o para el caso en que alguna empresa del sector financiero quiera libremente establecerlo, que premisas deberá seguir.

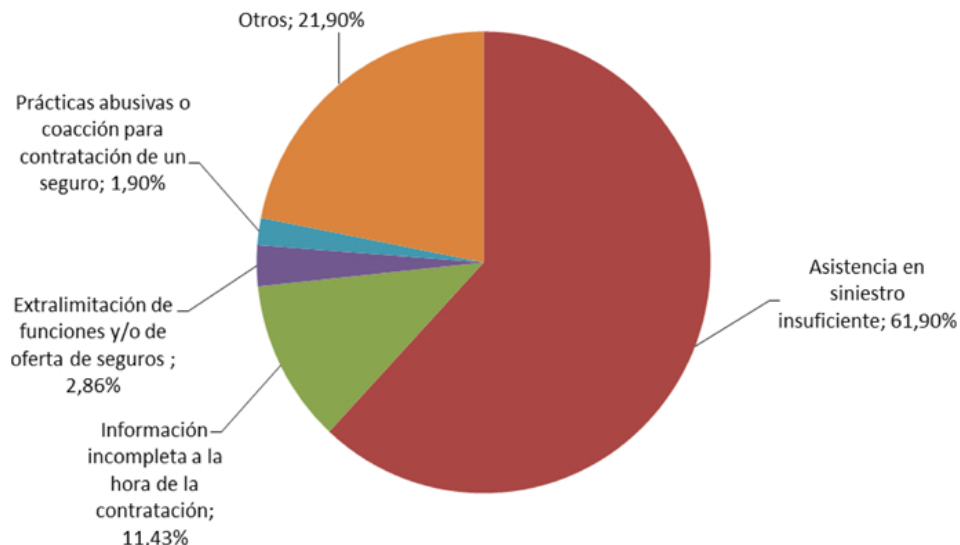
La LMSRP concede mayores garantías al tomador al no eximir al asegurador de su obligación de atender sus quejas y reclamaciones, y ello, porque a fin de cuentas, será la compañía de seguros, la obligada o no a dar cobertura a los siniestros¹²⁷.

No obstante, entendemos que se deberá modificar y adaptar la Orden ECO/734/2004, y sin esperar a la 2IMD, puesto que no tiene en cuenta la situación creada por la L26/06, haciendo extensiva la obligatoriedad de la creación de servicios de atención al cliente, no solo a los corredores de seguros, sino también al resto de mediadores, puesto que al realizan labores de diversa índole por delegación de las compañías, para proteger a los tomadores/ beneficiarios de un seguro, se hará responsable al mediador, en lo tocante todo lo que sea ajeno a las obligaciones de contratos u operaciones de seguros¹²⁸.

Igualmente, por la necesidad de transparencia deviene obligado, publicar el número y naturaleza de los asuntos sobre los que versan las reclamaciones de los usuarios de productos financieros, cuando menos las recibidas por el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones¹²⁹.

Así, en total sintonía el total de reclamaciones del año 2010 dirigidas contra los mediadores, fueron 137, de las cuales, 35 no fueron admitidas, lo que supuso un incremento del 22,32% con respecto del año anterior¹³⁰.

Por la naturaleza de las reclamaciones admitidas, el reparto quedó conforme siguiente gráfica:



Fuente: Memoria Servicio Reclamaciones 2010. DGSyFP.

No obstante, para el primer semestre del 2011, se presentaron 57 quejas ante la DGS por la labor de mediación- de las cuales no se admitieron 22- lo que supone una caída del 31,33% respecto del mismo período del ejercicio anterior¹³¹.

Si se establece una comparación de las quejas/ reclamaciones recibidas entre los mediadores y los aseguradores, la proporción es abismal, dado que las de los primeros suponen un 1,6% respecto de las de los segundos¹³².

Si bien es cierto que, a priori, no se objetiva mala praxis por parte de los mediadores, deberán éstos divulgar los medios de resolución de posibles conflictos con la clientela, visando siempre las resoluciones alternativas, como lo son la mediación y el arbitraje, y en tal sintonía, la 2IDM deberá establecer cauces ágiles y adecuados que articulen tales mecanismos, y que no ocurra como el arbitraje enunciado por la DSII para el caso de los conflictos con el asegurador de protección jurídica¹³³, que en la praxis, queda vacío de contenido¹³⁴, tal y como ya venía ocurriendo en la Directiva 344/87/CEE¹³⁵.

Tales instrumentos deberán ser mas concretados, y no como actualmente aparecen contemplados:

“Los Estados miembros garantizarán el establecimiento de procedimientos que permitan a los consumidores y otras partes interesadas, en particular las asociaciones de consumidores, presentar quejas sobre intermediarios de seguros y reaseguros. En todo caso deberá darse respuesta a las quejas.”¹³⁶

Por lo que entendemos que se deba hacer especial mención al arbitraje y a la mediación de conflictos, así como al papel del *ombudsman*, estableciendo unos parámetros comunes y mínimos de actuación, y no limitarse a enunciar la creación de la FIN- NET, enmarcada en los servicios financieros transfronterizos.

a. Retribución.

Tal y como hemos apuntado, también vinculado con la necesidad del ejercicio de transparencia, llegamos a todo lo relativo a la retribución de los mediadores, donde nos planteamos, si no se debería reconocer legalmente la realidad del mercado, y así dar mayor transparencia a los rendimientos de la actividad de mediación.

Queda legalmente establecido que el mediador de seguros, por definición conceptual, es un profesional que actúa bien como representante del asegurador¹³⁷, o bien como representante del asegurado¹³⁸, en una situación intermedia de asesoramiento, objetivo o no¹³⁹, por lo que cobra una comisión.

Los mediadores vienen apreciando el hecho de que las compañías-tanto aseguradoras como reaseguradoras-, fruto de la coyuntura internacional¹⁴⁰, y de una bajada de primas mas acelerada que la caída en la siniestralidad, están reduciendo sus beneficios lo cual tendrá repercusión en las comisiones que puedan ceder al canal mediador, lo que a su vez, incrementa la tendencia de la venta a distancia.

Dado que los mediadores están siendo presionados de un lado para reducir sus comisiones, bien directamente o bien por la aplicación de esquemas de comisionamiento en multiproductos, sometidos a condición de alcanzar determinados niveles de producción, y de otro lado para aumentar sus costes estructurales por reducción de tareas que antes asumían las aseguradoras directamente, pero que ahora por delegación asumen los mediadores.

Fundamentalmente, estas funciones delegadas son:

- Calcular primas;

- Emitir/ aceptar solicitudes/ propuestas de seguros;
- Emitir pólizas y suplementos;
- Liquidar comisiones y recibos;
- Verificar riesgos;
- Gestión de siniestros;
- Encargos de peritación¹⁴¹.

Ello supone en la práctica la necesidad de tener que adaptar sus estructuras a los ingresos pero también a las necesidades de una clientela cada vez más exigente. De hecho, se vienen dando en unos casos de entrada en concurso de acreedores u otros procesos de concentración de corredurías, que si no tienen en cuenta al cliente, y solo miran la rentabilidad financiera, estarán condenados al fracaso.

Además hemos de añadir que existe cierta descoordinación entre el colectivo de la mediación, donde las distintas asociaciones de corredores defienden los intereses de sus asociados, que no tienen por qué corresponder con los del colectivo en su totalidad, y de otro lado, los Colegios de Mediadores, que además no solo lo son de los corredores, sino también del resto de figuras, muchas de ellas, carentes de la independencia necesaria como para aportar soluciones al sector.

A pesar de lo anterior, con el actual sistema de retribución se buscó ganar en claridad y¹⁴², en realidad se ha podido incrementar todo lo contrario.

Y ello porque se limita la posible remuneración de los corredores de seguros al cobro de comisiones frente al asegurador y de honorarios frente al tomador¹⁴³.

En línea con la idea de dotar de más transparencia, los honorarios y la prima no se pueden cobrar en el mismo recibo, lo cual dispara el gasto administrativo de las corredurías, amén de la burocracia. La situación se resolvería si pudiera girarse un recibo con ambos conceptos.

Amén de lo anterior, dado que expresamente a los corredores se les prohíbe cobrar de las compañías cualquier retribución distinta de las comisiones, y el resto de mediadores sí pueden percibir otro tipo de remuneración (formación, viajes de incentivos, apoyo en gastos de máquetin, etc.) lo que conlleva dos situaciones hipotéticas:

- dos sistemas de retribución en función del tipo de mediador, con lo que eso supone de desigualdad;
- búsqueda de alternativas *atípicas* de retribución.

Si a todo esto, y en línea con lo que hemos apuntado, referente al aumento de las cargas administrativas delegadas por las compañías fruto de la reducción de la necesidad de contención en el resultado del ratio combinado, los márgenes con los que trabajan los mediadores, vienen menguando diariamente.

Es cierto que tal delegación, principalmente en el caso de los corredores, se puede considerar como un acto de confianza de la compañía para con su canal.

Pero también es cierto afirmar que además, el aumento de tales labores administrativas, implicará necesariamente un aumento de su responsabilidad, frente a la clientela, y frente al asegurador, el cual puede retirar tal delegación en cualquier momento¹⁴⁴.

Si por la labor de la mediación el asegurador paga al mediador “comisiones”, por la gestión de tales labores administrativas, el mediador deberá tener otro tipo de remuneración, que por transparencia, deberá ser distinto al de las comisiones, y que no deberá ser imputado al asegurado como “honorarios”, puesto que son tareas que el asegurador debería asumir, pero que, en cierto modo, externaliza en su propio canal.

Referido lo anterior, si bien es cierto que la Directiva actual recoge el concepto de “remuneración”¹⁴⁵, el cual es tan amplio que puede dar cabida a cualesquiera conceptos (i.e. honorarios, comisiones, suplidos, etc....), aprovechando la futura trasposición de la Directiva en ciernes, se deberá aprovechar la oportunidad para flexibilizar los esquemas retributivos de todos los mediadores, ganando además, en transparencia frente al mercado en general, y frente a la clientela en particular.

RÉGIMEN DE ACTUACIÓN PARA OPERACIONES EXTRACOMUNITARIAS.

En lo tocante al alcance extrafronterizo de la actividad de mediación, no importa la localización de los riesgos o la consumación

de los mismos¹⁴⁶, sino exclusivamente la ubicación geográfica del mediador¹⁴⁷.

La función de los reguladores y del alcance de la supervisión de éstos sobre mediadores cuya sede social está en otro país miembro, pero las operaciones las realiza en otro Estado de la Unión, están bajo el prisma del Protocolo de Siena, el cual inspiró la actual Directiva en este aspecto.

No obstante, ¿qué mecanismos de seguridad jurídica se otorga cuando mediadores comunitarios colocan riesgos extracomunitarios en (re)aseguradoras sedradas en territorio comunitario? ¿o se colocan riesgos comunitarios en (re)aseguradoras cuya sede social está fuera de la Unión?

Y todo ello con independencia de la sede social – o domicilio- del tomador¹⁴⁸.

Para ésta compleja situación, pero de práctica diaria, la actual normativa no atiende ni de lejos, las necesidades de concreción deseables.

Nuestra norma de mediación en seguros, solo contempla la actividad de mediación realizada por mediadores de otros países miembros de la Unión, no existiendo por tanto una cláusula de estilo de reciprocidad en el marco de la mediación como sí existe en el ámbito de la actividad aseguradora¹⁴⁹.

Aplicando la lógica recogida en la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados en armonía con la Ley del Contrato de Seguro, para determinar si se ha de aplicar la norma española o no, se habrá de estar en primer término a la localización del riesgo¹⁵⁰, y en segundo lugar, al domicilio del tomador¹⁵¹, opción aplicable con lógica para los casos en los que los riesgos estén localizados en distintos países.

No obstante, “(e)n los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable”¹⁵², y es precisamente a éstos a los que nos venimos refiriendo- junto con el reaseguro y coaseguro internacional-, puesto que para los riesgos “no grandes” o en las pólizas donde el tomador sea un consumidor, opera la bis atractiva del derecho español¹⁵³.

También, sin tener porque encuadrarse dentro del concepto “grandes riesgos” de nuestra Ley del Contrato de Seguro, encontramos operaciones en el tráfico diario sobre riesgos comerciales y políticos¹⁵⁴.

Para el caso de no tratarse del ámbito de los consumidores y usuarios, cabe la libre elección de las partes para determinar la norma aplicable, lo usos mercantiles¹⁵⁵, y el foro para la interpretación de la póliza¹⁵⁶, operando por tanto la libertad de elección entre las partes contratantes, matizado con el derecho de las víctimas, en caso de ocurrencia de un siniestro.

Dicho lo anterior, conforme a nuestra Ley de mediación, se aplicarán las disposiciones nacionales, para el caso en que el mediador tenga su sede social en España. El carácter expansivo de esta afirmación puede quedar sin efecto si las partes acuerdan libremente someterse a un foro ajeno a nuestro Poder Judicial.

Es cierto que el mediador no es parte en el contrato, por lo que únicamente estará sometido a nuestra regulación el “acto de mediación” y principalmente, el régimen tributario, pero, concretamente en el caso de las reclamaciones del tomador, existe la necesidad de establecer mecanismos de atención al cliente, por el asegurador¹⁵⁷, donde si se apela a un foro extranjero, con unas normas o usos mercantiles internacionales, queda a priori vacío de contenido la prerrogativa del artículo 2.3 de la LMSRP.

Aun a pesar de que la vigente Directiva de Mediación queda excluida de “(...) *las actividades de mediación de seguros ejercidas en terceros países* (...)”¹⁵⁸, entendemos que la 2IMD deberá concretar los márgenes de actuación de cada Estado y de la Unión en éstos casos, donde entendemos que deba pivotar sobre la idea de la supremacía de la norma comunitaria – y si bis atractiva- para con respecto de las operaciones extracomunitarias, quedando sujeto en todo caso, al derecho comunitario, supervisando éstas operaciones por el Regulador Comunitario, con el fuero que las partes libremente pacten.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

Entendemos que la nueva Directiva de mediación y su transposición deberá comportar las siguientes premisas:

- Zanzar definitivamente el capítulo competencial, visando siempre la unidad de mercado y la libre competencia, junto con el fomento de la iniciativa privada.

- Recoger las opiniones de la Autoridad europea de Seguros y Planes de Pensiones, y dotarla de instrumentos efectivos de potestad supervisora, buscando la uniformidad en los parámetros de interpretación de las normas.

- Delimitar la actuación de los supervisores nacionales con la idea de minimizar las “desigualdades” entre distintos tipos de mediadores.

- Establecer los grupos de mediadores en función de los ramos en los que medien, y someter a su regulación la venta de pólizas directamente por las aseguradoras.

- Articular mecanismos efectivos de resolución de conflictos comunes a todas las tipologías de mediadores;

- Prohibir distintos tipos de retribución en función del grado de dependencia o no de los mediadores frente a los aseguradores. La retribución debería ir en función de la naturaleza del producto mediado- y grado de asesoramiento necesario- , las funciones que el mediador asume por delegación de las compañías aseguradoras, y en función del volumen de negocio que el mediador potencialmente pueda aportar a la aseguradora.

- Regular, mínimamente si quiera, las operaciones extracomunitarias y/o riesgos intracomunitarios con contratantes extra e intracomunitarios.

Hemos de reseñar que en el debate sobre la Segunda Directiva de mediación en seguros se está proponiendo modificar el vocablo “mediación” por el de “producción”, por lo que es posible que la 2ª Directiva de Mediación en Seguros, sea la primera Directiva de “Producción” de Seguros.

No es solo estamos ante un cambio terminológico, sino que se hace con la idea de incluir en el ámbito de la 2ª DMS otras funciones o labores que no son las estrictamente circunscritas a lo que hoy en día entendemos como “mediación” en seguros.

BIBLIOGRAFÍA.

Bethencourt Reis, A.; “Normativa sobre el seguro de protección jurídica”, *Boletín Información Jurídica Gesa*, 1º y 2º trimestres 1992.

Calonge Velázquez. A.; “El principio de unidad de mercado en la Constitución española de 1978”, en *Anales de estudios económicos y empresariales*. Nº 3, 1988.

Castelo Matrán, J. y otros, *Diccionario Mapfre de Seguros*, Madrid, Edición año 2008.

Davenport, N. y Krauss. H., *¿Evolución o revolución? Proyecto de Directiva sobre Intermediación de Seguros*, Observatorio de la Distribución del Seguro Europeo, París. 2011.

Gamir Meade, R.; “Un enfoque práctico desde la óptica de técnica normativa de las operaciones de transposición de Directivas comunitarias” en *Revista del Poder Judicial*, Vol. 1 (1.998) Nº 49.

García, C.; “La Directiva Solvencia II y la Actividad de Mediación”, *CEF LEGAL*, nº 113, Junio 2010.

García, C.; “Críticas al modelo español de mediación en la gestión de siniestros.”, *InteriuraNews* 11-2010 (<http://www.interiura.com/es/news-0006-002>).

Gonzalo Alonso, F.; “Gerencia de riesgos”, en *Anales de Mecánica y Electricidad ICAI*, Vol. 82. Fasc. 3. (2005).

Hernández Muñoz, L.; “Los riesgos y su cobertura en el Comercio Internacional”, en *Fundación Confemetal*, Madrid. 2003.

David, R. et Jauffret-Spinosi, C., *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París. 11ª Edición. 2002.

Del Caño Escudero, F.; *Derecho español de seguros*, Imprenta Suárez, Madrid, 1.983. 3ª Edición.

Díaz de Diego, P.; “La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio”, *Cuadernos de la Fundación*, Nº 130, 2009.

Krauss, H. y Davenport, N.; *IMD2, Proyecto de directiva sobre intermediación de seguros: ¿Evolución o Revolución?* RBI/INESE, Madrid, 2011.

Luque, P., El auxiliar-asesor de los mediadores de seguros [Web 2011. http://www.dgsfp.meh.es/Mediadores/Documentos/Registro%20Auxiliares/DGSFP_2011-06-22_Auxiliar%20asesor.pdf [Consulta 15 Diciembre 2011]

Navarro Contreras, E.; “El nuevo Régimen de los Contratos de Seguro en el comercio internacional”, *Editorial Alhulia*, Salobreña. 2000.

Olivencia Ruiz, M.; “El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro”, *8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica*, Sevilla, 1981.

Olmos Pildaín, A.; *El Seguro de Defensa Jurídica*, Aranzadi, Elcano, 1997.

Olmos Pildaín, A., “Las Lagunas de la regulación del seguro de defensa jurídica en la Ley de Contrato de Seguro” *Revista Española de Seguros* Vol. II, nº 123-124, Madrid (2005).

Rivero Alemán, S., *Seguro Turístico y de Asistencia en Viaje*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998.

Sanza, D.; “El caso de Canadá”, en *II Congreso Nacional de corredores y corredurías de seguros FECOR*, Madrid. Noviembre 2011.

Scott E. Harrington, Ph.D.; “The Financial Crisis, Systemic Risk, and the Future of Insurance Regulation”, en *The Journal of Risk Management*, Vol. 6, Nº 4, Diciembre 2009.

Tinoco Pastrana, A.; *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

Tirado Suárez, F.J.; *Ley Ordenadora del Seguro Privado: exposición y crítica*, en Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Utrera, 1.984.

Tirado Suárez, F.J, et all.; *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2007.

NOTAS

1 A modo de ejemplo reseñar que el número de mediadores inscritos en la DGSyFP en el año 2010 frente al ejercicio anterior sufrió una oscilación del -0,98%. Informe Seguros y Fondos de Pensiones 2010. DGSyFP.

2 En éste sentido, vide **Krauss, H. y Davenport, N.**; *IMD2, Proyecto de directiva sobre intermediación de seguros: ¿Evolución o Revolución?* RBI/INESE, Madrid, 2011.

3 Comunicación de la Comisión de 20 de Noviembre de 2007 - Revisión del proceso Lamfalussy: Mayor convergencia en la supervisión [COM(2007) 727 final - Diario Oficial C 55 de 28.2.2008]

4 Art. 1.2 del C.C.

5 **Tinoco Pastrana, A.**; *Fundamentos del sistema judicial penal en el Common Law*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001. Pág. 39. Para ahondar comparativamente más en la materia, vide **David, R. et Jauffret-Spinosi, C.**, *Les Grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, París. 11ª Edición. 2002.

6 Art. 249 del **Tratado Constitutivo de la Unión Europea**.

7 Vgr. FSA para el caso de UK; IFSRA para el caso de Irlanda; el ACAM galo, etc.

8 Art. 4.b.1.1 del **Real Decreto 438/2008**, de 14 de Abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. Art. 6 del **RD345/2012**, de 10 de Febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Competitividad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

9 A modo de ejemplo, referirnos a la situación conflictiva se mantuvo entre el Director del Regulador y la Presidencia de la Agrupación Mutual Aseguradora, AMA, donde el Supervisor inhabilitó al Presidente de AMA, y éste, junto con dos secretarios del Consejo de Administración se querellaron contra el Director de la DGSyFP por prevaricación y cohecho. Fruto de ésta situación tenemos por ahora la STJ de Madrid, Sección 8ª de lo Contencioso, nº 447/2010, de fecha

2 de Abril, y finalmente se retiraron las querellas, a cambio de que el Regulador no recurriera la STJ Madrid 447/2010.

10 Antes del EIOPA existía el Comité de Supervisores Europeos de Seguros (CEIOPS). Sobre la pertinencia o no de la existencia de un Regulador comunitario, vide **Scott E. Harrington, Ph.D.**; “The Financial Crisis, Systemic Risk, and the Future of Insurance Regulation”, en *The Journal of Risk Management*, Vol. 6, N° 4, Diciembre 2009.

11 Art. 8 del **Reglamento (UE) 1094/2010**, del Parlamento europeo y del Consejo, de fecha 24 de Noviembre de 2010, por el que se crea una Autoridad europea de Supervisión (Autoridad Europea de Supervisión de Seguros y Pensiones de Jubilación).

12 Cf. Considerando 41 del **Reglamento (UE) 1094/2010**.

13 Vide art. 2.5; 2.6; 2.7 de la **Directiva 2002/92/CE**.

14 I Preámbulo *in fine* de la **Ley 26/06**.

15 Art. 3.1.c) de la **Ley de Mediación**.

16 Vide **García, C.**; “Críticas al modelo español de mediación en la gestión de siniestros.”, *InteriuraNews* 11-2010 (<http://www.interiura.com/es/news-0006-002>).

17 Contestación Consulta DGSyFP AG 497/2007, de fecha 10 de Enero de 2008. Vide art. 11 del **RDL 6/2004**. En misma línea, vide art. 27 del Proyecto 121/1000142, de Ley de Supervisión de los Seguros Privados.

18 Art. 28 de la **Ley de Mediación**.

19 Vide, entre otros, el art. R530 del **Code des Assurances**.

20 Contestación Consulta DGSyFP 569/2008, de fecha 1 de Abril de 2009.

21 Vgr. art. 2 del **Tratado CEE**.

22 **Díaz de Diego, P.**; “La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio”, *Cuadernos de la Fundación*, N° 130. Pág. 10.

23 DGSyFP [Web 2011 <http://www.dgsfp.meh.es/mediadores/>]

24 Nos referimos al hecho de que la DGSyFP venía excluyendo la posibilidad de que una agencia de suscripción suscribiera riesgos por cuenta de más de una aseguradora, razonando que “sus actividades se entenderán realizadas directamente por dicha entidad aseguradora” (Contestación Consulta “Relativa a la regulación de las agencias de suscripción”, de fecha 30 de Noviembre de 2007; Contestación Consulta AG 3564/2006 de 6 de Febrero de 2007; Contestación Consulta AG 680/2007, de fecha 10 de Enero de 2008). Y ello a pesar de que en la Disposición Adicional 3^a.1. de la **Ley 26/2006**, recogía expresamente que “*(l)as actividades que lleven a cabo las agencias de suscripción de riesgos por cuenta y en representación de las entidades aseguradoras o reaseguradoras (...)*”, es decir, hablaba en plural, y no por error, sino por decisión expresa del legislador. En consonancia con nuestro razonamiento, en la **Ley 2/2011**, de Economía Sostenible, cuando se aborda la regulación de las agencias de suscripción, vuelve a emplearse el plural y no el singular. Claro ejemplo lo tenemos en la nueva redacción que se da al artículo 86 bis. 6. Por otro lado, entendemos que el Regulador patrio se contradice, al sí aceptar suscribir riesgos para distintos aseguradores dentro del marco del Lloyd’s, porque lo considera una única entidad aseguradora (Cf. Contestación 2939/2007 de fecha 5 de Julio de 2007). El desconocimiento sobre la regulación española por parte de la DGS sobre las agencias de suscripción – y de su propia naturaleza-pues llega hasta el extremo de que en la citada Consulta Lloyd’s, aparece titulado el apartado 2 como “Relación entre la agencia de suscripción y *otros mediadores*”, cuando a tenor de lo reseñado en el Considerando VII párrafo Segundo, en la DA3^a. 1. de la **Ley 26/2006**, se recoge que la actividad de la agencia de suscripción “*(...) no podrá considerarse que constituyen las actividades de mediación de seguros o de reaseguros privados, definidas en el art. 2.1 de esta Ley*”. Además, en el propio portal de la Dirección General, en el apartado “Criterios del Servicio de Mediadores de Seguros”, se incluye las AS (<http://www.dgsfp.meh.es/profesionales/informaciontecnicams.asp>). Es por ello que la Ley de Economía Sostenible deriva la regulación de las AS al marco de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, saliendo de la norma de Mediación. Esta actitud de la propia DGS viene a ser otra práctica que deja en clara desventaja competitiva a nuestras empresas, toda vez que en distintos países de la Unión sí se les permite a las agencias de suscripción de riesgos realizar sus funciones de suscripción por cuenta de varias aseguradoras. Esperamos que con la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 bis y 86 ter del RDL6/2004, la DGS

cambie su postura, y sea más congruente con el espíritu de la norma y con la realidad económica.

25 **Bethencourt Reis, A.**; “Normativa sobre el seguro de protección jurídica”, *Boletín Información Jurídica Gesa*, 1º y 2º trimestres 1992. Pág. 40. Fuera del marco comunitario, en Suiza también existía tal prohibición, sin lugar a dudas por la influencia directa del modelo alemán.

26 **Olivencia Ruiz, M.**; “El Seguro de Protección Jurídica. Del pasado al futuro”, *8º Congreso Internacional de Aseguradores de Defensa Jurídica*, Sevilla, 1981. Pág. 272.

27 **Olmos Pildaín, A.**; *El Seguro de Defensa Jurídica*, Aranzadi, Elcano, 1997. Pág. 134.

28 Art. 203 de la **Directiva 2009/138/CEE**, Solvencia II.

29 Vgr. Contestación Consulta DGSyFP nº 569/2008, de fecha 1 de Abril de 2009, lo cual es para nosotros en una excesiva interpretación del artículo 4.6 de la Directiva de Mediación.

30 Vgr. Considerandos 16, 17, 98 de la **DSII**. También vide Exposición de Motivos II, párrafo segundo letra b del **RDL 6/2004**.

31 Cif. Art. 47.3 de la **Ley 26/2006**.

32 Interpuestos por el Gobierno de la Generalidad y el Gobierno vasco respectivamente.

33 STC 86/1989. Pleno, de fecha 11 de Mayo.

34 Recurrido por la Generalidad de Cataluña. Cuando se conoció del recurso por el TC, la referida Ley 30/95, estaba derogada por el **RD 6/2004, de 29 de Octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados; no obstante “(...) los preceptos impugnados de la Ley 30/1995 han sido reproducidos literalmente, con la misma numeración e idéntico carácter básico, en el nuevo texto refundido” (Cf. Fundamento Jurídico 1º a de la STC 173/2005; mismo sentido vide STC 46/2000, de 17 de Febrero).

35 STC 173/2005. Pleno, de fecha 23 de Junio.

36 Art. 1149.1.11 **CE**.

37 Vide STC 173/2005, Pleno, de fecha 23 de Junio.

38 Fundamento Jurídico 2º de la STC 86/1989. En este mismo sentido vide STC 77/1985, de 27 de Junio en su Fundamento Jurídico 16º, así como STC 220/1992, de 11 de Diciembre, en su Fundamento Jurídico 4º.

39 STC 32/1983, de 28 de Abril, Fundamento Jurídico 2º. En el punto 3º de los Antecedentes de la STC 173/2005, se recoge que “(...) se recuerda que éste Tribunal ha admitido que una competencia ejecutiva pueda ostentar carácter básico por su trascendencia en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo (...)”.

40 STC 86/1989, Pleno. Fundamento Jurídico 13º d in fine.

41 Actualmente todas, excepto la Región de Murcia. La Ciudad Autónoma de Melilla y La Ciudad Autónoma de Ceuta, no tienen conferidas tal competencia. Respectivamente, vide art. 21 **Ley Orgánica 2/1995**, de 13 de Marzo, Estatuto de Autonomía de Melilla, y art. 21 **Ley orgánica 1/1995**, de 13 de Marzo, Estatuto de Autonomía de Ceuta.

42 Art. 47.2 párrafo 3º en relación con el artículo 52.4 de la **Ley 26/2006**.

43 STC 1/82, de 28 de Enero.

44 Art. 47.2 **Ley 26/2006**; art. 69 **RDL 6/2004**.

45 **Calonge Velázquez. A.**; “El principio de unidad de mercado en la Constitución española de 1978”, en *Anales de estudios económicos y empresariales*. Nº 3, 1988. Pág. 144.

46 Art. 47.3 de la **Ley 26/06**.

47 En el artículo 1 f de la **Orden EHA/1805/2007** se obligaba a los corredores de (rea)seguros a presentar la documentación estadístico contable con carácter anual.

48 Reseñar que la periodicidad anual era la obligación con la anterior normativa. Vide art. 3 del no vigente **RD 301/ 2004**.

49 Conforme redacción dada por la **Ley 2/2011**, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible.

50 Art. 5.1 **RD764/2010**.

51 Art. 19. c del **RD 1127/2008**, de 4 de Julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda.

52 Desarrollado por la **Orden EHA/2513/2011**, de 15 de Septiembre.

53 Art. 55.2 h de la **Ley de Mediación**.

54 Art. 56.1 de la **Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados**.

55 Vgr. Considerando V de la **Ley 26/06**.

56 Art. 9.3 **CE**.

57 Contestación Consulta DGSyFP 569/2008, de fecha 1 de Abril de 2009.

58 No perdamos de vista el por qué del mandato de la DSII sobre la modificación de la actual **Directiva 2002/92/CE**.

59 Considerandos 3º y 4 de la **Directiva 89/48**.

60 España con 77 casos, es el cuarto país de la Unión, con mayor número de litigios por mala adopción de Directivas, adelantado solo por Italia, Grecia y Bélgica. Cf.: [Web 2011. <http://www.diariojuridico.com/actualidad/noticias/espana-cuarto-pais-con-mas-litigios-con-la-ue-por-directivas-mal-adaptadas.html> , Consulta 9/1/2012]

61 STJUE Asunto C286/06, de fecha 23/10/09.

62 Sobre los límites al proceso de transposición vide **Gamir Meade, R.**; “Un enfoque práctico desde la óptica de técnica normativa de las operaciones de transposición de Directivas comunitarias” en *Revista del Poder Judicial*, Vol. 1 (1.998) Nº 49. Pp. 199-270.

63 Art. 2 Directiva 2002/92/CE.

64 Sobre la homologación de títulos, vide Orden Ministerial Educación y Ciencia de 14 de Marzo de 1988; Orden Ministerial Educación y Ciencia de 30 de Abril de 1986; Orden EDC/3305/2002, de 16 de Diciembre; Orden EDU/1603/ 2009, de 10 de Junio; y Orden EDU/520/2011 de 7 de Marzo.

65 Cf. **Davenport, N. y Krauss. H**, *¿Evolución o revolución? Proyecto de Directiva sobre Intermediación de Seguros*, Observatorio de la Distribución del Seguro Europeo, París. 2011.

66 Art. 10 a del **RD 764/10**. Art. 2 Resolución 18 de Febrero de 2011, de la DGSyFP.

67 Art. 25.2 b de la **Ley 26/06**.

68 Hemos de añadir que en el tracto mercantil diario, se dan situaciones de desventaja entre cualesquiera mediadores y los operadores banca seguros, derivado de la domiciliación bancaria de los recibos. La entidad de crédito sabe previamente del vencimiento de un seguro, al realizarse el cargo en la cuenta de su cliente, lo que le permite ofrecer en el momento oportuno todo un seguro sabiendo incluso cuanto le costará al tomador la renovación, lo cual es una ventaja competitiva, pero que no entra dentro de la definición legal de “competencia desleal”. Vide arts. 4 al 18 de la **Ley 3/91**, de 10 de Enero, de Competencia Desleal.

69 Art. 25.2c **Ley 26/06**.

70 Art. 27.1 g de la **Ley de Mediación**.

71 Arts.9 y 122 del **Decreto-Lei Nº 73**, de 21 de Noviembre de 1.966. Vide también art. 18 de la Ley 4.594 de 29 de Diciembre de 1.964.

72 Canadá tiene a su vez una excepción, Quebec, donde sí se comercializan seguros en el canal bancario. Concretamente, a través de una caja de ahorros, la Caisse Desjardin.

73 Estas entidades de crédito canadienses son equiparables a las definidas en el artículo 1.1 a del **RDL 1298/86**.

74 **Sanza, D.**; “El caso de Canadá”, en II Congreso Nacional de corredores y corredurías de seguros FECOR, Madrid. Noviembre 2011.

75 Art. 10 c **RD 764/2010**.

76 Art.1 del **RD1490/2011**, por el que se modifica el articulado del **RD764/2010**, entre otros el art.10, referido a la acreditación de conocimientos necesarios para el ejercicio de la mediación.

77 **Luque, P.**, El auxiliar-asesor de los mediadores de seguros [Web 2011. <http://www.dgsfp.meh.es/Mediadores/Documentos/Registro%20>

78 Art. 8.2 de la **Ley de 26/06**.

79 Otro caso idéntico lo encontrábamos en la DA 3ª de la misma Ley de Mediación, donde antes de la modificación del RDL 6/2004 -por la Ley de Economía sostenible (*ojo al parche*)-, se regulaban las agencias de suscripción, recogiendo que su labor *no era mediación*. Todo esto nos hace pensar que no se aborda la problemática y las cuestiones de la mediación de una forma seria por parte de nuestro legislador, ni por la Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones, ni por el regulador.

80 Art. 8.1 Párrafo 2 de la **LMSRP**

81 **García, C.**; “Críticas al modelo español de mediación en la gestión de siniestros.”, *InteriuraNews* 11-2010 (<http://www.interiura.com/es/news-0006-002>).

82 **Gonzalo Alonso, F.**; “Gerencia de riesgos”, en *Anales de Mecánica y Electricidad ICAI*, Vol. 82. Fasc. 3. (2005). Pp. 32-36.

83 Art. 1.2 de la **Directiva de Mediación en Seguros**. Art. 3 de la **Ley de Mediación**.

84 Art. 4.3 **LMSRP**.

85 El 18% de IVA frente al 6% de IPS. Art. 90.1 de la **Ley 37/1.992**, del IVA y art. 12.11 de la **Ley 13/1996**, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

86 Art. 92 de la **Ley 37/1992**.

87 Principalmente del ramo 18, de asistencia en viaje, también llamado seguro turístico.

88 **Rivero Alemán, S.**, *Seguro Turístico y de Asistencia en Viaje*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998, Pp. 62-64.

89 Entiéndase que no se trata de un *numerus clausus*.

90 Actualmente tienen vetada tal posibilidad (art. 8 **Ley 26/06**), aunque la lógica impone que al ofrecer un seguro, se asesore sobre la conveniencia o no de contratar.

91 Art. 3.13 de la **Ley 17/2009**, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

92 **Tirado Suárez, F.J, et all.**; *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2007. Pág. 563.

93 Art.2 **Directiva Solvencia II**.

94 Disposición Adicional Séptima del **RDL 6/2004**. En consonancia, vide art. 129 del Proyecto de Ley de Supervisión de Seguros Privados.

95 De otro lado, reseñar que tal contrato de agencia no es habitual en las operaciones de reaseguro antes de cerrar el contrato de reaseguro. Vide **Tirado Suárez, F.J, et all.**; *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2007. Pp. 567-569.

96 Resolución DGSyFP de 18 de Febrero de 2011. Arts. 10 y 12 del **RD 764/2010**.

97 Exposición de Motivos IV párrafo 6^a de la **Ley 26/2006**.

98 Art. 12.1 e **Directiva 2002/92/CE**.

99 **Tirado Suárez, F.J.**; *Ley Ordenadora del Seguro Privado: exposición y crítica*, en Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Utrera, 1.984. Pág. 101.

100 Anexo I y Anexo II de la Resolución DGSyFP de 18 de Febrero de 2011.

101 Art. 9.3 **CE**.

102 Como el que se recoge para las aseguradoras que tuvieran autorización antes de 1.981. DA Séptima del **RDL 6/2004**.

103 Vgr. Disposición Transitoria Primera, Disposición Transitoria Segunda, de la **Ley 26/2006**.

104 Informe ICEA: “Canales de distribución. Resumen ejecutivo año 2010”.

105 *Opus cit.* Informe ICEA...

106 A modo de ejemplo, Click Seguros, Balumba, Verti, Fénix Directo, Direct Seguros, y la pionera en venta telefónica, Línea Directa Aseguradora.

107 Arts. 8 párrafo 2º; 19.3; 21.3 e; 25.2b; 27.1 b.

108 Art. 2.1 **L26/02**.

109 Art.3.1 d **RDL 6/2004**. En mismo sentido, art. 3 del Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados. Vide art. 1 de la **LCS**.

110 Art. 5 de la **Ley 50/80**.

111 Considerandos 21 y 22 de la **Directiva 2002/65/CE**, del Parlamento Europeo y Consejo, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

112 **Ley 22/2007**, de 11 de Julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

113 Se establecen penalizaciones si en más de determinadas cotizaciones nunca la compañía queda como la opción más barata. También suele cobrarse una cuantía fija por cada contratación.

114 Art. 2.1 **L26/02**.

115 Art. 2.1 de la **Ley de Mediación**.

116 **Art. 10 RD 764/2010**, de 11 de Junio, por el que se desarrolla la **Ley 26/2006**, de 17 de Julio, de mediación de seguros y reaseguros privados en materia de información estadístico-contable y del negocio, y de competencia profesional.

117 Art. 4.1 de la **LMSRP**. Art. 2.3 párrafo 2 de la **Directiva 2002/92/CE**.

118 Art. 7 de la **Ley 26/2006**.

119 Arts. 2.3 y 3.1 b de la **L26/06**. En mismo sentido, art. 2.3 de la **Directiva 2002/92/CE**.

120 **Del Caño Escudero, F**; *Derecho español de seguros*, Imprenta Suárez, Madrid, 1.983. 3ª Edición. Pág. 343.

121 Considerando 139 de la **DSII**.

122 Exposición de Motivos del **RD 303/2004**.

123 Sobretudo en los países escandinavos. Vide **Stromback, E.**; “La institución del Defensor del Asegurado en Suecia y en los países nórdicos”, ponencia de la *I Reunión Internacional del Defensor del Asegurado*, Madrid, 1.986. Pág. 23.

124 STC 15/89, Pleno, de 26 de Enero; STC 62/91, Pleno, de fecha 22 de Marzo.

125 Art. 44.1 **LMSRP**.

126 Art. 2.1 **Orden ECO/734/2004**.

127 No olvidemos que cuando se aprobó la **OM ECO/734/2004**, estaba aún vigente la anterior Ley de Mediación - **L9/1992**- donde solo se diferenciaba entre corredores de seguros y agentes, los hoy exclusivos. Es decir, la obligación de resolver las quejas de los clientes de los agentes se declinaba hacia las compañías- art. 63 **RDL 6/2004**- y de las corredurías, a su servicio de atención al cliente.

128 Considerando 127 de **DSII**.

129 Art. 18.1 **RD 303/2004**.

130 Memoria Servicio Reclamaciones 2010. DGSyFP.

131 Informe Servicio Reclamaciones Primer Semestre 2011. DGSyFP.

132 Memoria Servicio Reclamaciones 2010. DGSyFP.

133 Art. 203 **Directiva Solvencia II**.

134 **Olmos Pildaín, A.**, “Las Lagunas de la regulación del seguro de defensa jurídica en la Ley de Contrato de Seguro” *Revista Española de Seguros* Vol. II, nº 123-124, Madrid (2005). Pág. 733.

135 Art. 6 **Directiva del Consejo 87/344/CEE**.

136 Art. 10 **Directiva 2002/92/CE**.

137 Art. 21.3h de la **LMSRP**.

138 La relación que subyace entre los corredores de seguros y los

tomadores, o clientes del corredor, es la del contrato del mandato del 1709 y ss, del C.C., así como del 244 y ss. del C.Co.

139 Arts. 31.1 y 42.4.a de la **Ley 26/2006**.

140 No nos referimos solo a la crisis económica y financiera, sino también al aumento de los desastres naturales y situación geopolítica.

141 **García, C.**; “La Directiva Solvencia II y la Actividad de Mediación”, *CEF LEGAL*, nº 113, Junio 2010.

142 **Díaz de Diego, P.**; “La mediación en seguros privados: análisis de un complejo proceso de cambio”; *Cuadernos de la Fundación*, nº 130, 2009. Pág. 76. En mismo sentido vide punto II párrafo segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Mediación, donde se justifica la nueva regulación, no sólo para la transposición de la Directiva, sino para mejorar en transparencia.

143 Art. 29.2 de la **Ley 26/06**.

144 **Tirado Suárez, F.J, et all.**; *La Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Thomson Aranzadi; Cizur Menor; 2007. Pág. 490.

145 Art. 2.5 **Directiva MSP**.

146 Sobre el concepto de consumación o realización del riesgo, vide **Castelo Matrán, J. y otros**, *Diccionario Mapfre de Seguros*, Madrid, Edición año 2008.

147 Art. 2.3 de la **Ley 26/06**. Art. 1.1 **Directiva 2002/92/CE**.

148 A éste respecto, habremos de estar a lo recogido en el **Convenio de Bruselas** de 27 de Septiembre de 1968, BOE 11 de Febrero de 1984.

149 Art. 2.2 del **RDL 6/2004**. Art. 60 y ss. del Proyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados.

150 Se entenderá localización del riesgo en el caso de los automóviles, el país de matriculación, y en seguros de viaje, el lugar de suscripción. Vide **Navarro Contreras, E.**; “El nuevo Régimen de los Contratos de Seguro en el comercio internacional”, *Editorial Alhulia*, Salobreña. 2000. Pp. 138 y ss.

151 Art. 1.3 del **RDL 6/2004** en armonía con el artículo 107.1 **LCS**.

152 Art. 107.2 **LCS**. Art.7.1f de la Segunda Directiva **88/357/CEE** del Consejo. Art. 27 Tercera Directiva **90/232/CEE** del Consejo.

153 Art. 2 del **RDLegislativo 1/2007**, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. **Navarro Contreras, E.**; *El Nuevo Régimen de los Contratos de Seguro en el Comercio Internacional*, Editorial Alhulia, Salobreña. 2000. Pág. 331.

154 **Hernández Muñoz, L.**; “Los riesgos y su cobertura en el Comercio Internacional”, en *Fundación Confemetal*, Madrid. 2003. Pp. 87, 141.

155 Nos referimos principalmente a los Incoterms.

156 Donde suele indicarse el sometimiento al arbitraje de la Cámara de Comercio de París.

157 Art. 44 **LMSRP**. Orden ECO 734/2004, de 11 de Marzo. **RD 303/2004**, de 20 de Enero.

158 Art. 1.3 párrafo 3º de la **Directiva 2002/92/CE**.

RESPONSABILIDAD EN DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

Nuria Pina Barraón

Juez Sustituta de los Tribunales de León

SUMARIO:

1. LEGISLACIÓN APLICABLE. 2. CONCEPTO DE RUINA. 3. RESPONSABILIDADES Y PLAZOS. 4. DOCTRINA Y CRITERIO. 5. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN:

Se analiza desde un punto de vista jurídico la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas que intervienen en la realización de una obra de **construcción** cuando la misma adolece de **defectos** que imposibilitan o al menos impiden parcialmente la utilización de la misma para los fines para la que fue construida, sean viviendas, locales de negocio o para otros usos. Se plantea la **responsabilidad decenal**, así como la responsabilidad del constructor, del promotor, en su caso, el arquitecto y el aparejador, así como de las aseguradoras de los mismos, aludiendo brevemente a la responsabilidad personal de cada uno de ellos, haciendo referencia a teoría del “**levantamiento del velo**” en relación con los administradores de las entidades jurídicas implicadas.

ABSTRACT:

There is analyzed from a juridical point of view the responsibility of the natural and juridical persons who intervene in the accomplishment of a work of construction when the same one suffers from faults that they

disable or at least they prevent partially the utilization of the same one for the purposes for the one that was constructed, be housings, places of business or for other uses. The decennial responsibility appears, as well as the responsibility of the builder, of the promoter, in his case, the architect and the rigger, as well as of the insurance ones of the same ones, alluding brief to the personal responsibility of each one of them, referring to theory of the “ raising of the veil “ in relation with the administrators of the implied legal entities.

1. LEGISLACIÓN APLICABLE

La responsabilidad de los agentes que intervienen en la construcción se basa principalmente en lo establecido en el Código Civil (art. 1591, 1902 y ss), así como en diversas leyes, entre las cuales, la principal, es la Ley de ordenación de la edificación, Ley 38/99 de 5 de noviembre.

El art. 1591 del Código Civil establece que “el contratista de un edificio que se arruina por vicios de construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de 10 años contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere si se debe la ruina a vicio del suelo, o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará 15 años”.

Son aplicables, asimismo, los artículos del Código civil referentes a la responsabilidad, tanto contractual, como extracontractual (arts. 1101 y ss y 1902 y ss), en especial el art. 1910 del Código Civil, que regula la responsabilidad civil del cabeza de familia, aplicable a los promotores y otros sujetos implicados en la construcción.

Existen varios niveles de responsabilidad, en atención a la gravedad de los defectos de la construcción, y así se ha entendido también para regular los plazos y los responsables de los mismos.

2. CONCEPTO DE RUINA

En primer lugar, voy a tratar el concepto de ruina, que dentro de los defectos de construcción es lo más grave que puede ocurrir en un edificio, y que según establece la doctrina del Tribunal Supremo, consiste en que en materia de vicios ruinógenos incardinables en el art. 1591 cc, la doctrina de dicho Tribunal distingue, junto con las hipótesis de derrumbamiento total o parcial (ruina física) y de peligro de derrumbamiento o deterioro progresivo (ruina potencial), en las que se destaca el valor físico de la solidez, la denominada ruina funcional que tiene lugar en aquellos supuestos en los que los defectos constructivos inciden en la idoneidad de la cosa para su normal destino, y por consiguiente, afecta al valor práctico de la utilidad, como exigencia, junto a la seguridad, de una adecuada construcción.

Se aprecia la ruina funcional cuando los defectos tienen una envergadura o gravedad que excede de las imperfecciones corrientes haciendo inútil o impropia la cosa para su finalidad. Por tanto, el concepto de ruina no es el restrictivo que significa destrucción de la obra, sino uno mucho más amplio, el de ruina funcional que alcanza o bien a toda la construcción o bien a una parte o elementos de la misma, excediendo de imperfecciones corrientes. La doctrina del Tribunal Supremo, por tanto, establece que los graves defectos a los que se refiere la ruina, sean aquéllos que hagan temer la pérdida del inmueble o le hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como aquellos otros que por exceder de las imperfecciones corrientes, configuren una violación del contrato o incidan en la inhabilidad del edificio.

Lo que significa que la ruina funcional configura una auténtica violación del contrato y superados del significado riguroso y estricto del arruinamiento total o parcial de la obra hecha, como dijo la STS de 1 de febrero de 1998 y la de 6 de marzo de 1990. Cuando existe dicha ruina funcional se aplica, por tanto, la responsabilidad decenal que recoge el art. 1591 cc, y ha sido tratada en numerosas ocasiones por los distintos tribunales de justicia, y en concreto el TS que, como hemos visto, tiene una doctrina ya sentada en cuanto a lo que se entiende por tal ruina.

La ley de ordenación de la construcción, por su parte, establece una serie de plazos diferentes según el tipo de defectos, de los que más tarde hablaré.

3. RESPONSABLES Y PLAZOS

En cuanto a los responsables de la construcción, éstos son los siguientes:

- Promotor.- es la persona que, «individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9), y al que se equiparan los gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios.

- El «proyectista», o «agente que, por encargo del promotor y con sujeción a la normativa técnica y urbanística correspondiente, redacta el proyecto» (art. 10). Debe ser un arquitecto.

- El «constructor» o «agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato» (art. 11).

- El «director de obra», o «agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto» (art. 12). Es el aparejador, que también suele hacer la función de «director de la ejecución de la obra» o «agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado» (art. 13).

- También poseen la indicada condición de agentes de la edificación las entidades y los laboratorios de control de calidad de la edificación y los suministradores de productos, definidos en los artículos 14 y 15.

Con la ley de ordenación de la edificación, se acota el ámbito subjetivo de los responsables por los daños materiales del inmueble y se elimina la incertidumbre que en tiempos pasados provocaba la extensión de la responsabilidad a algunas de estas figuras, por ejemplo,

la del promotor, desconocida en la época de redacción del Código Civil, en los casos de ruina del edificio por vicios de la construcción (art. 1591), finalmente equiparada a estos efectos por la jurisprudencia a la del contratista (SS. de 31-3-1992 [RJ 1992, 2311] ,4-6-1992 [RJ 1992, 4997] , etc.).

A partir de su definición y del señalamiento de las obligaciones de cada uno de ellos, se establecen sus responsabilidades, con independencia y sin perjuicio de las contractuales, frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, por los daños materiales ocasionados en la finca dentro de unos determinados plazos, más o menos dilatados, en función de la mayor o menor importancia del daño.

Así, tratándose de daños causados por vicios o defectos afectantes a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio, vicios o defectos, por tanto, ruinógenos, se responde:

- Durante diez años, el mismo plazo señalado en el artículo 1591 del Código Civil en los supuestos de ruina del edificio por vicios de la construcción, del suelo o de la dirección.

- Durante tres años, si se trata de daños provenientes de vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones determinantes del incumplimiento de los requisitos de habitabilidad, ya aludidos.

- Durante un año, el constructor, si de daños por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras dentro del plazo de un año.

Plazos todos ellos a contar desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas, advirtiéndose, respecto del constructor, que si subcontrata con otras personas la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra, responderá directamente de los daños, sin perjuicio de que pueda resarcirse del subcontratista (art. 17), sobre cuyo particular debe recordarse que la jurisprudencia venía declarando que la legitimación para reclamar por defectos en la construcción, en principio atribuida al promotor-constructor frente al subcontratista que realizó la obra, pasa a título derivativo a los adquirentes de pisos o locales, o, lo que es igual, si bien cabía que los compradores dirigieran su acción contra el primero por su cualidad

de originario constructor, nada impedía que lo hicieran contra quien subcontrató una parte de la obra y la ejecutó vulnerando la «lex artis» (S. de 22-6-1990 [RJ 1990, 4861]).

Asimismo, se dispone que el constructor responderá directamente de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar (art. 17.6).

Conviene aclarar que estos plazos no deben entenderse como de prescripción ni de caducidad, sino de garantía, en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad han de producirse los daños dentro de los mismos, de manera que si el plazo de que se trate transcurre sin haberse producido el daño, la acción ya no podría nacer, por haber transcurrido el plazo de garantía; en cambio, una vez nacida la acción, por producción o exteriorización del daño dentro de los indicados períodos de tiempo, el plazo para ejercitarla es de dos años, a contar desde ese momento, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual (art. 18).

El mismo término prescriptorio de dos años se establece para el ejercicio de la acción de repetición que pudiese corresponder a cualquiera de los agentes que intervienen en el proceso de edificación contra los demás, o a los aseguradores contra ellos, en cuyo caso el plazo de prescripción se cuenta desde la firmeza de la resolución judicial que condene al responsable a indemnizar los daños, o a partir de la fecha en la que se hubiera procedido a la indemnización de forma extrajudicial (art. 18).

4. DOCTRINA Y CRITERIO

El legislador ha acogido el criterio, reiterado, de los Tribunales, en el sentido de que la responsabilidad civil debe ser exigida en forma personal e individualizada y únicamente admite la responsabilidad solidaria cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o cuando quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin poder precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, así como en el supuesto de que el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista (art. 17). En todo

caso, cabe la posibilidad de que queden exonerados de responsabilidad si acreditan que actuaron con diligencia, o que los vicios se hayan producido por alguna de las causas mencionadas en la Ley, que son el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa del perjudicado, es lo que ya establece en Código Civil en sus artículos 114 y 1105.

Existe una doctrina ya consolidada por el TS denominada levantamiento del velo, que consiste en que si se demuestra una mala fé en la actitud del empresario, porque ha defraudado a personas físicas y jurídicas valiéndose de su sociedad o sociedades, se pueda actuar contra su patrimonio particular para resarcir los daños producidos como consecuencia de dicha actitud.

Desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad y justicia, valores hoy consagrados por la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil) la tesis práctica de penetrar en el substratum personal de las sociedades o entidades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que acogiéndose a esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizado como camino de fraude (art. 6.4 del Código Civil) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (“levantar el velo jurídico”) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 Código Civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 390/2000 de fecha 18 de abril de 2.001 (RJ 2001/6680) dice “La sentencia de 15 de octubre de 1.997 (RJ 1997/7267) entre otras muchas, incluso posteriores que la reiteran, expresa que la doctrina del llamado levantamiento del velo de la persona jurídica, expresión que es adaptación de la anglosajona “Disregard” y de la germana “Duchgriff”, tiene como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica y desvela las verdaderas situaciones en orden a la personalidad, para evitar ficciones fraudulentas, tal como dice la sentencia de 28 de mayo de 1.984 (RJ 1984/2800), verdaderamente emblemática en esta cuestión y que ha sido seguida, incluso a veces con literalidad, por las sentencias de 16 de julio de 1987 (RJ 1987/5795), 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6194), 5 DE OCTUBRE DE 1988 (RJ 1988/7381), 20 de junio de 1991 (RJ 1991/4526), 12 de Noviembre de 1991 (RJ 1991/8234), 12 de febrero de 1.993 (RJ 1993/763).

La idea básica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Tal como dice la sentencia de 3 de junio de 1.991 (RJ 1991/4411) se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado si con ello se comete un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros; lo que reiteran las de 16 de marzo de 1.992 (RJ 1992/2189), 24 de abril de 1.992 (RJ 1992/3410), 16 de febrero de 1.994 (RJ 1994/1618) y la de 8 de abril de 1.996 (RJ 1996/2987)".

Mencionar, por otra parte, que una de las particularidades más dignas de destacarse de la nueva regulación de la edificación es la obligación de suscribir hasta tres seguros de daños materiales o de caución:

- uno, por el constructor, para garantizar, durante un año, el resarcimiento de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución afectantes a elementos de terminación o acabado de las obras, que podrá ser sustituido por la retención por el promotor de un 5 por 100 del importe de la ejecución material de la obra;
- otro, por el promotor, para garantizar, durante tres años, el resarcimiento de los daños debidos a vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.
- y un tercer seguro, también a suscribir por el promotor, para garantizar, durante diez años, el de los daños materiales que tengan su origen a los elementos estructurales del edificio y que comprometan directamente su resistencia mecánica y estabilidad. (Art. 19).

El cumplimiento de la obligación de aseguramiento se refuerza con la prohibición de autorizar o inscribir en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones si no se acredita y testimonia la constitución del seguro y de cerrar en el Registro Mercantil la hoja abierta al promotor individual e inscribir la liquidación de las sociedades promotoras de no acreditarse previamente al Registrador la suscripción del mismo, en relación con todas y cada una de las edificaciones que hubieren promovido (art. 20). Además, la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por promotores o gestores deberá cubrirse mediante un seguro que indemnice el

incumplimiento del contrato, en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968, de 27 de julio (RCL 1968, 1335 y NDL 30715) sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (disposición adicional 1ª).

Caso mencionable por excepcional es el del “autopromotor” el cual es el que construyendo su propia vivienda unifamiliar, se podrá eximir de constituir el seguro para daños del artículo 19.1.c, sin embargo, si transmite la vivienda a un tercero, deberá realizar tal seguro, a no ser que lo pacte con éste expresamente.

BIBLIOGRAFIA

- Acebes Cornejo Raúl, “Notas sobre la responsabilidad de los artículos 17 y ss de la Ley de Ordenación de la Edificación”, *Noticias Jurídicas* Abril 2011

Dictámenes

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
 CONSULTIVO DE CASTILLA-LA
 MANCHA SOBRE LA RECLAMACIÓN
 DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
 TRAMITADO A INSTANCIA DE D^a X, COMO
 CONSECUENCIA DE LA ASISTENCIA
 SANITARIA QUE LE FUE
 DISPENSADA EN EL HOSPITAL H
 RESULTA DE LOS ANTECEDENTES**

Primero. Reclamación.- Con fecha 29 de diciembre de 2010, D.^a X presentó, en el registro de la Oficina Provincial de Prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha en Ciudad Real, reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la defectuosa prestación sanitaria recibida en el Hospital H.

La reclamante, después de una serie de argumentaciones algo confusas, parece imputar los efectos lesivos que padece a la intervención quirúrgica a la que fue sometida el día 24 de noviembre de 2009 en el Servicio de Neurocirugía del Hospital H, en la que se le extirpó totalmente una tumoración en la raíz de la vértebra L4 izquierda.

A este respecto señalaba *“que fue objeto de un error de diagnóstico y de un seguimiento inadecuado inicialmente por parte del SESCAM en Atención Primaria-Reumatología y cuyo punto neurálgico vendrá dado por la defectuosa asistencia quirúrgica referida en documento n.º 1”*.

En el motivo quinto de la reclamación señalaba *“fue objeto de una mala praxis asistencial en el acto intervencionista pues no fui advertida de los riesgos y además resulta que quedé peor tras el acto intervencionista y en relación con mi estado previo a la cirugía”*.

Añadía que, como consecuencia de la defectuosa asistencia, luego ha tenido una caída generada por una mala situación funcional que engarzaba directamente con la deficiente prestación sanitaria, ya que tras el acto intervencionista quedó con una deambulación muy dolorosa y torpe.

Establece, a tanto alzado, la cuantía que reclama como indemnización en 300.000 euros en el motivo vigesimoprimer de su reclamación; sin embargo, en el suplico de la misma la fija en 800.000 euros.

Aportaba junto al escrito de reclamación la siguiente documentación:

- Informes médicos de Neurocirugía, Reumatología, Rehabilitación, Atención Primaria y Psiquiatría.

- Citación por parte del INSS (Instituto Nacional de la Seguridad Social) a reconocimiento para evaluación de la prórroga de su situación de incapacidad temporal.

- Datos informativos de su vida laboral a 27 de junio de 2010.

- Escritura de poder para pleitos a favor del letrado D. E, cuyo domicilio señalaba a efectos de notificaciones.

- Resolución de la Directora Provincial del INSS de Ciudad Real de denegación de la prestación por incapacidad permanente (IP) de 5 mayo de 2010, por no reunir el periodo mínimo de cotización exigido, y recogiendo como lesiones: *“Tumoración extradural foraminal [agujero intervertebral por el que pasan las ramificaciones nerviosas de la médula espinal] L4-L5 izda. intervenida. Afección neurógena crónica preganglionar L3-L4 izdo. Fractura de tercio distal de fémur izquierdo severa con afectación funcional de EEII (extremidades inferiores) con incidencia en la marcha. Afectación neurógena crónica muy severa. Afectación funcional de EEII con incidencia en la marcha”*.

- Comunicación del agotamiento de plazo de 18 meses, del subsidio por incapacidad temporal (IT).

- Informe de estudio neurofisiológico de 2 de febrero de 2011.

Segundo. Admisión a trámite.- A la vista de la reclamación presentada, el 4 de enero de 2011, el Coordinador de la Oficina Provincial de Prestaciones del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) en Ciudad Real acordó el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial y la designación de la funcionaria encargada de la instrucción del correspondiente expediente. De dicho acuerdo se dio traslado, en la misma fecha, a la interesada, informándole de que la tramitación del expediente se sustanciaría según lo prevenido en el Real

Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, siendo el plazo de resolución de seis meses, transcurridos los cuales se podría entender desestimada su solicitud. En igual fecha, dicha autoridad puso el acuerdo en conocimiento de la instructora a efectos de que pudiera manifestar cuantas causas de abstención estimara oportunas, remitiéndose del mismo modo a la Dirección Gerencia del Hospital H, solicitando el informe previsto en el artículo 10.1 de la citada norma reglamentaria.

Tercero. Ampliación de plazo.- Con fecha 15 de junio de 2011 la instructora del procedimiento solicitó al Coordinador Provincial ampliación del plazo para resolver hasta nueve meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Consta, seguidamente, que al día siguiente se dictó resolución concediendo la ampliación del plazo de tramitación por tiempo de tres meses, acuerdo este último que fue debidamente notificado a la parte interesada.

Cuarto. Informe del servicio que practicó la intervención.- En contestación a lo solicitado, con fecha 27 de marzo de 2011, el Coordinador del Servicio de Neurocirugía del Hospital H emitió informe relativo a la actuación practicada a la reclamante, en el que, después de describir la intervención practicada y referir todas las actuaciones que se llevaron a cabo, señala: *“Se concluye de lo sucedido que a la paciente durante la valoración previa a la intervención por parte del Servicio de Neurocirugía se “conculcó su derecho a la información” afirmación falsa por cuanto figura en su Historia Clínica de Consultas Externas el documento de Consentimiento Informado de la intervención que se propone a la paciente, en el cual consta de manera explícita que: “tras haber sido informada de manera clara y suficiente acerca de los objetivos del procedimiento, de los eventuales riesgos próximos y remotos del mismo, así como de las posibles consecuencias que pudieran derivarse de una negativa y de las alternativas posibles al procedimiento, la paciente toma la decisión de acceder a la realización de la intervención que se propone. [] - Se menciona una “mala praxis asistencial en el acto intervencionista pues no fui advertida de los riesgos y además resulta que quedé peor tras el acto...” lo cual es también rebatible por lo explicado ya anteriormente en cuanto a la existencia de un Consentimiento Informado de la intervención firmado por la paciente en el momento de la cumplimentación de la Hoja de Demanda Quirúrgica. [] - Es cierto cuando la paciente menciona que previamente a la cirugía solamente padecía una lumbociática izquierda y que “en la actualidad estoy peor que*

antes pero con ello no se puede concluir que haya habido un error en el acto quirúrgico o que “la intervención se hizo mal”. [] La intervención quirúrgica consistió en la exéresis total de una tumoración (como muestra el último control de RM [resonancia magnética] lumbar de marzo del 2010) que surgía de una raíz elocuente (con gran repercusión funcional) que inevitablemente produjo una secuela neurológica en un grupo muscular fundamental para la deambulación (cuádriceps crural). La intervención se realizó en arreglo y según los manuales de técnica quirúrgica clásicos. [] - La única alternativa viable en este caso en particular hubiera sido abstenerse de realizar la exéresis total del tumor lo cual hubiera sido también “a priori” una decisión discutible por no tener información de la naturaleza del tumor (agresividad biológica) en ese preciso instante. [] - Probablemente, el hecho de haber adoptado una actitud conservadora también podría haber llevado con el paso del tiempo a un aumento del volumen tumoral lo cual podría haber acabado generando el mismo déficit radicular”.

Asimismo, se ha incorporado al expediente informe emitido por la Jefe de Sección de Reumatología, relativo a la reclamante, en el que se señala: *“La paciente X fue vista en consulta de Reumatología por la Dra. S el día 28/09/09. [] Se realiza historia clínica, exploración general y se solicitan exploraciones complementarias. LAB [laboratorio], RNM [resonancia magnética] C Lumbar y Densitometría ósea. [prueba para determinar la densidad mineral ósea] [] El día 23/10/09 se cita a la paciente y se le informa del resultado de dichas exploraciones con informe clínico que ya ella misma ha aportado en su expediente y se remitió a Neurocirugía. [] JD [Juicio Diagnóstico]. - Cuadro radicular lumbar I. secundario a posible tumor neurogénico. Osteoporosis. [] No se ha vuelto a Revisar en consulta”.*

Quinto. Historia clínica.- Se incorpora al expediente copia de la historia clínica de la paciente, de la que cabe extraer los siguientes datos:

- En sus visitas al médico de Atención Primaria consta que a 31 de marzo de 2004 tiene dolor en región anterior del muslo izquierdo, que aumenta con el reposo nocturno, que posteriormente se aprecia defecto de transición dorso-lumbosacro, probablemente debido a una lumbarización de D-12. Disminución de espacio discal L5-S1, con hipertrofia de articulaciones posteriores, concluyendo que se trata de una enfermedad degenerativa L5-S1.

- En informe del Servicio de Reumatología de fecha 23 de octubre de 2009 se señala que tras RNM lumbar se aprecia a nivel de L4-L5 en la foramina [orificio intervertebral que atraviesan las raíces nerviosas]

izquierda una masa en reloj de arena de 19 x 14 mm. que sugiere un tumor neurógeno, por lo que se le remite al Servicio de Neurocirugía y se le indica tratamiento farmacológico para la osteoporosis y el dolor lumbar.

- La reclamante es vista en consulta de Neurocirugía el 10 de noviembre de 2009, donde se le indica la resección tumoral del neurinoma de raíz L5 izquierda, que le es realizada el 24 de ese mismo mes, mediante abordaje extraforaminal L4-L5 izquierdo. Se le practica exéresis del tumor con contenido transparente y mucinoso y con áreas en profundidad más fibrosas con abundantes adherencias al músculo subyacente.

- Consta documento de consentimiento informado suscrito por la reclamante con fecha 10 de noviembre de 2009, donde se dice lo siguiente: *“Conocido el diagnóstico y procedimiento propuesto he recibido información clara y suficiente acerca de los objetivos del procedimiento (en que consiste y para que sirve), de los eventuales riesgos próximos y remotos del procedimiento en general y en relación a mis circunstancias personales, así como de las consecuencias que pudieran derivarse de mi negativa y de la posibilidad de alternativas posibles. Con todo lo anterior, me encuentro en condiciones de tomar la siguiente decisión: Doy mi consentimiento, a la práctica del procedimiento propuesto, por los profesionales que corresponda y en las condiciones de la práctica clínica de nuestro medio, siendo esta decisión firme hasta que se revoque”*.

El indicado documento que se titula *“Servicio de Neurocirugía - Complejo Hospitalario de de consentimiento informado general”* tiene una llamada al pie que dice *“(*) Deseo información más concreta por escrito (HSA [hemorragia subaracnoidea], aneurisma cerebral o malformación arteriovenosa, craneotomía por lesión o tumor, biopsia estereotáctica, derivación de LCR [liquido cefalorraquídeo], patología raquis [columna vertebral] lumbar o cervical)”*.

- En el informe de evolución del Servicio de Rehabilitación de 21 de enero de 2010 consta que *“en TAC de columna lumbar postquirúrgico sin contraste se identifica imagen de asimetría de la musculatura paraespinal en relación con la presencia de una colección anfractuosa que se extiende en el lecho quirúrgico infiltrando el psoas izdo en su margen superior y que con contraste se identifica captación irregular de la musculatura paraespinal derecha en probable relación con cambios inflamatorios del músculo, contactando la lesión con la raíz nerviosa L5 en su trayecto de salida, sin introducirse dentro del canal medular. A la exploración presenta disminución en los balances musculares de psoasiliaco izdo (3/5), glúteo medio (4-/5) y cuádriceps (1+/5), el reflejo rotuliano izdo*

está abolido y tiene hipoestesia [percepción por debajo de lo normal a la respuesta de una estimulación nerviosa] en cara anterior y medial de pierna izda. Se indica que debe continuar la rehabilitación”.

- Con fecha 5 de agosto de 2010 la reclamante es atendida, en el Servicio de Urgencias del Hospital H, por caída accidental con resultado de fractura en tercio distal del fémur izquierdo sin desplazamiento, que se trata conservadoramente con férula de inmovilización.

- Consta también que la reclamante ha sido atendida por el Servicio de Psiquiatría el 8 de febrero y el 20 de mayo de 2011 por trastorno mixto ansioso-depresivo reactivo.

Sexto. Informe de la Inspección Sanitaria.- Se integra, seguidamente, en el expediente el informe emitido, el 25 de noviembre de 2011, por la Médica Inspectora de los servicios sanitarios designada instructora del procedimiento, en el que, tras realizar una descripción de los hechos que han dado lugar a la reclamación y efectuar las correspondientes consideraciones médicas, concluye que: *“1.- Dª X tenía previamente a los hechos reclamados, antecedentes de patología osteomioarticular en varias localizaciones, destacando gonartrosis con genu varo y dolor lumbar de varios años de evolución. En octubre de 2008 sufre cuadro de ciática que motiva la realización de estudio radiológico que se informa de enfermedad degenerativa L5-S1. [] 2.- En octubre de 2009 es valorada en el Servicio de Reumatología por dolor lumbar de un año de evolución, irradiado a MII [miembro inferior izquierdo] y con parestesias [sensación de hormigueo], que persiste a pesar de los tratamientos realizados con analgésicos, AINE [antiinflamatorio no esteroideo] y relajantes musculares. En RNM [resonancia magnética] lumbar se aprecia una masa en reloj de arena a nivel L4-L5, que sugiere tumor neurógeno y motiva la derivación de la paciente al S. de Neurocirugía con carácter preferente. Discartrosis y osteoporosis son otros diagnósticos que constan en informes y para los que se le pautan tratamiento farmacológico. [] Ni en la historia del MAP [médico de atención primaria] ni en la información médica del S. de Reumatología he podido apreciar haya existido error diagnóstico y/o seguimiento inadecuado, como en el escrito de reclamación se alega. [] 3.- El neurocirujano en su valoración de 10/11/09, y con un diagnóstico de presunción de tumoración de raíz L5 izquierda, le indica tratamiento quirúrgico, que la paciente acepta mediante la firma del consentimiento informado correspondiente. En informe de 27/03/11 el neurocirujano refiere se trataba de una tumoración de raíz L4, que nacía en la región de salida de la raíz y se adentraba en profundidad en el interior de la fibras musculares del psoas y que el diagnóstico definitivo fue neurofibroma mixoide [tumoración benigno de tejidos blandos]. [] Como he referido en consideraciones médicas “los meningiomas, schwannomas*

y neurofibromas se deben resear quirúrgicamente” a pesar de ser benignos, por lo que su indicación está avalada bibliográficamente como correcta. [] 4.- En consentimiento informado firmado por la paciente consta que conoce el diagnóstico, el procedimiento propuesto (en qué consiste y para qué sirve) y los posibles riesgos próximos y remotos, sin embargo dichos riesgos no constan especificados y por lo tanto no es posible conocer la información concreta que recibió. [] 5.- Se le realiza resección tumoral total, trascurriendo la misma sin incidencias intraoperatorias, pero la paciente presenta déficit motor del cuádriceps izdo y área parcheada de hipoestesia, en postoperatorio inmediato (a los tres días), que motiva la necesidad de tratamiento rehabilitador y su situación en IT, que luego se prolonga a consecuencia de la fractura de tercio distal de fémur izquierdo, sufrida en agosto del 2010 por caída accidental. [] 6. El neurocirujano informa en abril de 2010 que en un control por RNM se aprecia fibrosis en el foramen L4 izquierdo, la cual justifica por sí misma que la paciente siguiera aquejando síntomas neurológicos en miembro inferior izdo y las dos crisis de lumbociática de marzo y junio de 2010 (registradas en Turriano [programa_informático]), si bien en revisiones realizadas en el S. de Rehabilitación de enero y marzo de 2011 refiere mejoría, demostrada por la exploración de los balances musculares, aunque refiere continuar con hipoestesia en la pierna. Por lo tanto y según la información especializada y del MAP, de la situación clínica posterior a la cirugía respecto a su cuadro de lumbociática de un año de evolución, si se aprecia mejoría con la cirugía realizada. [] 7.- Considero por todo lo referido y a la vista de la documentación estudiada, que la cirugía realizada a D^a X el 24/11/09 estaba indicada, que la secuela posterior (déficit motor y parestesias) está descrita en la bibliografía por el proceso inflamatorio inicial y posterior fibrosis en la zona quirúrgica y que la actuación de los facultativos intervinientes en todo el proceso (MAP, reumatólogo y neurocirujano) fue ajustada a la *lex artis*, con la única excepción de la falta de constancia escrita, en el documento de consentimiento informado, de la relación de los riesgos posibles en ese tipo de intervenciones”.

Séptimo. Dictamen médico.- Posteriormente, se ha incorporado al expediente el dictamen aportado por la aseguradora de la Administración, el cual fue emitido el día 9 de enero de 2012 por los Drs. D, J. y R., especialistas en Neurocirugía, en el que, después de recoger los hechos y efectuar consideraciones médicas sobre el neurinoma espinal, se contienen las siguientes conclusiones: “1. La paciente fue correctamente diagnosticada y tratada. [] 2. La intervención quirúrgica se realizó de forma correcta. [] 3. La secuela sufrida por la paciente es una consecuencia inevitable de la extirpación completa de la tumoración, que invadía la raíz nerviosa correspondiente. [] 4. La paciente asumió los riesgos inherentes a la intervención y firmó el correspondiente consentimiento informado. [] 5. Por todo lo anterior no está justificada la reclamación”.

Octavo. Trámite de audiencia.- Instruido el expediente, con fecha 16 de febrero de 2012 la instructora del procedimiento notificó a la parte reclamante la apertura del trámite de audiencia poniéndole de manifiesto el expediente y otorgándole un plazo de 15 días para que pudiera formular cuantas alegaciones estimara oportunas.

Con fecha 12 de marzo de 2012 se personó en la sede de la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM en Ciudad Real D.^a X, en representación de D. E, retirando una copia completa del expediente.

En el expediente no consta que la parte reclamante haya formulado alegaciones.

Noveno. Propuesta de resolución.- El 17 de abril de 2012 el Secretario General del SESCAM formuló propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación, por la falta de antijuridicidad del daño, con fundamento en lo afirmado en los informes incorporados al expediente.

Décimo. Informe del Gabinete Jurídico.- De tal propuesta y del expediente en que trae causa se dio traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades solicitando la emisión de informe. A tal requerimiento dio contestación el 29 de mayo de 2012 un letrado adscrito a dicha unidad, informando favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 28 de junio de 2012.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, relativo a los procedimientos de responsabilidad patrimonial, *“En el procedimiento general será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las*

indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 € o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”.

El artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, prevé, por su parte, que este último órgano deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando el importe de las mismas exceda de 601 euros.

En el presente supuesto, la interesada ha formulado dos cuantificaciones distintas, por los daños y perjuicios cuya indemnización reclama, en su escrito de reclamación: solicita 300.000 euros en el vigesimoprimer de los “*motivos*” y 800.000 en el “*suplico*”. Ante tal disparidad en la cuantificación de los daños y perjuicios procedería haber requerido a la interesada que la concretase. Tampoco la Administración ha procedido a cuantificar en modo alguno dichos daños, aunque teniendo en cuenta cualquiera de las dos cantidades referidas excederían, en todo caso, de la cantidad fijada en el artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y en consecuencia este dictamen se emite con carácter preceptivo. De este modo ha sido también solicitado por la autoridad consultante.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El examen del procedimiento sustanciado debe circunscribirse a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, disposición mediante la que se dispuso el desarrollo reglamentario del artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tras el análisis de las actuaciones realizadas en el curso de la instrucción, que han sido descritas suficientemente en antecedentes, se hace necesario destacar las observaciones que a continuación se relacionan.

Si bien la reclamación cuenta con los requisitos previstos en el artículo 6.1 de la referida norma reglamentaria, no se precisa la concreta evaluación económica de la indemnización pedida -solicitando la interesada, en términos genéricos, dos cantidades distintas-.

La concreción de la cantidad reclamada debería haberse requerido por la instructora a la interesada a lo largo del procedimiento. A esta duda se une la de que la reclamante no ha aportado la evaluación de dichos daños, ni ha fijado los criterios a seguir en la determinación de la misma. Pese a ello, dicha especificación no se ha producido, careciendo el expediente de tan relevante dato.

A este respecto, hubiera procedido la retroacción del procedimiento a su inicio para cursar un requerimiento de subsanación con el fin de que la reclamante concretara la suma pedida como indemnización. No obstante, este Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre incidencias de esta misma naturaleza -por ejemplo, en el dictamen 130/2008, de 23 de junio-, admitiendo que en algún caso la especificación de tal elemento de la acción pueda dejarse indeterminada por la parte reclamante. Ahora bien, es evidente que los requisitos de contenido que exige el artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, para conformar las solicitudes encaminadas a plantear este tipo de reclamaciones no pueden considerarse plenamente satisfechos con el escrito de reclamación presentado por la solicitante, en tanto que adolece de indeterminación en cuanto al valor de la lesión económica por la que se insta indemnización. Así, una adecuada labor de instrucción hubiera debido procurar despejar tal incertidumbre, dirigiendo a la interesada un requerimiento de subsanación orientado al esclarecimiento del alcance indemnizatorio de su pretensión, tal y como especifica el precepto reglamentario anteriormente citado y reitera, en este caso sin fruto, el apartado 3.1.2 del Manual de instrucciones impartidas y divulgadas por el SESCOAM sobre el modo idóneo de tramitar estos procedimientos (página 27), donde se ordena expresamente que, *“en los supuestos en los que el reclamante no cuantifique el daño reclamando, se le solicitará su cuantificación mediante el modelo que se adjunta, como mejora voluntaria de la solicitud (Fig. 5)”*.

También hay que poner de relieve que la tramitación del procedimiento ha superado el plazo máximo de seis meses fijado para resolver por el artículo 13.3 del citado Reglamento. La demora, incluso teniendo en cuenta la ampliación producida, no se compadece con los principios de celeridad y eficacia que han de informar la actuación administrativa.

El expediente se halla completamente foliado y enteramente ordenado desde una perspectiva cronológica, lo que ha facilitado su normal examen y conocimiento.

Señalado todo lo anterior, procede pasar a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente.

III

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para la exigencia de la responsabilidad patrimonial.- La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales establece 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”*.

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de 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 normal o anormal de los servicios públicos; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que 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.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual *“los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley”* -Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004\83545, FJ 2º) y de 13 de octubre de 2006, entre

otras muchas, o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989\1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *“al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 [de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hoy 139 de la Ley 30/1992], pues 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”* -Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998\6836) o de 28 de noviembre de 1998 (Ar. RJ 1998\9967)-.

Sin embargo, como dijo el Consejo de Estado en su dictamen de 3 de junio de 1999, *“este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la lex artis, de modo que tan solo en el caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la lex artis, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular, sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización”*. En idéntica línea el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2000 declaró que *“el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es la de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede*

quedar asegurado”, añadiendo en otra Sentencia de 25 de abril de 2002 que “prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas”.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los administrados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es ésta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando ésta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción -v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999\4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000\4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues, conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto

429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplia creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación -así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987\426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\4783)-. Sin embargo, dicha tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización -Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001\10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000\6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999\4911)-. Este planteamiento conduce en cada supuesto al examen de las circunstancias concretas concurrentes y a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: *“Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización [...]”*.

IV

Requisitos para el ejercicio de la acción.- Con carácter previo al análisis pormenorizado de los presupuestos de fondo exigidos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración antes mencionados, debe examinarse la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción indemnizatoria, concretados en las legitimaciones activa y pasiva ligadas a la pretensión planteada por la reclamante y el plazo en que la misma ha sido ejercitada.

Concurre legitimación activa en la reclamante, pues es la paciente que, tras someterse a una operación quirúrgica de resección tumoral del neurinoma de raíz L5 izquierda, padece los perjuicios por los que solicita indemnización.

En cuanto a la legitimación pasiva, esta corresponde a la Administración autonómica imputada, dado que el daño por el que se reclama se asocia al servicio público sanitario dispensado en el Servicio de Neurocirugía del Hospital H, centro integrado en la red asistencial del SESCAM.

Ninguna incidencia presenta tampoco el plazo en que la acción ha sido ejercitada ya que la intervención quirúrgica de la que deriva el daño se practicó el 24 de noviembre de 2009, siendo dada de alta el 22 de enero de 2010, por lo que, habiéndose presentado la reclamación el 29 de diciembre de ese mismo año, no ha transcurrido el plazo máximo de un año fijado en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

V

Requisitos sustantivos: daño, relación de causalidad y antijuridicidad de aquél.- La interesada no concreta con precisión el daño por el que reclama, en su instancia señala que *“como consecuencia del acto intervencionista ya no podré trabajar en nada y que en definitiva también he quedado con un dolor agudo y permanente en el miembro inferior afectado, zona lumbar y severa afectación funcional con requerimiento de apoyo bipodal que antes no tenía aunque he estado muchos meses en silla de ruedas”*. No obstante, en la Resolución de la Directora Provincial del INSS de Ciudad Real de denegación de la prestación de incapacidad permanente (IP) a fecha 5 mayo de 2010, se recogen como lesiones las siguientes: *“Tumoración extradural foraminal L4-L5 izda. Intervenida. Afección neurógena crónica preganglionar L3-L4 izdo. Fractura de tercio distal de fémur izquierdo. severa con afectación funcional de EEII (extremidades inferiores) con incidencia en la marcha. Afectación neurógena crónica muy severa. Afectación funcional de EEII con incidencia en la marcha”*.

Entrando en el examen de la relación de causalidad y la antijuridicidad del daño hay que partir de que la interesada ha configurado la causa de pedir sobre la base de un funcionamiento anormal del servicio sanitario dispensado en el Hospital H, invocando como fundamentos de su pretensión, en términos genéricos, una *“defectuosa asistencia”* y que no fue advertida de los riesgos, aduciendo una *“conculcación del derecho a la información”*.

En relación a la primera afirmación hay que señalar, en primer término, que la reclamante no concreta qué actuaciones o ausencia de ellas son las que estima inadecuadas en su intervención quirúrgica, sino que se limita a afirmar la defectuosa realización de la misma en base a su resultado, afirmando que *“la situación actual es peor que la situación precedente al acto intervencionista”*; tampoco aporta pericia u opinión facultativa en apoyo de sus argumentos, lo que supone que su análisis ha de efectuarse exclusivamente con los documentos aportados al expediente por la Administración y el centro sanitario donde se llevó a cabo la intervención.

A este respecto todos los informes coinciden en afirmar que la actuación médica fue acorde con la *lex artis*; de este modo, el Coordinador del Servicio de Neurocirugía del Hospital H afirma que la intervención quirúrgica de exéresis total de una tumoración que surgía de una raíz elocuente, con gran repercusión funcional, se realizó con arreglo y según los manuales de técnica quirúrgica clásicos. Añade que era la única alternativa viable en este caso en particular y que, de no haberse realizado la exéresis total del tumor, probablemente, podría haber llevado con el paso del tiempo a un aumento del volumen tumoral, lo que hubiera provocado el mismo déficit radicular.

En el mismo sentido, la Inspectora de los Servicios Sanitarios, instructora del procedimiento, señala que los meningiomas, schwannomas y neurofibromas se deben resear quirúrgicamente a pesar de ser benignos, por lo que considera que su indicación está avalada bibliográficamente como correcta.

Asimismo, en el dictamen aportado por la aseguradora de la Administración, suscrito por tres especialistas en Neurocirugía, se recoge que todas las actuaciones médicas y quirúrgicas llevadas a cabo en este caso han sido correctas, sin evidencias de mala *praxis* o acción contraria a la *lex artis*. Se añade que *“La indicación quirúrgica era correcta y la intervención se realizó de acuerdo a una técnica conocida por el cirujano que la practicó. Toda tumoración de una raíz nerviosa que quiera extirparse en su totalidad va a causar un déficit neurológico irreversible, bien de sensibilidad o de fuerza. [...] Consideramos que se trata de una complicación inherente a este tipo de cirugía. Al estar el tumor invadiendo la raíz nerviosa su extirpación completa conllevaba, por tanto, la pérdida de función de dicha raíz. De no haberse intervenido quirúrgicamente o haberse extirpado parcialmente, la progresión del tumor habría causado un déficit similar y mayor de acuerdo al tiempo transcurrido”*.

Por lo que respecta a la segunda de las afirmaciones que hace la reclamante de que no fue advertida de los riesgos que se derivaban de la intervención a la que fue sometida, en el expediente obra un documento de consentimiento informado para cirugía de neurinoma L5 izquierda, suscrito por la reclamante con fecha 10 de noviembre de 2009, donde se dice que *“Conocido el diagnóstico y procedimiento propuesto he recibido información clara y suficiente acerca de los objetivos del procedimiento (en qué consiste y para qué sirve), de los eventuales riesgos próximos y remotos del procedimiento en general y en relación a mis circunstancias personales, así como de las consecuencias que pudieran derivarse de mi negativa y de la posibilidad de alternativas posibles. Con todo lo anterior, me encuentro en condiciones de tomar la siguiente decisión: Doy mi consentimiento, a la práctica del procedimiento propuesto, por los profesionales que corresponda y en las condiciones de la práctica clínica de nuestro medio, siendo esta decisión firme hasta que se revoque”*. Asimismo, consta un documento de consentimiento informado para anestesia general y loco-regional, igualmente suscrito por la reclamante con fecha de 19 de noviembre de 2009.

En cuanto a la existencia de una falta de información hay que comenzar indicando, de manera general, que el consentimiento informado ha sido incluido dentro del ámbito del derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la Constitución Española, como señala la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/2011, de 28 de marzo, al considerar que *“el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002 [TEDH 2002, 23], caso Pretty c. Reino Unido, & 63) y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio [RTC 2002, 154], F 9)”*. Asimismo, el Tribunal Constitucional interpreta la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, considerando que *“implica, de acuerdo con el contenido propio del derecho*

fundamental, que, en principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias (art. 4.1), contenido que se amplía al previsto en el artículo 10 de la Ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el artículo 8.2 (entre otros, las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores). [] En todas estas normas, sin embargo, no se plasman únicamente un conjunto de derechos para el paciente, unido a los correlativos deberes de los facultativos que permitan hacerlos efectivos, sino que, básicamente, reflejan una doble garantía para aquél y éstos: de un lado, la que permite hacer efectivo el derecho fundamental a la integridad física del paciente respecto de las actuaciones médicas que se le efectúen; de otro, la regulación descrita ofrece a los facultativos la garantía de que sus actuaciones se desarrollarán dentro de los límites que impone la protección de aquél derecho. Así pues, desde la perspectiva de los facultativos esta regulación no se limita a imponerles un conjunto de deberes, sino que, también, desde una vertiente positiva, les proporciona una garantía de su propia actuación profesional”.

Pasando al examen de la legalidad vigente sobre el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* en su aspecto formal, el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece, bajo el título de “Consentimiento informado”, que: “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. [] 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. [] 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

Indicando el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley que la información “comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

En similares términos regula este derecho a la información asistencial el artículo 9 de la Ley 5/2010 de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, si bien este precepto todavía no estaba vigente al tiempo de extenderse el consentimiento informado cuestionado.

En este supuesto particular, que es como siempre deben ser examinadas las cuestiones relativas al consentimiento informado, se hace necesario determinar si el suscrito por la reclamante cumple los requisitos que la legislación señala como necesarios para considerar que la paciente conoce su dolencia, las alternativas de tratamiento, lo que se le va a realizar, los riesgos típicos y asume las consecuencias posibles del mismo.

De la hoja de consentimiento que figura en el expediente se deduce que es genérico o “*General*” como se autocalifica en su título para cualquier operación del Servicio de Neurocirugía del Complejo Hospitalario H y como lo acredita también la llamada que se hace, en su pie, a información más concreta por escrito relativa a diversas enfermedades de la especialidad. En este documento de consentimiento no constan, con el necesario detalle y especificación, la evolución y riesgos o complicaciones posibles de la operación que se especifica: resección tumoral del neurinoma L5 izquierdo.

Este tipo de proceder ha sido sancionado por nuestro Tribunal Supremo reiteradamente. Así, en sentencia de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007\3145), ante la existencia de hoja de consentimiento suscrita por el paciente, en el que constaban “*ciertos riesgos y posibles complicaciones*” inherentes al procedimiento operativo, así como que no se daban plenas garantías en cuanto al resultado de la operación, señalaba que “*Es indudable que el documento en que se prestó el consentimiento por el paciente constituye un simple documento de consentimiento informado genérico, que no se adecua a las necesarias exigencias de concreción [...] Si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir [...] es evidente que ha de considerarse que la hoja de consentimiento informado suscrita por el mismo no cumple con las exigencias que la interpretación jurisprudencial determina que han de concurrir para ofrecer al paciente una posibilidad de opción entre alternativas [...]*”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008,1349), resalta la importancia de los formularios específicos, ya

que el contenido concreto de la información transmitida al paciente *“puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos”*.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de diciembre de 2009 (RJ 2009,9154), en recurso de casación para la unificación de doctrina, ha señalado que *“el consentimiento informado no puede convertirse en un trámite rutinario, burocrático, carente de la relevancia que ha de tener como es que el paciente ha de asumir la existencia de diferentes escenarios al tratamiento. Ello va más allá de formularios estereotipados puesto que implica que el médico ha de observar tanto la capacidad del paciente de entender la información que se le ofrece como la situación concreta en la que se encuentra y las posibilidades de éxito, fracaso, mejoría, etc. Es una compleja relación que requiere análisis caso por caso atendiendo a las circunstancias concurrentes”*.

Por último, en Sentencia de 22 de marzo de 2011 (RJ 2011,2413), el mismo Tribunal dijo que *“el formulario impreso -y por tanto ciclostilado- utilizado no contiene una información precisa y detallada de las posibles consecuencias adversas y gravísimas secuelas que se le ocasionaron por la intervención quirúrgica, dado que en aquel impreso estrictamente se contemplaba una posible lesión de algún nervio en las maniobras propias del acto quirúrgico”*, sustrayendo al paciente de su derecho a decidir sobre la conveniencia o no de someterse a una operación no exenta de considerables riesgos.

Aunque existe alguna Sentencia del Tribunal Supremo como la de 27 de noviembre de 2000 (RJ/2000,9409) o la de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007,7321) que cita la anterior, en la que se sigue el criterio de que, aunque el consentimiento es genérico (*“una vez informado de los métodos etc.”*), *“el contenido específico a que se refiere -su concreción en el caso de que se trata- ha sido implícitamente asumido por la paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente etc. se desplaza al firmante”*; lo cierto es que, como consecuencia de la trascendencia del consentimiento informado escrito en caso de intervención quirúrgica, la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido, cuando este falta, una inversión de la carga de la prueba, estableciendo que es la Administración a quien incumbe la carga de probar que facilitó la información adecuada al paciente, de la que es muestra la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258), que valora la obligación de información, de la siguiente forma: *“Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga*

de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración”.

Por tanto, para comprobar si realmente existió o no el adecuado consentimiento informado en el presente caso, hay que acudir a los documentos existentes en el expediente y a los indicios probatorios de los que se pueda extraer la consecuencia de que la interesada pudo conocer la posibilidad de que, después de la operación, la dolencia siguiera igual o peor, con un resultado insatisfactorio.

La reclamante denuncia en su escrito de reclamación *“que no fui advertida de los riesgos”*. Si bien, al no haber formulado alegaciones posteriores, no ha manifestado qué riesgos o consecuencias no fueron objeto de la información genérica que ella misma reconoce por escrito que recibió.

Ante tal afirmación el Coordinador del Servicio de Neurocirugía del Hospital H, en su informe de 27 de marzo de 2011, responde que tal *“afirmación [es] falsa por cuanto figura en su Historia Clínica de Consultas Externas el documento de Consentimiento Informado de la intervención que se propone a la paciente, en el cual consta de manera explícita que: “tras haber sido informada de manera clara y suficiente acerca de los objetivos del procedimiento, de los eventuales riesgos próximos y remotos del mismo, así como de las posibles consecuencias que pudieran derivarse de una negativa y de las alternativas posibles al procedimiento”*. Es decir, para probar la existencia de que hubo conocimiento de los posibles riesgos de la intervención, no hace sino transcribir lo que dice el documento de consentimiento general que suscribió la paciente, donde aquellos no figuran.

La instructora, sin embargo, concluye su informe diciendo que la intervención quirúrgica *“fue ajustada a la lex artis, con la única excepción de la falta de constancia escrita, en el documento de consentimiento informado, de la relación de los riesgos posibles en este tipo de intervenciones”*.

Por último, la propuesta de resolución formulada por el Secretario General del SESCO, y no por la instructora, sostiene que *“la paciente fue informada verbalmente de los riesgos de la cirugía a la que se sometió y que las*

complicaciones surgidas tras la misma, son riesgos que según la literatura médica conlleva este tipo de cirugías”, apoyando tal afirmación, curiosamente, en lo que la inspectora médica dice en el párrafo que se acaba de transcribir y en informe médico aportado por la compañía aseguradora de la Administración que, al respecto, lo que dice es que “La paciente asumió los riesgos inherentes a la intervención y firmó el correspondiente consentimiento informado”.

En estos supuestos resulta imprescindible valorar los testimonios aportados a fin de extraer, si resulta posible, un criterio fundado sobre si hubo o no consentimiento informado, lo que, lógicamente implica otorgar credibilidad a uno de ellos y cuestionar el de sentido contrario. El juicio que se realice sobre la existencia del mismo y sus términos ha de basarse en la ponderación de declaraciones documentadas y contradictorias, prestadas por las partes implicadas.

En el presente caso, al igual que ocurriera en dictámenes precedentes de este Consejo (69/2009, de 1 de abril, 46/2012, de 21 de marzo, y 83/2012, de 25 de abril) las afirmaciones genéricas sobre la información suministrada, no son suficientes para cumplir las exigencias de la inversión de la carga de la prueba, que entran en juego ante el claro incumplimiento de las previsiones legales establecidas en la materia, imponiendo recabar el consentimiento de la paciente por escrito para su sometimiento a una intervención quirúrgica con los requisitos de contenido expresados anteriormente y, en especial, de los riesgos típicos y alternativas.

Por ello debe concluirse, de acuerdo con la citada doctrina constitucional y jurisprudencial, así como la propia de este Consejo que no se ha acreditado que se informara de manera específica sobre la existencia del riesgo o complicación sufrido por la reclamante, que deben considerarse como típicos de la intervención, tal y como expresamente lo afirman en sus informes tanto la inspección médica como los neurocirujanos que han dictaminado a instancia de la mercantil aseguradora.

Así las cosas, cuando a la falta de información se une un resultado lesivo para la salud como el acaecido, sin que conste que la paciente hubiera podido intervenir en la decisión de someterse a una intervención quirúrgica que comporta graves riesgos, se debe declarar no sólo la relación causal del resultado lesivo con un funcionamiento del servicio público sanitario que se revela anormal y que supone una infracción de la *lex artis* formal, sino también su antijuridicidad.

En tales circunstancias, conviene remitirse a la doctrina enunciada por este Consejo en diversos dictámenes a partir del número 33/2006, de 7 de marzo, en el que, tras hacer una amplia exposición de la jurisprudencia más destacable producida entonces en este ámbito, y ponderando singularmente la posibilidad de compensar al paciente por el daño moral autónomo consistente en la privación de una información adecuada, como concepto lesivo no necesariamente vinculado de los daños físicos resultantes de la intervención quirúrgica, se efectuaba, entre otras la siguiente consideración: *“Entiende este Consejo, que ante los casos en los que se practique una intervención sanitaria en sentido estricto de acuerdo a la lex artis pero sin el obligado consentimiento informado, la argumentación jurídica y los fallos que para esos supuestos viene produciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo le permiten mantener los siguientes criterios: [] Primero: que sólo cabe la configuración de un daño moral autónomo indemnizable cuando dicha intervención ha causado un daño en la salud de la persona que no la consintió (por sí misma o sus más allegados familiares); específicamente cuando se han materializado los riesgos típicos de la concreta intervención sanitaria”*.

Puede añadirse a lo señalado en el referido dictamen que, con posterioridad, se han venido produciendo otros nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ligada a incumplimientos en materia de información asistencial y consentimiento del paciente, y a la indemnizabilidad de daños de índole moral, pudiendo citarse como referentes los contenidos en las sentencias de 1 de febrero de 2008 (Ar. RJ 2008,1349), 30 de septiembre de 2009 (Ar. RJ 2009,5481), de 24 de noviembre de 2009 (Ar. RJ 2009,8084), 4 de diciembre de 2009 (Ar. RJ 2009,8152) o 25 de octubre de 2010 (Ar. JUR 2010, 381780).

De entre esta última serie de pronunciamientos cabe remitirse, por su singular valor recopilatorio, a la doctrina enunciada en la mencionada Sentencia de 4 de diciembre de 2009 -Fundamento de Derecho 9º-, donde se expresa: *“[...] cuando de lo que se trata de valorar es la responsabilidad originada por la falta del consentimiento informado, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la “lex artis” en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico, lo relevante es la producción del daño. La falta del consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad. [] Cuando la*

intervención es enteramente satisfactoria para el paciente; cuando no existe un daño físico, prima facie parece claro que aún cuando el consentimiento informado se hubiera omitido o practicado de forma irregular, no hay términos hábiles para el acogimiento de una acción resarcitoria ex artículo 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o ex artículos 1.902 y demás citados del Código Civil (LEG 1889, 27). [] Supuesto distinto al anterior, es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la “lex artis”, el paciente sufre una secuela previsible. [] En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento (Sentencias de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258) y de 1 de febrero de 2008”.

Dado que el sentido del presente dictamen, favorable a estimar parcialmente la reclamación, es de signo contrario al contenido en la propuesta de resolución formulada por el SESCOAM, cabe recordar la sugerencia contenida en nuestra Memoria del año 2010, relativa a que, en el caso de que la Administración decida apartarse de los criterios contenidos en el dictamen de los órganos consultivos, deberá motivar en la resolución que adopte las razones de su discrepancia con aquel, por exigirlo así el artículo 89.3 en relación con el artículo 54, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

VI

Sobre la indemnización solicitada.- La reclamante realiza dos cuantificaciones distintas del daño y no hace referencia a baremo objetivo alguno, ni especifica los distintos conceptos que se debieran valorar. Asimismo, tampoco se ha manifestado criterio alguno por la Administración que pueda ser contrastado por este Consejo, por lo que no le es posible emitir un pronunciamiento detallado sobre la suma que, en su caso, cuantificaría los mismos. A este respecto, se deberán concretar las secuelas y su intensidad, así como los perjuicios sufridos por la reclamante, a efectos de establecer la indemnización que le correspondería.

No obstante ello, sí resulta factible determinar el marco al que debería ajustarse la indemnización, partiendo para ello de lo establecido en el Real Decreto-Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor. Según la tabla VI del Anexo al referido Real Decreto-Legislativo, a las lesiones de columna vertebral y pelvis se le asignan diversos puntos en función de sus características y según su intensidad.

La Tabla IV de la Resolución de 31 de enero de 2010, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones establece los factores de corrección para las indemnizaciones por lesiones permanentes y la Tabla V las posibles indemnizaciones por incapacidad por incapacidad temporal, fijadas en 66 euros para las estancias hospitalarias, 53,66 euros para los días de baja impeditivos y 28,88 euros para los días de baja no impeditivos.

Por su parte, en la Tabla III de la referida Resolución de 31 de enero de 2010, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2010, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, y en función de la edad de la paciente en la fecha en que ha quedado determinada la secuela (56 años), cada punto debe multiplicarse por una cantidad que va desde 613,87 euros hasta 2.480,57, en función de los puntos que le correspondieran una vez concretadas las secuelas. A su vez, a la cantidad resultante habría que aplicar el factor de corrección del 10 por 100 al no estar acreditados los ingresos netos de la reclamante.

La modulación del deber jurídico de soportar el daño por parte de la paciente que, después de valorar todas las circunstancias concurrentes, sería posible efectuar, permite moderar el *quantum* indemnizatorio, tal como se expone a continuación.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que el objeto de la indemnización a otorgar serán los daños morales derivados de la falta de la obtención del debido consentimiento informado para realizar la operación cuyas consecuencias se imputan a la Administración sanitaria, tal y como estableció el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 4 de abril de 2000 (Ar. RJ. 2000;3258), que ha sido citada por Sentencias del mismo Tribunal y de otros, y tomada como Sentencia de contraste en varios recursos de casación para unificación de doctrina. En el caso enjuiciado por el alto tribunal quedó probado que el paciente padeció una paraplejía como consecuencia de la operación quirúrgica que se le practicó; y en la Sentencia se argumenta que aquella era prácticamente necesaria, que la falta de información no tuvo virtualidad causal con el resultado dañoso, y que los daños corporales derivados de la operación no están ligados al funcionamiento anormal del servicio público y no son indemnizables; se indemniza, por tanto, *“como daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”*, la *“situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable a dicha falta de información”*.

En segundo lugar ha de señalarse que, en el dictamen de este Consejo número 14/2011, de 29 de enero, se pone de manifiesto que *“de la doctrina enunciada por el Consejo [...] y de la plasmada en los referidos pronunciamientos jurisprudenciales se infiere la notable trascendencia que cobra, para valorar las eventuales omisiones informativas producidas en el ámbito sanitario, una verdadera existencia de alternativas de tratamiento con repercusión sobre la esfera de toma de decisiones del paciente”*.

Así, comoquiera que a todo paciente cabe, generalmente, la alternativa de rechazar un determinado tratamiento o intervención, puede considerarse que las referidas deficiencias advertidas en el funcionamiento del servicio público sanitario, localizadas en el ámbito estrictamente informativo, en este supuesto no han tenido trascendencia alguna sobre la estrategia terapéutica a seguir, puesto que la intervención practicada era ineludible, al ser necesaria la exéresis total de la tumoración que padecía la paciente.

En tercer lugar este Consejo, en dictámenes anteriores -como los números, 296/2010, de 29 de diciembre, 14/2011, de 29 de enero y 249/2011, de 26 de octubre-, ha minorado las indemnizaciones determinadas mediante el correspondiente Baremo atendiendo a diferentes circunstancias concurrentes en el caso concreto, siendo consciente de que la evaluación del daño moral es una labor harto difícil.

Por lo tanto, deberán tenerse en cuenta, a la hora de determinar la correspondiente indemnización, la edad de la reclamante (56 años en la fecha de la intervención) y que padecía una tumoración de una raíz lumbar (L4 izquierda), lo que hacía inevitable la intervención que se le practicó, ya que sin ella las posibilidades de recuperación eran casi nulas, según se recoge en los diferentes informes contenidos en el expediente.

Así, según expone claramente la inspectora de los Servicios Sanitarios en su informe, la cirugía realizada a D.^a X estaba indicada y que la secuela posterior (déficit motor y parestesias) está descrita en la bibliografía por el proceso inflamatorio inicial y posterior fibrosis en la zona quirúrgica. Asimismo, *“Los meningiomas, schwannomas y neurofibromas se deben resear quirúrgicamente. [...] La extirpación de los tumores de las vainas nerviosas puede requerir el sacrificio de la raíz nerviosa afectada. (pág. 2151, T. de Cirugía, Sabiston). [...] El tratamiento consiste en la resección quirúrgica (pág. 2688, P. de Medicina Interna, Harrison)”*. Igualmente, el Coordinador del Servicio de Neurocirugía del Hospital H señala que *“La única alternativa viable en este caso en particular hubiera sido abstenerse de realizar la exéresis*

total del tumor lo cual hubiera sido también “a priori” una decisión discutible por no tener información de la naturaleza del tumor (agresividad biológica) en ese preciso instante. [] Probablemente, el hecho de haber adoptado una actitud conservadora también podría haber llevado con el paso del tiempo a un aumento del volumen tumoral lo cual podría haber acabado generando el mismo déficit radicular”. Del mismo modo, el dictamen aportado por la aseguradora de la Administración, señala que “El tratamiento es quirúrgico y consiste en la realización de una laminectomía y extirpación tumoral. La raíz en la que asienta el tumor rara vez se puede conservar por lo que en general es preciso seccionarla. [] Toda tumoración de una raíz nerviosa que quiera extirparse en su totalidad va a causar un déficit neurológico irreversible, bien de sensibilidad o de fuerza”.

Atendiendo a los criterios indicados y considerando probado que en el presente supuesto no había alternativa a los actos médicos realizados, se considera adecuado a fin de procurar una cuantificación objetiva del daño moral irrogado, referido al grado de menoscabo experimentado en el derecho de la lesionada a participar activamente en la toma de decisiones concernientes a la salvaguarda de su salud, en ejercicio de su autonomía como paciente, ante la falta de otros criterios objetivos de evaluación mediante los que se pueda llegar a una distribución porcentual diferente, estima el Consejo que cabe aplicar como factor de modulación del referido daño moral un porcentaje del 50 %, a utilizar como índice de minoración respecto del daño físico propiamente acaecido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público prestado por el Hospital H y los daños sufridos por D.^a X, tras someterse a una operación de exéresis total de una tumoración de una raíz lumbar L4 izquierda, procede dictar resolución parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada y reconocer el derecho de la reclamante a percibir una indemnización en la forma señalada en la Consideraciones VI del presente dictamen.

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Primer anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria.- Con fecha 15 de diciembre de 2011, el Consejo de Gobierno tomó en consideración un anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria, el cual fue objeto del dictamen 9/2012, de 17 de enero. En la consideración IV de este dictamen, después de señalar que en el proyecto no existía una clara identificación de los objetivos concretos que pretendían alcanzarse con la elaboración de la norma proyectada y que el texto del anteproyecto no ofrecía un conjunto coherente que por sus innovaciones normativas viniera a dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 135.6 de la Constitución Española, se añadía que el Gobierno de la Nación había anunciado la aprobación de un proyecto de ley orgánica que se dictaría en cumplimiento de la disposición adicional única de la reforma del artículo 135 de la Constitución, por lo que se recomendaba que se reconsiderase la opción de posponer o, al menos, simultanear la elaboración y aprobación de la normativa autonómica sobre esta materia a la anunciada de ámbito estatal.

Segundo. Memoria justificativa del segundo anteproyecto de ley.- Una vez aprobada por el Estado la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con fecha 5 de julio de 2012, la Directora General de Presupuestos y Fondos Comunitarios emitió un informe en el que tras efectuar unas consideraciones generales sobre la situación económica actual, analizaba el marco jurídico que resulta de aplicación tras la modificación del artículo 135 de la Constitución Española y la aprobación de la citada Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

A continuación expone que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 135 de la Constitución Española y en el 10 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, *“se está llevando a cabo la elaboración de un texto normativo que establezca los instrumentos y procedimientos*

necesarios para adecuar la normativa presupuestaria autonómica a la aplicación de los principios de la ley orgánica de referencia". En este sentido, resalta que los aspectos que contiene el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, son los siguientes:

a) En el ámbito de la estabilidad presupuestaria, contempla la obligación de elaborar un marco presupuestario a medio plazo que constituya la programación de la actividad del sector público autonómico con presupuesto limitado; obliga al Consejo de Gobierno a establecer un límite de gasto no financiero que respete el objetivo de estabilidad presupuestaria establecida por el Estado para las Comunidades Autónomas y crea un fondo de contingencia destinado a financiar las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumenten las necesidades de financiación.

b) En el ámbito de la sostenibilidad financiera fija un límite de deuda; establece la prioridad absoluta del pago de los intereses y del capital frente a cualquier otro gasto y la crea de un fondo de reserva para deuda, destinado a disminuir el endeudamiento neto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

c) Contiene el compromiso de asunción de responsabilidades por los órganos y entidades integrantes del sector público regional.

d) En aplicación del principio de transparencia, determina que tanto los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como su contabilidad, han de contener información suficiente que permita verificar su situación económica y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Añade que la aprobación de las anteriores medidas exige modificar el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, a cuyo efecto se efectúan las siguientes modificaciones:

a) Artículo 4, mediante el que se redefine el sector público regional, mediante la inclusión de los consorcios.

b) Apartado 2 del artículo 11 añadiendo a los principios que en el mismo se contemplaban, los rectores de la política presupuestaria contemplados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

c) Apartado 1 del artículo 13 para adaptarlo a la exigencia de la aprobación de un marco presupuestario a medio plazo.

d) Introducción del artículo 34 bis, en el que se contempla la exigencia de elaborar un marco presupuestario a medio plazo.

e) Párrafo c) del apartado 1 del artículo 38 referido a la clasificación económica de las estructuras de gastos de los presupuestos, habilitando el capítulo 5 para consignar el Fondo de Contingencia.

Tercero. Informe del Servicio de Régimen Jurídico.- Figura a continuación el informe de la Jefa del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería de Hacienda, fechado el 6 de julio de 2012, en el que expresa su opinión favorable al texto examinado.

Cuarto. Informe de la Secretaría General.- El mismo día 6 de julio de 2012 el Secretario General de la Consejería de Hacienda informó favorablemente el texto proyectado por considerarlo acorde con el ordenamiento jurídico.

Quinto. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.- Sometido el anteproyecto de ley elaborado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dicho órgano emitió informe favorable al contenido de la norma.

Sexto. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- El borrador de anteproyecto se elevó al Consejo de Gobierno, órgano que, en sesión celebrada el 12 de julio de 2012, acordó tomarlo en consideración y disponer su remisión a este Consejo Consultivo solicitando su preceptivo dictamen.

Tal acuerdo se acredita en el expediente mediante certificación emitida el mismo día 12 por la Secretaria Adjunta al Consejo de Gobierno.

Séptimo. Texto del anteproyecto de Ley.- El borrador sometido a la consideración de este Consejo, consta de una Exposición de Motivos, 17 artículos integrados en seis capítulos, una disposición adicional, otra derogatoria y tres disposiciones finales.

En la Exposición de Motivos se destaca la importancia que tiene la política presupuestaria y el equilibrio presupuestario tanto en el ámbito europeo como en España, donde tiene rango de principio constitucional como consecuencia de la modificación del artículo 135 de la Constitución Española. También se hace referencia a la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de desarrollo del citado artículo 135, que, dice, nace

con una triple vocación: garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones públicas; fortalecer la confianza, la estabilidad de la economía española y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria, aspectos en los que las Comunidades Autónomas tienen que cumplir un papel fundamental, debido al importante volumen de gasto que gestionan y a la necesaria coordinación que se exige a todas las Administraciones públicas. Finaliza la Exposición de Motivos efectuando una descripción del contenido de la Ley, resaltando los aspectos mediante los que considera se consiguen los objetivos pretendidos por la Ley, que son la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera, la responsabilidad y la transparencia.

El Capítulo I, denominado “*Consideraciones generales*”, está integrado por tres artículos dedicados a regular el objeto (artículo 1); el ámbito subjetivo (artículo 2) y los principios rectores de la política presupuestaria del sector público.

El Capítulo II, titulado “*Estabilidad presupuestaria*”, se compone de 4 artículos, en los que se establece la instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria (artículo 4); el marco presupuestario a medio plazo (artículo 5); el límite de gasto no financiero (artículo 6) y el Fondo de Contingencia (artículo 7).

El Capítulo III, rubricado “*Sostenibilidad financiera*”, está formado por tres artículos, dedicados a la instrumentación del principio de sostenibilidad financiera (artículo 8); el Fondo de Reserva (artículo 9) y la reducción del endeudamiento (artículo 10).

El Capítulo IV, llamado “*Responsabilidad*”, sólo tiene un artículo, el 11, que reglamenta la instrumentación del principio de responsabilidad.

El Capítulo V, denominado “*Transparencia*”, igualmente contiene únicamente el artículo 12, dedicado a la instrumentación del principio de transparencia.

El Capítulo VI, signado como “*Seguimiento, control y medidas correctoras*”, se integra con cinco artículos, en los que se establecen las normas generales sobre el seguimiento y control de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 13); el control del objetivo de estabilidad en la fase de elaboración de los presupuestos (artículo 14); el control del objetivo de estabilidad en la fase de ejecución de los presupuestos (artículo 15); el control del objetivo de estabilidad tras la liquidación del presupuesto (artículo 16) y la aplicación forzosa de las medidas correctoras (artículo 17).

La disposición adicional regula las relaciones entre la Consejería de Hacienda y los órganos y entidades del ámbito subjetivo.

Mediante la disposición derogatoria se dejan sin efectos las normas que contengan disposiciones contrarias a lo dispuesto en la Ley.

A través de la disposición final primera se introducen diversas modificaciones en el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre; en la segunda se faculta al Consejo de Gobierno y al titular de la Consejería de Hacienda para dictar las normas necesarias para el desarrollo y aplicación de la Ley, y en la tercera se dispone la entrada en vigor de la Ley el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 23 de julio de 2012.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de Castilla-La Mancha.

El artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado con carácter preceptivo *“en los siguientes asuntos: [...] 3.- Anteproyectos de Ley”*.

De acuerdo con dicho precepto se emite el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- El procedimiento de elaboración de la norma ha de ajustarse a lo previsto en el artículo 35 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que regula el ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno. Este precepto dispone que *“los textos que tengan tal objeto se elaboran y tramitan como anteproyectos de Ley”*.

elevándose, junto con todas las actuaciones y antecedentes, a la consideración del Consejo de Gobierno”. Asumida la iniciativa legislativa, este órgano ejecutivo colegiado, a la vista del texto del anteproyecto, “decide sobre ulteriores trámites y consultas y, cumplidos éstos, acuerda su remisión al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Emitido el preceptivo informe, el Consejo de Gobierno acuerda la remisión del proyecto a las Cortes de Castilla-La Mancha, acompañado del informe del Consejo Consultivo y de los antecedentes necesarios”.

Los genéricos términos en que se halla formulado tal precepto, dejan al criterio del órgano encargado de la elaboración de la norma en su primera fase y del Consejo de Gobierno después, una vez que ha tomado en consideración el texto redactado, la apreciación de qué antecedentes o trámites concretos son precisos para la elaboración de una disposición de este rango, siendo las Cortes Regionales, en última instancia, a quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta ha quedado acreditado que, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de fecha 12 de julio de 2012, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acordando solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo.

Como actuaciones previas y antecedentes se incluyen diversos informes ya enumerados en los antecedentes al presente dictamen, desconociendo si el texto sometido a la consideración del Consejo de Gobierno es el único que ha existido durante su tramitación previa ya que ninguna referencia se efectúa sobre este extremo.

Se hace preciso poner de manifiesto que no figura en el expediente remitido a este órgano que el anteproyecto se haya sometido al informe de los distintos departamentos de la Administración Regional, ni a las entidades que componen el sector público regional ni a las universidades públicas de Castilla-La Mancha, cuyas competencias resultan afectadas por la regulación prevista.

Se ha omitido también, el informe de impacto de género exigido por el artículo 6.3 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, que dice que *“Todos los anteproyectos de ley, disposiciones de carácter general y planes que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género que analice los posibles efectos*

negativos sobre las mujeres y los hombres y establezca medidas que desarrollen el principio de igualdad”.

Sin perjuicio de las observaciones expresadas es preciso reiterar, en consonancia con lo manifestado por este Consejo en numerosas ocasiones (baste por todos el dictamen 135/2002, de 20 de noviembre), que no corresponde al órgano consultivo decidir sobre la determinación de lo que han de considerarse “*antecedentes necesarios*” en la elaboración de proyectos de ley, siendo en última instancia la Cámara Legislativa Regional, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1986, de 29 de julio, quien deba denunciar la omisión o insuficiencia de antecedentes en el caso de apreciar la ausencia de alguna actuación o la práctica deficiente de un determinado trámite, si estima que ello le priva de un elemento de juicio necesario para tomar la decisión que le corresponde en relación a la aprobación de la norma.

III

Marco competencial y normativo.- En el dictamen 9/2012, de 17 de enero, emitido sobre el anteproyecto Ley de Estabilidad Presupuestaria al que se ha hecho referencia en el primer antecedente, se decía lo siguiente respecto del marco competencial y normativo que resultaba de aplicación en aquél momento:

“A fin de garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica y social del país, el 27 de septiembre de 2011 se procedió a aprobar la reforma del artículo 135 de la Constitución Española, donde la exposición de motivos señala que la estabilidad presupuestaria adquiere un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado, del mantenimiento y desarrollo del Estado Social que proclama el artículo 1.1 de la propia Ley Fundamental y, en definitiva, de la prosperidad presente y futura de los ciudadanos, valor, que justifica su consagración constitucional, con el efecto de limitar y orientar, con mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos. Recuerda además, la función que ya tuvo en el pasado como un instrumento imprescindible para lograr la consolidación fiscal que permitió a España acceder a la Unión Económica y Monetaria.

Tras la reforma, el artículo 135 queda redactado como sigue:

«1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. *El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.*

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. *El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.*

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. *Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.*

5. *Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:*

a) *La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.*

b) *La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.*

c) *La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.*

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.»

Por su parte la Disposición Adicional Única señala que la Ley Orgánica prevista en el artículo 135 deberá estar aprobada antes del 30 de junio del 2012.

Hasta la reforma de 27 de septiembre de 2011, la Constitución Española no contenía ninguna mención expresa a la estabilidad y al equilibrio presupuestario, aunque sí hacía referencia en el artículo 40.1 a la estabilidad económica al señalar que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para la distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica”.

El impulso normativo que este principio ha experimentado en los últimos años, y que ha culminado con la citada modificación, se vincula a la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea y a la aplicación del derecho comunitario, donde la estabilidad presupuestaria como objetivo de política económica se manifiesta desde su Tratado Constitutivo, tal como refleja el artículo 104 (en la actualidad artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que impone a los Estados miembros la obligación de evitar déficits públicos excesivos, concretando que la Comisión supervisará la evolución presupuestaria y el nivel de endeudamiento público de los estados miembros y regulando las medidas a adoptar por el Consejo en caso de no seguirse sus recomendaciones; previsiones que se plasman en el denominado Pacto de Estabilidad y Crecimiento, compuesto por la Resolución del Consejo reunido en Ámsterdam el 17 de junio de 1997, por el Reglamento 1466/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas, y por el Reglamento (CE) 1467/1997 del Consejo, de 7 de julio de 1997, relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, normas que tienen como finalidad prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, dando así confianza en la estabilidad económica de dicha zona y garantizando una convergencia sostenida y duradera de las economías de los estados miembros.

En aplicación de la normativa anterior, y al amparo del artículo 149.1.11ª (que atribuye al Estado competencias exclusivas en materia de bases de la ordenación del crédito, banca y seguros), 13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 14ª (y hacienda general y deuda del Estado) y 18ª (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas) de la Constitución, se aprobó el marco básico de la estabilidad presupuestaria,

que está constituido por el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, -que vino a integrar la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la anterior- y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la citada Ley 18/2001, que establece los mecanismos jurídicos de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas al servicio de los objetivos de estabilidad presupuestaria; ambas normas de obligado cumplimiento para las Comunidades Autónomas en las que se regulan, entre otras materias, los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público, la instrumentalización del principio de estabilidad presupuestaria, el procedimiento de fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas, el suministro de información, las consecuencias derivadas del incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y los planes económicos-financieros de reequilibrio.

Contra determinados preceptos de la Ley 18/2001, General de Estabilidad Presupuestaria y de la Ley Orgánica complementaria, se interpusieron recursos de inconstitucionalidad por varias Comunidades Autónomas, entre ellas la de Castilla-La Mancha, que fueron desestimados por el Tribunal Constitucional mediante diversas Sentencias como la n.º 134/2011, de 20 de julio, donde el Tribunal Constitucional, al analizar los títulos competenciales que habilitan al Estado para dictar ambas normas, indica que “nuestra doctrina ha señalado que el establecimiento de topes máximos al presupuesto en materias concretas “halla su justificación tanto en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13 CE, como en el principio de coordinación, que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE) con el alcance previsto en el art. 2.1 LOFCA. Y en relación con ello, no puede tampoco desconocerse que hemos destacado la conexión que existe entre la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas y la competencia estatal exclusiva sobre la hacienda general prevista en el art. 149.1.14 CE (por todas, STC 31/2010, de 28 de junio [RTC 2010, 31], F 130) [] En conclusión, es clara, en principio, la competencia estatal para dictar, ex art. 149.1.13 y 14, las leyes controvertidas, sin perjuicio de la incidencia complementaria de otras atribuciones competenciales (así, las reglas 11 y 18 del mismo art. 149.1 CE) [...] la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas no excluye, sin embargo, la existencia de controles, incluso específicos [...] importa señalar que este Tribunal en su STC 62/2001, de 1 de marzo (RTC 2001, 62) reiterando anterior doctrina, ha considerado legítimo el establecimiento de límites presupuestarios en materias concretas, señalando que existe para ello un doble fundamento [...]”.

Doctrina que se reitera en la Sentencia 187/2011, de 23 de noviembre, que desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente de las Cortes de Castilla-La Mancha, en la que se señala que “las cuestiones

planteadas en este proceso han sido ya resueltas en las SSTC 134/2011, de 20 de julio (RTC 2011,134) y 157/2011, de 18 de octubre (RTC 2011,157) a cuyos textos nos remitiremos sucintamente, destacando ya que la reforma constitucional de 27 de septiembre pasado, que entró en vigor ese mismo día -disposición final única-, ha dado una nueva redacción al art. 135 CE con la que se ha llevado a cabo “la consagración constitucional del principio de estabilidad presupuestaria”.

Además de la legislación específica de estabilidad presupuestaria, rigen otras normas como la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas que, partiendo en el artículo 1 de la autonomía financiera de estas establecida en la Constitución, fija los principios rectores de la actividad financiera señalando, en su artículo 2.1.b), que la garantía de equilibrio económico, a través de la política económica general, corresponde al Estado que es el encargado de adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa y la estabilidad presupuestaria, así como el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español, a lo que añade en su artículo 21, que los presupuestos de las Comunidades Autónomas atenderán al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria.

Guarda relación con la materia objeto de examen la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que impone a las Comunidades Autónomas la obligación de suministrar la información necesaria para la medición del grado de realización del objetivo de estabilidad presupuestaria con arreglo al procedimiento previsto en la mencionada Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre -artículo 133- y regula en su artículo 28 los escenarios presupuestarios plurianuales en los términos siguientes:

“1. Los escenarios presupuestarios plurianuales en los que se enmarcarán anualmente los Presupuestos Generales del Estado, constituyen la programación de la actividad del sector público estatal con presupuesto limitativo en la que se definirán los equilibrios presupuestarios básicos, la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar a las políticas de gasto, en función de sus correspondientes objetivos estratégicos y los compromisos de gasto ya asumidos. Los escenarios presupuestarios plurianuales determinarán los límites, referidos a los tres ejercicios siguientes, que la acción de gobierno debe respetar en los casos en que sus decisiones tengan incidencia presupuestaria.

2. Los escenarios presupuestarios plurianuales se ajustarán al objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente al Estado y a la Seguridad Social establecido de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, referido a los tres ejercicios siguientes.

3. Los escenarios presupuestarios plurianuales serán confeccionados por el Ministerio de Hacienda, que dará cuenta de los mismos al Consejo de Ministros con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año y, en su caso, contendrán la actualización de las previsiones contenidas en los escenarios presupuestarios aprobados en el ejercicio anterior.

4. Los escenarios presupuestarios plurianuales estarán integrados por un escenario de ingresos y un escenario de gastos.

El escenario de ingresos tendrá en cuenta los efectos tendenciales de la economía, los coyunturales que puedan estimarse y los derivados de cambios previstos en la normativa que los regula.

El escenario de gastos asignará los recursos disponibles de conformidad con las prioridades establecidas para la realización de las distintas políticas de gasto, teniendo en cuenta en todo caso las obligaciones derivadas de la actividad del sector público que tengan su vencimiento en el período a considerar y los compromisos de gasto existentes en el momento de su elaboración que puedan generar obligaciones con vencimiento en el período que comprenda”.

También procede citar la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que en el artículo 32 dispone que todas las Administraciones Públicas deben contribuir al logro de la sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros, y para garantizarla, aplicarán una política de racionalización y contención del gasto y se adecuarán a los principios de estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficacia, en los términos definidos en la normativa de estabilidad presupuestaria.

Naturalmente, el principio de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, que consagra el artículo 156.1 de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha -aprobado por Ley Orgánica 19/1982, de 10 de agosto-, obliga a que una vez fijada la normativa básica, se reconozca a la Comunidad Autónoma la competencia para adoptar las medidas necesarias que garanticen la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria, tal y como señalan los artículos 3.2 y 11 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre.

Por otro lado, al amparo del artículo 148.1.13ª de la Constitución, en virtud del cual las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los límites marcados por la política económica nacional, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, contempla entre las competencias exclusivas enumeradas en su artículo 31, apartado 12ª, la “Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro

de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha”, título, que sin perjuicio de otros, habilita para el ejercicio de la iniciativa legislativa que se plasma en el anteproyecto sometido a dictamen.

Entre la normativa dictada por la Comunidad Autónoma, se encuentra el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, que debería ser tenido en cuenta a la hora de delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la futura ley de estabilidad presupuestaria ya que, señala en su artículo 4, -tras la modificación operada por la disposición final primera de la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reorganización del sector público de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha- que:

“1. A los efectos de la presente Ley, integran el sector público regional:

a) Los órganos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha regulados en el Estatuto de Autonomía y los vinculados o dependientes de éstos.

b) La Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos y entidades públicas dependientes.

c) Las empresas y fundaciones públicas regionales.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, se considerarán empresas públicas regionales las sociedades mercantiles en cuyo capital social la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tenga una participación directa o indirecta superior al cincuenta por ciento. Para la determinación de este porcentaje se tendrán en cuenta las participaciones de todas las entidades integrantes del sector público regional a las que se refiere este artículo.

3. Las fundaciones públicas regionales son aquellas en las que concurra algunas de las siguientes circunstancias:

a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.

b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por la Administración de Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, sus organismos autónomos o demás entidades integrantes del sector público regional.»

Por último, en lo referente a la emisión de deuda pública y a las operaciones de crédito que puede concertar la Comunidad Autónoma, procede citar el artículo 47 del Estatuto de Autonomía y el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas”.

Desde aquella fecha se han aprobado las siguientes normas que tienen relación con el anteproyecto objeto del presente dictamen:

1.- En el ámbito europeo, el día 2 de marzo de 2012 se firmó el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, mediante el que se pretende *“reforzar el pilar económico de la unión económica y monetaria mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas a promover la disciplina presupuestaria a través de un pacto presupuestario, a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a mejorar la gobernanza de la zona euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento sostenible, empleo, competitividad y cohesión social”.*

2.- En el ámbito estatal se pueden citar las siguientes:

a) En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 135 de la Constitución, las Cortes Generales aprobaron la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. De acuerdo con el preámbulo de esta disposición, la norma pretende los tres objetivos siguientes: a) Garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones públicas; b) fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española; y c) reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria. Mediante la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, se derogó de forma expresa la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, así como el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

El correspondiente anteproyecto de Ley fue informado por el Consejo de Estado en el dictamen 164/2012, de 1 de marzo, donde, además de las consideraciones efectuadas al texto del proyecto normativo, se contiene una amplia exposición de la normativa europea que resulta de aplicación, así como del ámbito competencial que le es, diciendo al respecto que *“Antes de la reforma del artículo 135 de la Constitución, la invocación de tales títulos resultaba necesaria para justificar la competencia del Estado. El vigente artículo 135 ofrece por sí solo, en su apartado 5 (“Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo...”), fundamento*

suficiente para la aprobación del anteproyecto sometido a consulta, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional. Para comprobarlo, se examinan a continuación los principales pronunciamientos de la jurisprudencia constitucional recaídos en materia de estabilidad presupuestaria”.

Tras citar el Consejo de Estado diversa doctrina constitucional que fundamentaba la competencia estatal para dictar leyes de estabilidad presupuestaria, añade que *“Como acaba de verse, antes de la reforma del artículo 135 de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoció la competencia estatal para la aprobación de una ley de estabilidad presupuestaria al amparo del artículo 149.1.11ª, 13ª, 14ª y 18ª de la Constitución. [] Con posterioridad a dicha reforma, el Tribunal Constitucional ha subrayado, en sentencia 157/2011, de 18 de octubre, que la nueva redacción del artículo 135 de la Constitución corrobora la competencia del Estado para aprobar, con carácter orgánico, una ley de estabilidad presupuestaria (fundamento de derecho tercero): [] “Para entrar en el fondo del asunto hemos de recordar la doctrina del ius superveniens que reiteradamente venimos sentando, en lo que ahora importa, en el control de los posibles excesos competenciales, y sobre esta base, una vez que ya hemos dejado constancia de la reforma constitucional que ha modificado el art. 135 CE con la “consagración constitucional” -exposición de motivos de la Reforma- del “principio de estabilidad presupuestaria”, resulta claro que “es a este nuevo canon de constitucionalidad al que hemos de atenernos ahora al dictar sentencia, pues es doctrina uniforme de este Tribunal que “en el recurso de inconstitucionalidad no se fiscaliza si el legislador se atuvo o no, en el momento de legislar, a los límites que sobre él pesaban, sino, más bien, si un producto normativo se atempera, en el momento del examen jurisdiccional, a tales límites y condiciones”” (STC 179/1998, de 19 de septiembre, F. 2, y en el mismo sentido SSTC 135/2006, de 27 de abril, F. 3, 1/2011, de 14 de febrero, F. 2 y 120/2011, de 6 de julio, F. 2). [] Y el apartado 1 de la nueva redacción del art. 135 CE establece que “todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”. Estamos, pues, ante un mandato constitucional que, como tal, vincula a todos los poderes públicos y que por tanto, en su sentido principal, queda fuera de la disponibilidad -de la competencia- del Estado y de las Comunidades Autónomas. Cuestión distinta es la de su desarrollo, pues aquel sentido principal admite diversas formulaciones, de modo que será ese desarrollo el que perfilará su contenido. [] La nueva redacción del art. 135 CE encomienda ya a una Ley orgánica el desarrollo de los principios a que se refiere el precepto -apartado 3-. Y esto es lo que ahora se destaca: la remisión a una Ley orgánica, obviamente estatal, corrobora la competencia del Estado en esta materia, que ya había declarado este Tribunal aplicando el art. 149.1, 13 y 14, por un lado, y 11 y 18, por otro -STC 134/2011, ya citada, F. 8-”. [] Esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional*

en sus sentencias núms. 185/2011, 186/2011, 187/2011, 188/2011 y 189/2011, de 26 de noviembre, y 195/2011 y 198/2011, de 13 de diciembre. [] En consecuencia, la vigente redacción del artículo 135 de la Constitución ofrece fundamento suficiente para la aprobación del presente anteproyecto de Ley orgánica, sin que resulte necesario -ni tampoco sea aconsejable- la mención de los títulos competenciales del artículo 149.1.11ª, 13ª, 14ª y 18ª de la norma fundamental”.

b) El Real Decreto Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, en cuyo artículo 6, apartado cinco, se modifica el artículo 81 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, cuyo apartado 2 le da la siguiente redacción: *“El Presupuesto será público, único y equilibrado, y comprenderá la totalidad de sus ingresos y gastos. Para garantizar un mejor cumplimiento de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, las Universidades deberán cumplir con las obligaciones siguientes [...]”*. Asimismo se modifican los apartados 4 y 5 del mencionado artículo, refiriendo este último apartado el sistema que resulta de aplicación en la rendición de cuentas y liquidación de presupuestos, donde en el caso de que la liquidación resulte con remanente de tesorería negativo, el Consejo Social debe proceder a la reducción de gastos del nuevo presupuesto, estableciendo en el último párrafo de este apartado que *“La falta de remisión de la liquidación del presupuesto [a la comunidad autónoma], o la falta de adopción de las medidas en caso de liquidación con remanente negativo, facultará a la Comunidad Autónoma, para adoptar, en el ámbito de sus competencias, las medidas necesarias para garantizar la estabilidad presupuestaria de la Universidad”*.

c) El Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, por la que se aprueban una serie de medidas de índole fiscal y de reducción del gasto público, orientadas a reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria.

d) La Ley Orgánica 3/2012, de 25 de julio, por la que se ratifica el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria. Entre las medidas contenidas en el mismo, las más relevantes a los efectos de la norma proyectada son las contenidas en su Título III, Pacto presupuestario, que parte de la exigencia de que los presupuestos de las Administraciones Públicas deben estar equilibrados o en superávit y prevé la activación automática de un mecanismo corrector en caso contrario.

3.- La consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera también ha tenido su reflejo en la actividad legislativa reciente de la Comunidad Autónoma, pudiéndose citar a tal efecto las leyes 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha y 6/2012, de 2 de agosto, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales Básicos de Castilla-La Mancha.

Así en la exposición de motivos de la segunda de las normas mencionadas se afirma que *“La presente iniciativa tiene por objeto la adopción de medidas complementarias de carácter extraordinario que van a permitir una estructuración del gasto público responsable y racional, en consonancia con lo establecido en el artículo 135 de la Constitución Española a través de la prudencia en la determinación del presupuesto y del gasto, la austeridad en la sostenibilidad del Estado social y encaminada a la finalidad común de todas las instituciones para crear las condiciones necesarias para que la sociedad de Castilla-La Mancha reciba de su Gobierno todo lo necesario para poder generar empleo y riqueza para nuestra región”*.

También cabe citar la Ley 5/2012, de 12 de julio, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el año 2012, cuya disposición final segunda mandata al Consejo de Gobierno, para que durante el ejercicio 2012, eleve a las Cortes de Castilla-La Mancha un proyecto de ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera cuyo objeto será, dentro del ámbito de las competencias autonómicas, establecer los instrumentos y procedimientos necesarios para la aplicación de los principios rectores de la política presupuestaria contenidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Asimismo resulta de interés tener en cuenta las Órdenes de la Consejería de Hacienda, de 8 de agosto de 2012, sobre normas de ejecución de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2012 y la de 12 de julio de 2012, sobre normas de elaboración de los presupuestos generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2013, que si bien técnicamente no forman parte del marco normativo de aplicación, ya que se trata de disposiciones de inferior rango jerárquico, su conocimiento resulta útil para la mejor inteligencia del anteproyecto.

El anteproyecto de Ley sometido al presente dictamen se dicta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

IV

Consideración general.- En la Exposición de Motivos se dice que la Ley se dicta en aplicación del artículo 10.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, el cual dispone que *“Los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley vendrán obligados a establecer en sus normas reguladoras en materia presupuestaria los instrumentos y procedimientos necesarios para adecuarlas a la aplicación de los principios contenidos en esta Ley”*.

De lo dispuesto en el citado precepto se deduce que las Comunidades Autónomas no se encuentran obligadas a aprobar una ley que desarrolle las prescripciones contenidas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, sino a establecer en sus normas presupuestarias los instrumentos y procedimientos para adecuarlas a los principios contenidos en la misma. A esta cuestión ya se refirió el Consejo de Estado en el citado dictamen 164/2012, de 1 de marzo, donde, analizando la calificación que de norma básica se hacía en el apartado 2 de la disposición final primera, efectuó la siguiente consideración que calificó como esencial: *“el análisis del anteproyecto evidencia que la inmensa mayoría de sus preceptos contienen una regulación que -por su propio contenido- no admite desarrollo normativo alguno por parte de las Comunidades Autónomas; así, resulta difícil pensar en qué medida podrían las Comunidades Autónomas desarrollar -por ejemplo- el límite de deuda pública establecido en el artículo 13.1, las medidas de cumplimiento forzoso previstas en el artículo 26 o los mecanismos de control de constitucionalidad contemplados en la disposición adicional tercera. [] En realidad, el carácter básico que se otorga al anteproyecto obedece al deseo de garantizar que sus previsiones resulten de aplicación a todas las Administraciones públicas. Esta aplicación uniforme en todo el territorio español no es, sin embargo, la nota realmente distintiva de la legislación básica, pues el mismo efecto se consigue cuando se ejercitan competencias estatales exclusivas y excluyentes. Para que una disposición estatal tenga carácter básico, deberá ser susceptible de desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas. [] A juicio del Consejo de Estado, el anteproyecto sometido a consulta, en cuanto es fruto -por utilizar palabras del propio Tribunal Constitucional- de la “remisión a una Ley orgánica, obviamente estatal” contenida en el artículo 135 de la Constitución, carece del carácter de legislación básica y, en consecuencia, debería ser desarrollado por el ejecutivo estatal, salvo cuando se haga una remisión expresa al desarrollo autonómico (por ejemplo, artículo 31, párrafo segundo) o se trate de materias que, por su propia naturaleza, admitan dicho desarrollo (por ejemplo, medidas preventivas -artículo 18- o transparencia -artículo 27-), en cuyo caso deberán preservar lo establecido por la Ley orgánica proyectada, sin que para ello sea necesario que su contenido haya sido calificado de básico”*.

Ahora bien, el hecho de que no resulte obligatorio para la Comunidad Autónoma aprobar una Ley de desarrollo, no supone en modo alguno que no pueda aprobar una norma con rango de Ley en la que se contengan los instrumentos y procedimientos a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y para modificar las normas presupuestarias autonómicas con rango legal que requieren una adecuación a los principios de la citada Ley Orgánica, que es lo que explica que en el texto del anteproyecto de Ley se haya incorporado una disposición final que modifica el texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha. Dicho lo anterior, y siendo este su objeto, es preferible que el artículo 1, en el que se define el objeto de la Ley, se ciña a su verdadero sentido, que es el fijado en el apartado 1 del artículo 10 de la citada Ley Orgánica, esto es, establecer los instrumentos y procedimientos para la aplicación de los contenidos de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

Para llevar a cabo el objetivo perseguido, lo primero que hace el anteproyecto es definir el ámbito subjetivo al que van a resultar de aplicación las medidas que en el mismo se contienen, definición que resulta correcta, por una parte, porque los órganos y entidades afectados son objetos de consideración distinta, según sus presupuestos tengan el carácter de limitativos o estimativos, y aún la diferencia es mayor en el caso de las universidades públicas pertenecientes a la Comunidad Autónoma, que aún no formando parte de su sector público, su situación económica-financiera afecta a las cuentas públicas de la Comunidad Autónoma.

Acertadamente, el proyecto no pretende hacer una definición de los principios que se contienen en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, cosa que, además de innecesaria podría ser contraproducente, sino que partiendo de la definición que de cada uno de ellos se contiene en el Capítulo II de la citada Ley, dedica los Capítulos II al V a los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, responsabilidad y transparencia. También tiene en cuenta el principio de plurianualidad al regular dentro del principio de estabilidad presupuestaria el marco presupuestario a medio plazo.

El anteproyecto de Ley no contiene ninguna medida referente al principio de eficiencia en la asignación de recursos y utilización de los recursos públicos, y en lo referente al principio de transparencia, se echa de menos la ausencia de medidas a dotar de mayor transparencia la situación económico-financiera de la Comunidad Autónoma, como se dirá más adelante.

Finalmente, es de señalar que con el anteproyecto de Ley no se agota la materia. El anteproyecto legal deja pendiente para el desarrollo reglamentario aspectos importantes, lo que justifica las amplias facultades de desarrollo reglamentario que se confieren al Consejo de Gobierno y de forma específica al titular de la consejería competente en materia de hacienda, si bien este último caso, resulta aconsejable que dicha habilitación normativa incluya el plazo dentro del cual se debe adoptar para que los objetivos pretendidos por la Ley se puedan cumplir de la forma más prematura posible.

Este anteproyecto supone un paso importante al hacer realidad el mandato contenido en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, a cuyo resultado final se dirigen las consideraciones que se efectúan posteriormente, todas ellas tendentes a dotar de mayor seguridad jurídica el texto que se nos ha elevado.

V

Observaciones de carácter esencial.- Pasando ya el examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, procede primeramente efectuar las siguientes observaciones de mayor entidad, a las que ha de atribuirse carácter esencial.

Artículo 7. Fondo de Contingencia.- Después de establecer en el artículo 1 de este artículo que *“Los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha consignarán un Fondo de Contingencia, cuya cuantía será aprobada por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Hacienda”*, añade en el apartado que *“El Fondo de Contingencia se destinará, con carácter general, a financiar las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumenten las necesidades de financiación”*.

El Fondo de Contingencia es una creación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, que en su artículo 31, titulado *“Fondo de contingencia”* dispone que *“El Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales incluidas en el ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales incluirán en sus Presupuestos una dotación diferenciada de créditos presupuestarios que se destinará, cuando proceda, a atender necesidades de carácter no discrecional y no previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado, que puedan presentarse a lo largo del ejercicio”*.

La naturaleza de este Fondo está predeterminado en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y se configura como una dotación para imprevistos que resulten preceptivos.

La regulación que en el anteproyecto de ley se realiza en el apartado 2 del citado artículo 7 no respeta la restricción que la Ley Orgánica establece para la utilización del Fondo de Contingencia, pues además de contener la expresión “*con carácter general*”, que permite su dispensa, añade que su destino es la financiación de las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumenten las necesidades de financiación.

Esta redacción permite que se atiendan necesidades que tengan carácter discrecional y no estén previstas en el presupuesto inicialmente aprobado, supuestos que parece que están excluidos en la legislación estatal.

El citado artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, mandata a las diversas Administraciones Públicas para determinar la cuantía y las condiciones de aplicación de dicha dotación, pero no el destino de las mismas.

Por lo tanto, la Administración autonómica podrá crear o establecer en sus Presupuestos un fondo para financiar las modificaciones presupuestarias del ejercicio que aumenten las necesidades de financiación, pero este fondo deberá ser, en su caso, diferente al “*Fondo de Contingencia*”.

Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre.- Mediante el apartado seis de esta disposición se da una nueva redacción al párrafo c), del apartado 1, del artículo 38, referente a la clasificación económica. En el cuarto párrafo de este apartado se dice que “*El capítulo 5 “Fondo de Contingencia” consignará la dotación para financiar, con carácter general, las modificaciones de crédito que aumenten las necesidades de financiación*”. Como se ha dicho anteriormente, el artículo 31 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, no permite que las consignaciones de este Fondo financien necesidades de carácter discrecional o no previstas en el Presupuesto inicialmente aprobado, por lo que deberá modificarse para incorporar las restricciones que para el destino de este fondo establece la citada disposición legal.

VI

Observaciones no esenciales.- Por último, procede efectuar otras varias advertencias o recomendaciones, desprovistas de carácter esencial, atinentes a aspectos de técnica o sistemática normativa, relativas a cuestiones conceptuales o a simples extremos de redacción suscitadas

por el texto del anteproyecto, cuya atención incidiría en beneficio de la calidad técnica de la disposición:

Exposición de Motivos.- El párrafo octavo del preámbulo dice que la Ley se “*se dicta en aplicación*”. Resulta técnicamente más correcto sustituir la expresión verbal “*se dicta*” por la de “*se aprueba*”. Además de al título competencial previsto en el artículo 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía, también procede referir el artículo 31.1.12ª, en el que se atribuye a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha competencia exclusiva en materia de “*Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha*”.

Artículo segundo. Ámbito subjetivo.- La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, delimita el ámbito subjetivo estableciendo qué “*unidades*” integran a los efectos de la Ley el sector público; y las clasifica en dos apartados (1. El sector Administraciones Públicas... 2. El resto de las entidades públicas... no incluidas en el apartado anterior) y fija un criterio claro de delimitación de las normas que le son aplicables a un grupo o a otro así: las incluidas en el 2 quedan sujetas a las normas de la ley sólo cuando estas “*específicamente se refieran a las mismas*”.

El artículo 2 del anteproyecto no hace una descripción del sector público a los efectos de la ley (aunque en su Disposición Final primera modifica el texto refundido de la Ley de Hacienda para dar nueva redacción al apartado 4 de su artículo en el que se enumeran qué órganos integran a los efectos de la Ley de Hacienda el sector público regional) ni identifica los sujetos sometidos a la ley proyectada por referencia a la nueva descripción del sector público sino que opta por enumerar los órganos y entidades a los que será de aplicación la Ley de Estabilidad Presupuestaria.

En correspondencia con la técnica del artículo 2 de la Ley Orgánica también los clasifica en dos grupos (epígrafes a y b del apartado 1 por referencia a sus “*dotaciones diferenciadas en los Presupuestos Generales de la Junta*” ... y “*al carácter limitativo que a sus créditos confiera su normativa*”). En el apartado 2 hace expresa la aplicación de la ley a las Universidades Públicas de Castilla-La Mancha.

La clasificación resulta imprescindible por cuanto los procedimientos o medidas que contienen las normas de la proyectada ley diferirán en su aplicabilidad a los sujetos sometidos a la ley según su inclusión en uno u otro grupo. Sin embargo este artículo 2 no utiliza la fórmula antes citada del artículo 2.2 de la Ley Orgánica para

determinar con claridad meridiana qué normas le son aplicables a cada órgano y entidad. Esta determinación se hace en el anteproyecto de modo diferenciado a lo largo de su articulado; lo cual ante la inexistencia de una regla clara y explícita adelantada ya en el artículo que regula el ámbito subjetivo de aplicación como hace el texto de la Ley Orgánica puede generar algunos problemas interpretativos, conforme se expondrá en el examen del mismo.

La elucidación de los problemas interpretativos no se facilita precisamente cuando en el articulado no se sigue siempre rigurosamente la dicción utilizada para la clasificación de los órganos y entidades determinante del régimen jurídico (del procedimiento o la medida) que les ha de resultar aplicable.

Por otra parte este Consejo, sin cuestionar la formulación escogida para establecer el criterio clasificatorio, advierte que este debe servir para que cada “*órgano y entidad*” pueda ser inequívocamente clasificado en uno u otro grupo, pues de no ser así se generaría incertidumbre jurídica.

Resulta necesario por último señalar que, dado que se incluye la mención expresa a las Universidades Públicas, es acertado hacerlo, como se hace, en un apartado específico con advertencia de que se le aplicará la ley “*en el marco de su autonomía económica y financiera*”.

Es parecer de este Consejo que obviamente no cabe la aplicación indistinta de todas las medidas y procedimientos del anteproyecto a las Universidades Públicas, como se puede deducir de la mera lectura de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades, singularmente, por ejemplo, en su artículo 81 (“*Programación y Presupuesto*”) cuyos apartados 2, 3, 4 y 5 han recibido nueva redacción por el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

Dicho de otra forma, en aquello que el anteproyecto pretenda afectar a las Universidades lo ha de hacer con respeto a las determinaciones que se contienen en su Ley Orgánica objeto de reciente modificación efectuada para ajustarla al cumplimiento de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera según dice expresamente el apartado 2 del referido artículo 81.

Artículo 3. Principios rectores de la política presupuestaria del sector público.- En el párrafo segundo del apartado 1, el anteproyecto dice que además de los principios citados en el párrafo primero, también regirán la política presupuestaria del sector público autonómico “*otros*

principios enumerados en el capítulo III del título preliminar del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha". Las remisiones en los textos normativos no resultan adecuados a los principios de claridad y seguridad jurídica de las mismas, por lo que cuando sea posible deben evitarse, sustituyéndola por la inclusión de los aspectos a los que se remite, o efectuar una mención conceptual de las mismas. En este caso, la remisión que se contiene en el párrafo transcrito puede ser sustituido por la enumeración expresa de los principios contenidos en el referido capítulo III, aunque también se haga una mención específica a la norma en la que están contenidos.

Por otra parte, en el apartado 2 se dice que los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, responsabilidad y transparencia "*interpretarán e instrumentarán*". Los principios de aplicación en esta materia ya se encuentran definidos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, y no deben ser objeto de interpretación, sino de aplicación en la elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos.

Artículo 4. Instrumentación del principio de estabilidad presupuestaria.- Por razones de técnica normativa la cita que en el apartado 2 de este artículo se efectúa a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, debe realizarse de forma completa.

Artículo 6. Límite de gasto no financiero.- A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 2012, de 27 de abril, el apartado 1 de este artículo 6 establece la obligación que tiene el Consejo de Gobierno de aprobar un límite de gasto no financiero que ha de ser tenido en cuenta en la aprobación de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el cual debe ser remitido a las Cortes de Castilla-La Mancha para su aprobación.

Según el apartado 3 del citado artículo 30, las Comunidades Autónomas, antes del 1 de agosto de cada año, han de remitir información sobre dicho límite de gasto al Consejo de Política Fiscal y Financiera, por lo que antes de esa fecha debe haber sido aprobado por las Cortes Regionales.

Por ello, para completar la regulación de esta importante disposición, es conveniente fijar en la misma los plazos máximos en los que el Consejo de Gobierno y las Cortes Regionales han de aprobar el referido límite de gasto no financiero.

Artículo 9. Fondo de Reserva para Deuda.- El artículo 32 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, dispone que *“En el supuesto de que la liquidación presupuestaria se sitúe en superávit, éste se destinará, en el caso del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, a reducir el endeudamiento neto”*.

La Ley estatal establece el destino del superávit, pero no crea ningún fondo, como tampoco se hace de forma expresa en el anteproyecto de Ley, el cual en su apartado 1 preceptúa que *“Para facilitar el cumplimiento del objetivo de estabilidad financiera, los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contemplarán la existencia de un Fondo de Reserva para Deuda”*. A continuación, en el apartado 2 regula la forma y condiciones de dotación del referido fondo, señalando que este Fondo se dotará cuando se obtenga un volumen total de ingresos totales, descontados los asociados a fondos finalistas y los que han dado lugar a generaciones de crédito, por encima de lo inicialmente previsto, así como cuando existiese superávit, en las condiciones allí establecidas.

La norma estatal no mandata la creación de *“Fondo de Reserva”*; se limita a fijar el destino del superávit para el supuesto de que exista. Este artículo lleva como título *“Fondo de Reserva”* pero su contenido no refleja con claridad la voluntad del legislador autonómico de crear dicho Fondo, sino que utiliza la ambigua expresión *“Los Presupuestos Generales de la Junta contemplarán la existencia de un Fondo de Reserva para Deuda”*.

En consecuencia parece que una redacción más concorde con el propósito que anima este precepto sería esta (o una similar): *“1. Para facilitar el cumplimiento del objetivo de sostenibilidad financiera, se crea el Fondo de Reserva para Deuda”*.

Artículo 12. Instrumentación del principio de transparencia.- El artículo 6 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, denominado *“Principio de transparencia”* dice en su párrafo primero que *“Corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas proveer la disponibilidad pública de la información económico-financiera relativa a los sujetos integrados en el ámbito de aplicación de esta Ley, con el alcance y periodicidad que se derive de la aplicación de las normas y acuerdos nacionales y de las disposiciones comunitarias”*. A su vez el apartado 5 del artículo 27 dispone que *“Con el fin de dar cumplimiento al principio de transparencia y a las obligaciones de publicidad derivadas de las disposiciones de la Ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas podrá publicar información económico-financiera de las Administraciones Públicas con el alcance, metodología y periodicidad que se determine conforme a los acuerdos y normas nacionales y las disposiciones comunitarias”*.

Por su parte, el artículo 12 del anteproyecto de Ley también dispone que los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los de las universidades públicas contendrán información precisa para relacionar el saldo resultante de los ingresos y gastos con la capacidad y necesidad de financiación, estableciendo que a tal fin los Presupuestos y Cuentas generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha integrarán información sobre los órganos y entidades comprendidos en los párrafos a) y b) del artículo 2.1, así como que los sujetos a los que se refiere el artículo 2 están obligados a colaborar con la Consejería de Hacienda, remitiendo la información que ésta les solicite para hacer efectivo el seguimiento y control de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Sin embargo, en el texto del anteproyecto legal remitido para dictamen no existe ninguna disposición que obligue a la Administración regional ni a las universidades públicas de Castilla-La Mancha a que deban publicar información económico-financiera respecto de los órganos y entidades relacionados en el artículo 2 del referido anteproyecto.

Por ello, estima este Consejo que a fin de hacer realidad el principio de transparencia, en este artículo se debería contener un mandato cuyo contenido pudiera ser similar al que en los preceptos transcritos se efectúa por el Estado al Ministerio de Hacienda respecto a la disponibilidad pública de la información económico-financiera de los sujetos referidos en el artículo dos del anteproyecto que se dictamina a fin de que los ciudadanos puedan recibir información económico-financiera suficiente. De no hacerse así, en la disposición final segunda se debería incluir, al menos, el mandato para regular esta materia.

Artículo 14. Control del objetivo de estabilidad en la fase de elaboración de presupuestos.- Este artículo dispone lo siguiente: *“Cuando se apreciase, por parte de la Consejería de Hacienda, un riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, se practicarán, en la fase de elaboración de los presupuestos, los ajustes que se consideren necesarios”.*

Este artículo refleja claramente el problema interpretativo referido en el examen del artículo 2.

La interpretación literal resultaría inequívoca: sería de aplicación indiferenciada a todos los sujetos incluidos en el artículo 2, e implicaría que sería la Consejería de Hacienda la que estaría habilitada legalmente para hacer *“los ajustes”* (aunque la formulación que se hace no sea clara sino que se utilice el impersonal *“se practicarán”*).

Sin embargo una interpretación sistemática cuestiona que pueda ser así claramente para las Universidades por el precepto legal de carácter orgánico antes citado; e indiciariamente para las del artículo 2.1.6. En consecuencia el artículo debe especificar a qué grupo de la clasificación del artículo 2 le resulta de aplicación.

Artículo 16. Control del objetivo de estabilidad tras la liquidación del presupuesto.- Este artículo no establece el ámbito subjetivo específico de aplicación por referencia expresa a los apartados y epígrafes del artículo 2, lo que haría innecesaria la interpretación sobre los sujetos sometidos a esta norma. Su interpretación literal y sistemática conduce a que le resultan de aplicación a los órganos y entidades del apartado 1 tanto en sus epígrafes a y b; y no a las Universidades Públicas. Si fuera voluntad del autor de la iniciativa que se aplicara también a estas, tendría que decirlo expresamente, pero de ser así este Consejo advierte que debería hacerse en los términos que están establecidos en el apartado 5 del artículo 81 de la Ley Orgánica 6/2001, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril.

Artículo 17. Aplicación forzosa de medidas correctoras.- El apartado 2 de este artículo dice que una vez apreciadas las circunstancias a las que se refiere el apartado 1, se constituirá un grupo de trabajo, integrado, a partes iguales, por representantes de la Consejería de Hacienda y de aquella a la que estuviese adscrito la entidad del artículo 2.1.b), o la competente en materia de universidades, en el caso de entidades del artículo 2.2. En el caso de que las medidas de ajuste que se estimen necesarias para garantizar los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiero afecten a las universidades, con independencia de la participación de la consejería competente en este materia, se estima que en el grupo de trabajo también se debe dar participación a las universidades, pues de otra forma podría entenderse que no se respeta el principio de autonomía económica y financiera reconocido en el artículo 79 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre.

Disposición final primera. Modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre.-

Apartado uno. Tiene por objeto modificar el artículo 4.1 del citado texto refundido, a fin de integrar en el sector público regional los consorcios.

La redacción propuesta establece que a efectos de dicho texto refundido, integran el sector público regional *“d) los consorcios a los que se refiere el artículo 6”*.

El artículo 6 al que se remite, contempla la posibilidad de la Administración Autonómica de participar en consorcios, distinguiendo los supuestos en que dicha participación es superior al 50 %, inferior pero mayoritaria e inferior y no mayoritaria, indicando que en los dos primeros supuestos las bases que regulen su régimen económico deberán contener las cláusulas que garanticen el cumplimiento de los principios establecidos en el texto refundido.

La nueva redacción propuesta del artículo 4.1, al remitir de manera genérica a los consorcios a los que se refiere el citado artículo 6, está incorporando al sector público regional todos los consorcios en los que participe la Junta de Comunidades, con independencia de su porcentaje de participación.

Estima el Consejo que la pertenencia al sector público regional debe limitarse a los consorcios en que su participación es mayoritaria, recomendación ésta que ya se hizo en nuestro dictamen, relativo al anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales para 2012. En dicho dictamen se indicaba que *“se sugiere incorporar a la disposición final primera de la norma proyectada una modificación más del TRLHCM que afecte a su artículo 4, de manera que se integre, dentro del concepto sector público regional, a los consorcios participados mayoritariamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cuya redacción podría ser parecida a la contenida en la disposición adicional tercera de la Ley 1/2012, de 21 de febrero, que incluye estas entidades en el concepto de sector público regional, si bien a los efectos de dicha norma exclusivamente”*.

Esta observación es importante, pues la inclusión en el sector público regional de todos los consorcios participados por la Comunidad Autónoma, entra en contradicción con otras normas, por ejemplo la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que determina en su artículo 2, que dentro del sector público estatal se encuentran los consorcios *“cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”*.

Disposición final segunda. Facultades de desarrollo reglamentario.

El apartado 1 dispone que *“Se autoriza al Consejo de Gobierno y al titular de la Consejería de Hacienda para dictar las normas que, en el ámbito de sus respectivas competencias, resulten necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley”*.

No es correcto situar en el mismo plano las autorizaciones de desarrollo reglamentario del Consejo de Gobierno y del Consejero de Hacienda, pues mientras que la potestad reglamentaria del primero es originaria por derivar directamente del Estatuto de Autonomía, (por lo que ni siquiera sería preciso una previsión específica si no fuera para condicionar en tiempo y forma su ejercicio), la del segundo es derivada, por lo que precisa de específicas habilitaciones legales.

Por ello y dado que ciertamente en el apartado 2 de esta disposición final ya se especifica cuáles son los mandatos de desarrollo dirigidos directamente al titular de la Consejería, la habilitación genérica prevista en el apartado 1 de esta disposición final segunda debiera quedar referida exclusivamente al Consejo de Gobierno, siendo conveniente además especificar los aspectos que precisan tal desarrollo reglamentario y los plazos en que éste debe producirse.

Cuestiones de redacción.- Como cierre de las observaciones de menor importancia acogidas en esta consideración, cabe también hacer advertencia de algunas erratas de diversa índole o deficiencias de redacción de escasa entidad, que, sin pretensión de ser exhaustivos, pasan a exponerse brevemente:

La referencia que en el texto del anteproyecto se contienen a la propia Ley, deberían hacerse en mayúscula.

En la primera línea de la letra b) del apartado 2 de la disposición final segunda la expresión *“ha de aportar”* ha de expresarse en plural por referirse a los órganos. Igualmente sobre la coma que existe a continuación de dicha expresión y antes del término *“órganos”*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que tenidas en cuenta las observaciones incluidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como Proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, señalando como esenciales las consideraciones formuladas en la Consideración V.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA¹

IMPUESTOS ESTATALES

IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Adquisiciones “mortis causa”. Reducciones de la base imponible por parentesco y minusvalía/discapacidad

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2012

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad de 3 de mayo de 2011. En esta sentencia se reconoció el derecho de una contribuyente del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) a practicar la reducción del art. 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, es decir, la reducción correspondiente a una minusvalía igual o superior al 33%, pese a que el reconocimiento del grado de minusvalía del 36% se produjo mediante una resolución administrativa emitida casi seis meses después del fallecimiento de su hermano, momento del devengo del impuesto. Considera la sentencia de instancia que, al haber acreditado la contribuyente que al momento de devengarse el impuesto tenía los padecimientos que justificaron la declaración posterior de minusvalía en grado de un 36%, tenía derecho a la citada reducción.

La parte recurrente pretende que el Tribunal Supremo fije la siguiente doctrina legal: “La aplicación de la reducción en la base imponible, prevista en el artículo 20.2.a) LSD, exige que a la fecha del fallecimiento del causante concurra en el sujeto pasivo la condición legal de minusválido, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%; condición que sólo se adquiere a partir de la resolución administrativa que la determine con carácter definitivo, y no antes, sean cuales fueren los padecimientos que afectasen a dicho sujeto pasivo”.

Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima el recurso al no haberse demostrado suficientemente por parte del recurrente el grave

daño para el interés general que deriva de la sentencia impugnada. Para que se aprecie la concurrencia de este requisito se exige justificar de forma minuciosa la repetición de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido al ahora objeto de estudio, con el efecto multiplicador de que pueda eventualmente perpetuarse la doctrina fijada en el fallo. Sin embargo, la parte recurrente no ha llegado a acreditar pronunciamientos reiterados de diversos órganos judiciales que asuman la tesis de la sentencia impugnada y sí tan sólo algunos aislados pronunciamientos que no son en absoluto suficientes. Asimismo, tampoco se efectúa un análisis de la incidencia o de la magnitud del perjuicio que la sentencia recurrida pueda ocasionar al interés general, limitándose a declarar de forma genérica la posible merma de ingresos públicos.

Y lo que es más importante a efectos de este comentario, el Tribunal Supremo rechaza que la doctrina fijada en la instancia sea gravemente dañosa para el interés general. En primer lugar, el TS advierte que si se atiende al tratamiento tributario de las personas con discapacidad se observa que desde su denominación hasta el régimen de reconocimiento y los efectos asociados al mismo difieren en los distintos tributos, de modo que no puede hablarse de un régimen unitario. Los únicos aspectos sobre los que existe consenso general en el conjunto de la regulación son que, de un lado, tienen la consideración legal de personas con discapacidad las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33% y, de otro, el grado de discapacidad o minusvalía determinante es el que se tiene a fecha de devengo del impuesto. Pero el problema que aquí se plantea, ante la falta de un régimen general unitario, es cómo se acredita la condición legal de minusválido (grado de minusvalía igual o superior al 33%) al tiempo del devengo del impuesto. Seguidamente, el TS cita como ejemplo la regulación de esta cuestión en el art. 72.1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF); dicha norma prevé que el grado de minusvalía deberá acreditarse mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las CCAA y la forma de determinar el grado de minusvalía será aplicando el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. No obstante, el IRPF admite que la condición de persona con discapacidad pueda acreditarse de modo distinto. Todo ello sirve al TS para considerar que “desde la perspectiva tributaria, el reconocimiento administrativo de la minusvalía no es constitutiva, sino simplemente declarativa”, sin perjuicio de que en determinados impuestos, como el IRPF, los medios de prueba para acreditar la condición legal de minusválido se limiten a

los expresamente contemplados en la citada normativa. Pues bien, en el ISD, “si bien en un principio se remitía a la regulación que sobre la cuestión se hacía al IRPF, y por tanto habría que acogerse a dicho régimen, tras la modificación introducida en el art. 61 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que da nueva redacción al art. 20.2.a), sólo se precisa que el grado de minusvalía esté «de acuerdo» con el baremo del art. 148 TRLGS, nada más, ni se exige que se haya declarado por el organismo competente al efecto, ni se limitan los medios de prueba para acreditar la condición legal de minusválido”, por lo que la doctrina sentada por la sentencia impugnada no es errónea en los términos interesados por la recurrente (FJ 5).

IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

Transmisiones patrimoniales onerosas: determinación de la base imponible en la cesión de los derechos derivados de contratos privados de compraventa sobre inmuebles en construcción

Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de mayo de 2011 y 11 y 26 de junio de 2012

Sin perjuicio de las particularidades propias de cada caso, en todas estas sentencias se desestiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra diversas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) desestimatorias, a su vez, de las reclamaciones interpuestas contra liquidaciones practicadas en relación con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (ITP), por la cesión de contratos de compraventa con adquisición de los derechos de compra de una vivienda en construcción, operación vulgarmente conocida en la práctica como “pase”.

La cuestión jurídica que se plantea en todos estos procesos se circunscribe a determinar si la base imponible en las cesiones de contrato que nos ocupan, por las que el cesionario adquiere el derecho de compra de una vivienda en construcción, ha de ser el precio pagado por la cesión o el valor completo del inmueble cuya adquisición se pretende. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que los contratos privados de cesión del derecho de compraventa de los que traen causa las liquidaciones del ITP son anteriores a la reforma del art. 17 del Real Decreto-Legislativo 1/1993, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto

de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, operada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, por la que se suprime el gravamen del Impuesto sobre el Patrimonio, se generaliza el sistema de devolución mensual del Impuesto sobre el Valor Añadido y se introducen otras modificaciones en la normativa tributaria.

Los recurrentes en estos procesos defienden que la base imponible debe ser el precio pagado por la cesión y no el valor completo del inmueble, para evitar la doble imposición que, en caso contrario, se produce al someter un mismo hecho imponible y acto al ITP –cesión entre particulares del derecho de compra de un inmueble en construcción– y al IVA –entrega del bien inmueble por la empresa promotora–. Esa doble imposición es incompatible con las exigencias que derivan del principio de capacidad económica y supone, asimismo, una vulneración de la regla de incompatibilidad del IVA con ITP, pues, de acuerdo con el art. 4 de la Ley 37/1992, reguladora del IVA, solo puede gravarse una operación por el ITP cuando no esté gravada por el IVA.

Sin embargo, el TSJ de Castilla-La Mancha considera, en línea con la Administración tributaria y el TEAR, que la base imponible del contrato de cesión del derecho de compra ha de ser el valor completo del inmueble cuya adquisición se procura. El Tribunal apoya su parecer en una interpretación literal de los artículos 7.1 y 17.1 del Texto Refundido de la Ley del ITP. Así, señala que el artículo 7.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 dispone que “son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”, siendo los cesionarios los contribuyentes del tributo [art. 8.a)]. Por otra parte, recuerda que el art. 17.1 del mismo texto legal (en su redacción anterior a la Ley 4/2008) disponía que “en la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúen de los mismos bienes y derechos”. De ello infiere el Tribunal que “habrá que atender al valor real de inmueble cuyos derechos se han cedido mediante la operación descrita, puesto que tal es el bien que obtendrá en su momento el cesionario de los derechos del contrato privado de compraventa. El artículo 17.1 establece una regla especial para la determinación de la base imponible en los supuestos de transmisión de créditos o derechos mediante los que puedan obtenerse bienes determinados, remitiéndose en su integridad a las mismas reglas que se aplican a la transmisión de bienes y derechos cuando los mismos ya están en poder del transmitente”.

El Tribunal añade, a este respecto, que el art. 17.1 del TR de la Ley del ITP estuvo vigente hasta la nueva redacción dada por la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, norma que ha introducido una regla específica que modifica el sistema anterior. Según se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 4/2008, “una medida importante para mejorar la situación de los particulares en el mercado inmobiliario es la relativa al tratamiento fiscal de la cesión de créditos o derechos de adquisición de inmuebles en construcción, conocidos vulgarmente como «pases», cuya regulación determinaba una base imponible cuantificada en función del valor total construido de los inmuebles, que se modifica para que se ajuste al valor real del inmueble en construcción en el momento de la cesión del derecho privado de compra, lo que permitirá su transmisión a los actuales contratantes que tengan dificultades para seguir con la adquisición y una mayor flexibilidad a este mercado. La limitación de la base imponible al valor real que tenga el bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho se dirige especialmente a los supuestos de transmisión entre particulares del derecho de adquisición de una vivienda en construcción”. En opinión del Tribunal, “la reforma legislativa junto a una interpretación literal y sistemática del art. 17.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993 nos permite concluir que la base imponible en la fecha en que se formaliza el contrato de cesión –antes de la entrada en vigor de la Ley 4/2008– se determina mediante el valor del inmueble que se cede y no por el precio hasta entonces pagado por el comprador.”

Finalmente, el Tribunal no aprecia una vulneración de la regla de incompatibilidad del IVA con ITP, “pues no se trata de una misma operación, ya que mientras el IVA en su momento gravará la entrega del inmueble realizada por el promotor empresario, con el ITP lo que se está gravando es la transmisión de un derecho mediante el que se pueden obtener bienes determinados, y todo ello sin perjuicio de que [...] ello es el resultado de la aplicación de la normativa tributaria a la elección contractual elegida por la actora”.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha comparte en estas sentencias la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (por ejemplo, en sentencias de 13 de julio y 16 de noviembre de 2010, 14 de febrero y 23 de diciembre de 2011).

Pese a ello, y con el debido respeto a la doctrina del TSJ de Castilla-La Mancha, en esta ocasión no puede compartirse el criterio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. A nuestro juicio, se ha efectuado una interpretación en exceso formalista que no tiene debidamente en

cuenta la realidad de la operación efectuada en el denominado “pase”. En efecto, en este tipo de contratos el cedente de la operación sometida a tributación no es propietario de la vivienda, ya que esta no le ha sido entregada todavía en el momento de realizar la cesión. Por consiguiente, es titular de un derecho de compra de la vivienda y es ese derecho el que se transmite y el que ha de valorarse para determinar la base imponible. Recuérdesse, a este respecto, que conforme al art. 10.1 del Real Decreto-Legislativo 1/1993, “la base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda”, es decir, hay que estar al valor real de lo que realmente se transmite, atendiendo a la naturaleza del acto. Una interpretación lógica y sistemática de los preceptos mencionados del TR de la Ley del ITP, nos obliga a disentir de la conclusión alcanzada por el TSJ de Castilla-La Mancha. En esta línea, la modificación llevada a cabo por la Ley 4/2008 en el art. 17.1 del TR constituye, desde nuestro punto de vista, el expreso reconocimiento por parte del legislador del significado correcto que cabe atribuir a los preceptos del Real Decreto-Legislativo 1/1993, eliminando la doble imposición que se ha venido produciendo hasta la fecha.

De acuerdo con la nueva dicción literal del precepto señalado, “en la transmisión de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación se exigirá el impuesto por iguales conceptos y tipos que las que se efectúan de los mismos bienes y derechos. *Sin embargo, en el caso de inmuebles en construcción, la base imponible estará constituida por el valor real del bien en el momento de la transmisión del crédito o derecho, sin que pueda ser inferior al importe de la contraprestación satisfecha por la cesión*”.

Más próxima a nuestro parecer es la doctrina establecida sobre el particular en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede de Valladolid) de 29 de mayo, 29 de junio y 10 de julio de 2012. Este Tribunal entiende que la solución basada en considerar como base imponible el precio pagado por la cesión (y no el valor total del bien inmueble) se apoya en “un criterio lógico que lleva a no gravar doblemente al adquirente de viviendas que lo sea en estos dos tiempos desglosados, primero adquirente de un derecho de compra y después adquirente del bien mismo. Carece de sentido lógico que por haberse estructurado la compra en dos momentos se le grave dos veces por el valor real del bien que adquiere. Esta doble imposición se da de bruces con nuestro sistema tributario de impuestos indirectos [...]. La dicción literal de los artículos 10 y 17 del T.R.I.T.P. no puede conducir al absurdo de gravar dos veces la misma entrega de la cosa, una cuando se cede el derecho de compra y otra cuando se compra efectivamente con entrega

de la cosa. Repugna al sistema de imposición indirecta un doble gravamen por I.V.A. y por I.T.P. de la compra de la misma cosa por su valor total, aunque se haya comprado en dos tiempos”. Y concluye: “A juicio de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sin embargo, es clara la voluntad legislativa de interpretar auténticamente el sentido de los preceptos que ya estaban vigentes y acabar de una vez por todas con el doble gravamen que nunca debió exigirse, pues no han existido dos transmisiones, dos hechos imponible distintos y distantes de dos tributos diferentes, sino una sola compraventa, precedida de una cesión de derechos. Es anómala la conclusión contraria, legitimadora de un doble gravamen no querido por nuestro sistema de imposición indirecta, que no admite la concurrencia de dos hechos imponible distintos de dos tributos diferentes por la compra de una misma vivienda por la misma persona, en doble imposición prohibida por la Ley”.

IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

Determinación de la base imponible. Deducibilidad de las cuotas de IRPF

Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 2012

En la sentencia de referencia, la Sala Tercera del Tribunal Supremo procede a dilucidar, entre otras cuestiones, si las cuotas correspondientes al IRPF del sujeto pasivo son o no deducibles en la base imponible del Impuesto sobre el Patrimonio, cuando aún no han sido satisfechas por encontrarse la liquidación impugnada y su ingreso suspendido o, si por el contrario, la deducibilidad de dichas cuotas sólo resulta procedente cuando en el momento del devengo del Impuesto sobre el Patrimonio éstas sean firmes.

Pues bien, la Sala adopta como punto de partida de su análisis lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley 19/91 de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, respecto de la deducibilidad de las deudas y obligaciones personales de las que debe responder el sujeto pasivo a efectos de determinación del patrimonio neto, si bien, a juicio de la Sala, lo establecido en el precepto legal resulta realmente insuficiente, por cuanto prescinde de cualquier consideración de la realidad subyacente, lo que, sin duda, origina una considerable dificultad en la aplicación del precepto en diferentes supuestos, entre otros, cuando la deuda no es firme.

En una primera aproximación, la Sala entiende que a tenor del precepto cuestionado se pudiera llegar a la conclusión de que, pese a tal carencia de firmeza, la deuda existe en tanto no sea anulada, es líquida y vencida, sin que el precepto contemple la concurrencia de su exigibilidad, por lo que ha de ser deducida. No obstante, la naturaleza y finalidad de este impuesto, que se han de considerar en una interpretación sistemática y finalista, habida cuenta de que la literal no es determinante, lleva a una conclusión contraria.

Por tanto, la Sala considera que si conforme a la Exposición de Motivos de la Ley, son objetivos primordiales del impuesto la equidad, gravando la capacidad de pago adicional que la posesión del patrimonio supone; la utilización más productiva de los recursos y de una mejor distribución de la renta y la riqueza, de donde se infiere que en la medida en que el sujeto pasivo no se encuentra en situación de responder del pago de la deuda tributaria al no ser firme, y mientras se mantenga tal situación ostenta una capacidad de pago adicional por la posesión de patrimonio que es susceptible de ser gravada.

Por otra parte, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la Ley, el hecho imponible del impuesto es la titularidad por el sujeto pasivo, en el momento del devengo, del patrimonio neto, definido en el artículo 1 como el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor así como las deudas y obligaciones personales de las que deba responder, operación que precisamente se establece para la determinación de la base imponible.

Así pues, la Sala mantiene que *“en la medida en que los bienes y derechos de contenido económico son aquellos que confieren a su titular una esfera de poder concreto de alcance y finalidad totalmente económica, entendiéndose como tal cuando el bien u objeto es susceptible de apropiación, y todo ello ha de referirse a la titularidad a la fecha del devengo, hay que concluir que no son detraíbles las deudas en cuanto que, por carecer de firmeza, no privan al sujeto de la apropiación de su importe, es decir no constituyen detracciones de la masa del activo”*.

La Sala mantiene la certeza de que, al amparo del artículo 9.Dos de la LIP la cuota diferencial positiva del IRPF del mismo ejercicio al que afecta la declaración de IP puede computarse en la base imponible de éste impuesto como deuda deducible, pero el sujeto pasivo sólo deberá responder de ella en el caso de que la liquidación en la que se incluye dicha cuota diferencial del IRPF sea firme, puesto que en el caso

de que dicha liquidación haya sido impugnada, existe la posibilidad de que sea anulada y que, consecuentemente, no llegue a constituir una deuda exigible del sujeto pasivo. De modo que, la deuda por IRPF al no ser firme, no minora la capacidad de pago adicional por la posesión de patrimonio que es la riqueza susceptible de ser gravada por el IP. Así, una liquidación del IRPF que no ha sido ingresada y cuya ejecución se halla suspendida no cumple con el requisito establecido en el artículo 9.º de la LIP, referente a la necesidad de que se trate de una deuda de la que deba responder el sujeto pasivo, pues mientras dura la impugnación y la correspondiente suspensión nadie le puede obligar a responder de dicha deuda y, además, en caso de que los Tribunales lleguen a estimar su impugnación, la deuda se declararía inexistente, como si nunca hubiera existido.

En consecuencia, por todo lo hasta aquí expuesto, la Sala alcanza la conclusión de que la falta de firmeza de la liquidación del IRPF, junto a la obtención de la suspensión cautelar de su ejecutividad, determinan que en el momento en que se liquida el IP correspondiente al mismo ejercicio esta deuda no sea exigible al sujeto pasivo, razón por la que no está en situación de responder de ella, que es lo que exige el precepto invocado.

IMPUESTOS AUTONOMICOS

Interpretación del nuevo tenor del art. 6.3 de la LOFCA. Extrafiscalidad

Sentencia del Tribunal Constitucional 122/2012, de 5 de junio de 2012

La Ley del Parlamento de Cataluña 16/2000, de 29 de diciembre, sobre grandes establecimientos comerciales, ha conducido al Tribunal Constitucional a enfrentarse al examen del contenido del recientemente reformado art. 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), siendo ciertamente relevantes las consideraciones vertidas en el presente pronunciamiento en relación con la nueva redacción de este precepto. Y ello, a pesar de que la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad fue

promovido al amparo de la dicción anterior del mismo, realizada en virtud de la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre.

Cuestión esta última que ha sido resuelta por parte del Alto Tribunal afirmando que, siendo doctrina reiterada que “el bloque de la constitucionalidad ha de servir de canon para el enjuiciamiento de la ley” siendo, en esta clase de recursos, “el efectivamente existente en el momento de procederse a la resolución del proceso constitucional que se hubiese entablado”, resulta necesario, sin embargo, “determinar el alcance que, sobre el objeto del presente proceso constitucional, haya podido tener la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre” (F.J. 1º), la cual, como es conocido, ha dado nueva redacción a la prohibición regulada en el art. 6.3 de la LOFCA. Y ello, además, porque siendo discutible, prosigue el Tribunal Constitucional, la desaparición sobrevenida del objeto del presente recurso, debido a que en el escrito de interposición del recurso de inconstitucionalidad, el Abogado del Estado manifestó que el hecho imponible del Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales “coincidía” con el del Impuesto sobre actividades económicas, procede analizar, en consecuencia, “si el tributo autonómico impugnado traspasa el límite de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas fijado en el vigente art. 6.3 LOFCA por «recaer sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales»” (F.J. 2º).

Idea en la que continúa *incidiendo* el Tribunal, al señalar que dicho “cambio legislativo, nos sitúa en un escenario diferente al existente en el momento en que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad, debido a que el legislador estatal ha realizado una modificación en la prohibición que venía limitando la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas para el establecimiento de tributos propios” dado que, con anterioridad a la reforma, no podían recaer “sobre materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones locales”, mientras que, con la redacción actualmente vigente, “dichos tributos no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por tributos locales” (F.J. 1º). Palabras, en efecto, que conducen a someter de nuevo a debate la siempre polémica distinción entre “materia imponible” y “hecho imponible” y, en este último sentido, el tema relativo a que las Comunidades Autónomas (CCAA) “incidan” sobre materias de competencia local. Hecho este último, que como apuntaremos más adelante, podría chocar, desde nuestra perspectiva, con el principio de *suficiencia* y de *autonomía* local siendo así que, como ha señalado la doctrina, el límite de la *autonomía tributaria* local radica en el *aseguramiento de la suficiencia financiera*, reconocida en el art. 142 de la CE (CITATLIC GONZALEZ y PUIG VENTOSA).

Posición del Tribunal Constitucional, de otro lado, que se incardina, tal como ha advertido algún autor (BLANCO GARCIA), en la doctrina del *ius superveniens*, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe realizarse de conformidad con las normas del bloque de constitucionalidad vigentes en el momento de dictarse la Sentencia. Por consiguiente, los pronunciamientos pendientes deberán tomar en consideración el nuevo tenor art. 6.3 de la LOFCA, lo que dará lugar a que tributos autonómicos cuya constitucionalidad se cuestionaba en base a dicho precepto, se declaren acordes con el bloque de constitucionalidad, tal como tal vez ha podido ser el caso del supuesto analizado en el presente pronunciamiento, según se señalará a continuación.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, siguiendo la línea argumental mencionada (y, sin perjuicio, de que el objeto del presente recurso se sitúe en un “escenario diferente”, según se ha señalado), comienza su discurso abordando la posible interpretación del vigente art. 6.3 de la LOFCA, tomando como “punto de partida” la doctrina elaborada en relación con el art. 6.2 de la LOFCA debido, precisamente, a que, tras la última modificación operada en dicha Ley Orgánica, “ambos preceptos emplean inicialmente la misma literalidad” (F.J. 3º). Dicho en palabras del Alto Tribunal, se trata de delimitar “el canon de interpretación del nuevo artículo 6.3 LOFCA”.

Para ello, el Tribunal Constitucional utiliza dos ideas o argumentos que va desarrollando y poniendo en conexión a lo largo de la Sentencia. El primero, se refiere al hecho de que el legislador orgánico, con la finalidad de clarificar el espacio autonómico en relación con los tributos locales (ampliamente demandado por la doctrina –CHECA GONZALEZ-), y buscando asimismo reducir la conflictividad, ha “asimilado” los límites existentes tanto en el art. 6.2 como 6.3 de la LOFCA. En definitiva, ha buscado que “las reglas de incompatibilidad se refieran al «hecho imponible» y no a la «materia imponible», con lo que habría un espacio fiscal autonómico más claro en relación con los tributos locales” (F.J. 3º). Idea, de otro lado, que no puede ocultar que la mencionada *ampliación* del espacio autonómico tiene también como consecuencia la *ampliación* de la capacidad recaudatoria de las CCAA. Junto a lo anterior la segunda de las consideraciones que pretendíamos apuntar hace alusión a la posible finalidad extrafiscal del tributo.

A partir de lo expuesto, el Tribunal comienza llevando a cabo un *análisis comparativo* de los hechos imponibles de los impuestos objeto de recurso indicando acertadamente, y siguiendo en este sentido

jurisprudencia ya consolidada, que la “falta de identidad producida en la literalidad de las normas sometidas a examen –la “utilización de grandes superficies con finalidades comerciales”, en un caso, y el “comercio mixto o integrado en grandes superficies”, en el caso de IAE- no es criterio suficiente para entender que dos impuestos sean intrínsecamente diferentes sino que, por el contrario, la distinción surgirá una vez que se tomen en consideración las circunstancias seleccionadas por el legislador para dar lugar a los hechos impositivos de ambos impuestos” (F.J. 5º).

En consecuencia, y dentro del marco del análisis del conjunto de elementos que componen ambos tributos, el Tribunal llega a “dudar”, según admite expresamente, de si lo realmente gravado en el Impuesto catalán “es la titularidad de un inmueble, con unas determinadas dimensiones y destinado a la realización de una actividad comercial, o si, por el contrario, lo es la realización de la propia actividad comercial de venta de productos al por menor en sí misma, cuando ésta se lleve a cabo de forma individual y utilizando grandes superficies de venta” (F.J. 5º). Dudas que se despejan, tal como también se admite de modo explícito a continuación, tras el examen del art. 6 del Impuesto sobre grandes superficies, el cual señala que el mismo grava “la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, dado que esta circunstancia contribuye de una manera decisiva a tener una posición dominante en el sector y puede generar externalidades negativas en el territorio y en el medio ambiente, cuyo coste no asumen”.

Ideas, a partir de las cuales, cabe afirmar que el Tribunal Constitucional *comienza a aplicar* la segunda de las ideas apuntadas, esto es, el “argumento de la extrafiscalidad” en orden a la diferenciación de ambos Impuestos. Aspecto extrafiscal, en definitiva, que, como señala VARONA ALABERN, será el que permitirá diferenciar un impuesto de otro. En efecto, afirma dicho autor que “la limitación impuesta por el art. 6.3 de la LOFCA pretende evitar una sobre imposición derivada de la multiplicidad de gravámenes que recaigan sobre una misma riqueza, fenómeno que si bien puede aparecer nítidamente entre impuestos con finalidad fiscal, no es tan fácil de identificar entre tributos extrafiscales, en los que no se superponen simplemente capacidades económicas por intervenir otros factores en la configuración de la carga tributaria”, añadiendo más adelante que en la medida en que dicha clase de impuestos no conduce de modo tan claro a gravar la misma riqueza (supuesto que se da, a nuestro juicio, en el presente pronunciamiento) “tiene sentido destacar sus elementos extrafiscales para diferenciarlos de los tributos genuinamente fiscales”.

Efectivamente, y siguiendo la estela de la idea aportada por VARONA ALABERN, el Tribunal vuelve de nuevo a examinar, en el F.J. 6º, el hecho imponible u objeto de gravamen de cada uno de los Impuestos en litigio con la *finalidad*, creemos, de *incidir* de nuevo en el aspecto extrafiscal que distingue a ambos tributos.

De este modo, y tras afirmar que, en una primera comparación de los *hechos imposables* de ambos impuestos, nos encontramos con que uno tiene “carácter general”, en el sentido de que “afecta a todo tipo de actividades económicas, por su mero ejercicio”, gravando la riqueza potencial puesta de manifiesto con el ejercicio de una actividad económica, se indica que el Impuesto catalán tiene carácter “específico”, debido a que “grava únicamente a determinadas actividades comerciales”, esto es, las realizadas por las grandes superficies comerciales, que venden determinados productos al por menor o al detalle, “si bien configurando su actividad de un modo tal que se distingue del resto de actividades comerciales, no por cuestiones de mera organización interna, sino por su repercusión sobre el consumo, la ordenación del territorio y el medio ambiente”.

Consideraciones a las que sigue una reflexión que recopila implícitamente, a nuestro modo de ver, la doctrina vertida por parte del Tribunal Constitucional en las Sentencias en que ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con el carácter extrafiscal de un tributo y que no es otra que la del análisis de la *estructura jurídica* del tributo desde el punto de vista de la *adecuación* de la misma en orden a la consecución de la finalidad extrafiscal perseguida por el mismo (entre otras, SSTS 289/2000, 179/2006, 168/2004, ATC 417/2005). Reflexión, en efecto, mediante la cual se declara que “estas diferencias entre hechos imposables de los impuestos examinados no son suficientes para entender superada la prohibición establecida en el art. 6.3 LOFCA” (F.J. 6º).

Señalado lo anterior, y habiendo dejado claro al comienzo del pronunciamiento que sobre una misma materia imponible pueden recaer varios hechos imposables (F.J. 3º), el Tribunal Constitucional afirma que la *comparación* de los preceptos dedicados en ambos Impuestos a regular los “elementos cuantitativos” es también “un criterio susceptible de ser utilizado para distinguir sus hechos imposables” (F.J. 7º).

De este modo, en el Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, la base imponible está constituida, a tenor del art. 7 de dicha Norma, por “la superficie total del gran establecimiento comercial individual expresada en metros cuadrados”, mientras que en el IAE la

superficie constituye un elemento fijo que el legislador elige como índice de riqueza en relación con este concreto sector económico aclarándose, en este sentido, que, en realidad, el IAE es un tributo, que del mismo modo que otros impuestos, “grava rentas presuntas que se ponen de manifiesto en el ejercicio de actividades económicas” previéndose su cuantificación, tal como señala la STC 193/2004, de 4 de noviembre, en función de la “intensidad” en la realización del hecho imponible, “del tiempo efectivo de ejercicio de la actividad económica”, añadiendo el Tribunal en la Sentencia objeto de comentario, que “se presume, como regla general, que cuando una empresa de venta al por menor tiene una mayor superficie de venta el rendimiento económico de la misma también lo será, sin perjuicio de que puedan existir otras actividades también objeto de gravamen en que la superficie no constituya un índice de riqueza” (F.J. 7º).

A partir de lo anterior, el Tribunal Constitucional “contrasta” adecuadamente, a nuestro juicio, la función del elemento “superficie” en los impuestos controvertidos indicando, en orden a *diferenciar* ambos tributos, que la superficie no es, en el impuesto catalán, “un mero índice de riqueza, utilizado para cuantificar el tributo”, como sí parece serlo en el IAE, según se acaba de apuntar, sino que sirve también para calificar el tipo de actividad gravada”. Esto es, “el elemento superficie es un presupuesto que ha de concurrir para que se realice el hecho imponible, pues solo el ejercicio de este determinado tipo de actividad es lo que ha querido gravar el legislador, porque considera que produce un impacto negativo sobre el medio ambiente, el territorio y el comercio tradicional. En definitiva, es dicho impacto negativo derivado de la mera existencia de estos grandes establecimientos comerciales individuales lo que pretende desincentivar el legislador autonómico con el pago del impuesto, independientemente de la cuantía de los beneficios que pueda obtener” (F.J. 7º). Cabe deducir, en consecuencia, que los elementos configuradores del Impuesto catalán parecen ofrecer una estructura extrafiscal habiendo señalado, en relación con ello, el Tribunal Constitucional que lo “verdaderamente extrafiscal”, en orden a la calificación de un tributo como medioambiental, es que el mismo grave la *intensidad* con que se incide en el medio ambiente (SSTC 168/2004, de 6 de octubre y 179/2006, de 13 de junio).

Pues bien, tras el análisis realizado, nos resta realizar unas breves reflexiones en relación con el pronunciamiento objeto de comentario. En primer lugar, el acierto, a nuestro juicio, de haber *integrado el elemento extrafiscal en el objeto imponible del impuesto catalán*, siendo esta circunstancia, precisamente, la que permite al Tribunal llevar a cabo la diferenciación entre los tributos en litigio. Dicho en otros términos, cabría afirmar

que sin tener en cuenta el mencionado “elemento extrafiscal” podrían albergarse serias dudas acerca de la existencia de sobre imposición entre ambos impuestos. “Integración”, además, que debería haber conducido a la conclusión, en el caso presente y aunque el Tribunal no lo señale *expresamente*, de una *menor presencia* del principio de capacidad económica en el tributo que grava los grandes establecimientos comerciales. Aspecto sobre el que el Tribunal Constitucional parece “pasar de puntillas”, debido tal vez al carácter *parcialmente* extrafiscal del Impuesto catalán pero que se presenta importante, sin embargo, y a nuestro juicio, a la hora de diferenciar entre tributos de carácter fiscal y extrafiscal.

Pues bien, en relación con la idea anterior, no acabamos de entender los términos tan “aparentemente suaves” que utiliza el Tribunal Constitucional cuando señala, a modo de conclusión, que el Impuesto catalán tiene, “aunque sea parcialmente, una finalidad extrafiscal, lo que no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de establecer sus diferencias”, esencialmente con el IAE. Y ello debido a que entendemos que, tras el análisis en profundidad realizado a lo largo de la Sentencia en relación, precisamente, con el elemento extrafiscal que distingue a ambos Impuestos debería haberse hecho *hincapié*, precisamente, en que es dicho elemento el que *distingue* ambos tributos según el examen realizado en relación con la estructura jurídica de los mismos.

Como segunda reflexión nos parece importante señalar que siendo cierto que la redacción anterior del art. 6.3 de la LOFCA limitaba, “hasta extremos verdaderamente notorios, la posibilidad de las Comunidades Autónomas establezcan impuestos propios” sobre la materia local “toda vez que resulta ciertamente difícil no vulnerar la reserva establecida a favor de las Corporaciones Locales”, según ha afirmado CHECA GONZALEZ, la redacción vigente del artículo mencionado nos conduce a plantearnos dos interrogantes o reflexiones más.

Por un lado, pensamos, sin que ello entrañe la dificultad que presentaba la redacción anterior, que va a ser necesario fijar una doctrina clara en torno a los parámetros de delimitación entre hechos imposables, constituyendo quizá un primer precedente la sentencia objeto del presente comentario, si bien es cierto que no conlleva el “mismo grado de dificultad” la comparación de impuestos con una “finalidad puramente fiscal” que la de tributos en que concurre algún elemento extrafiscal. Y, en segundo lugar, habrá que esperar para analizar el uso que las CCAA llevan a cabo de su potestad tributaria en orden a crear nuevos tributos de conformidad con los parámetros establecidos tras el nuevo tenor del art. 6.3 de la LOFCA, dadas las “limitaciones”

que se derivaban de la anterior redacción, estando dicha posibilidad estrechamente relacionada, por otra parte, tanto con el principio de autonomía reconocido constitucionalmente a las CCAA como con el principio de suficiencia que el Texto constitucional también consagra a favor de los entes locales.

IMPUESTOS LOCALES

EL IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES

IBI de características especiales: exención de un bien de dominio público hidráulico de aprovechamiento público y gratuito

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 89/2011, de 10 de marzo de 2011

En la sentencia de referencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del órgano jurisdiccional arriba mencionado, trata de dilucidar si resulta o no procedente hacer extensiva a la presa de Fuentes Claras, integrada en la Confederación Hidrográfica del Duero, la exención que el Ayuntamiento de Ávila ha reconocido respecto del lecho o vaso del embalse, en la medida en que resulta acreditado que se trata de un bien de dominio público hidráulico de aprovechamiento público y gratuito.

La apelante, la Confederación Hidrográfica del Duero, mantiene que procede extender a la presa la exención reconocida por el Ayuntamiento para el lecho o vaso del embalse, en la medida en que está acreditado que se trata de un bien de dominio público hidráulico de aprovechamiento público y gratuito, sin que se pueda objetar al reconocimiento de la exención que el presupuesto de la misma ha de constar en el Catastro, entendiendo que el reconocimiento de la exención es analizable no en vía de gestión catastral, sino en vía de gestión tributaria, máxime cuando precisamente el Ayuntamiento en vía de gestión tributaria ha reconocido la exención del lecho o vaso del embalse.

La Sala adopta como punto de partida de su análisis el mismo criterio que utilizó en sendas sentencias de 21 y 29 de enero de 2010: *“Una cosa es el reconocimiento de la concurrencia de una causa de exención y otra el reconocimiento de los presupuestos para la misma”*. Así pues, el Ayuntamiento, con carácter previo al reconocimiento o no de una exención en el impuesto municipal que nos ocupa, debería tomar en consideración la descripción del bien en el catastro y valorar sí respecto del mismo se ha reconocido o no el uso o aprovechamiento determinante de esa exención. Ante ello, la consecuencia que se desprende no es que el reconocimiento de la exención sea una actuación de valoración catastral, sino que sólo si los presupuestos de esa exención están reconocidos en la descripción catastral del bien cabe plantearse su exención y si no lo están lo que procede es la liquidación del tributo.

No obstante, la Sala mantiene esta apreciación pero con las matizaciones que resultan en el presente caso, como son que estamos ante un supuesto en el que lo que se discute no es el uso sino el carácter de dicho uso, público y gratuito, lo que determina la existencia de la exención que viene definida por ley, con lo cual el disfrute de la misma se traslada al ámbito de la prueba, de modo que la constancia de ese carácter que califica el uso en el catastro lo único que será es una prueba más pero no la única, de la concurrencia del presupuesto de la exención. El propio art. 3 de la Ley del Catastro da ese carácter de indicio de prueba a los datos del catastro, con lo cual admite la prueba complementaria. En el presente caso en el que se ha acreditado por la Confederación mediante los informes remitidos que el uso es público y gratuito. En la medida en que la exención, en el supuesto de bienes de dominio público hidráulico, se encuentra condicionada única y exclusivamente al disfrute público y gratuito de los bienes, con lo que no puede decirse que la anotación en el catastro pueda tener carácter constitutivo respecto de dicha exención. Resulta que una vez que se prueba la concurrencia de esa circunstancia, y teniendo en cuenta que el reconocimiento de las exenciones tributarias en el ámbito del IBI es competencia municipal por tratarse de gestión tributaria, como de hecho ha efectuado el Ayuntamiento respecto de el lecho y el vaso del embalse, resulta que ha de reconocerse la concurrencia de la exención pretendida al quedar acreditadas las circunstancias que determinan la concurrencia de la exención, que no se refieren al uso en sí sino a las condiciones en las que se lleva a cabo ese uso.

Por todo ello, la Sala concluye que, efectivamente y en la medida en que están acreditadas las circunstancias en las que se produce el uso del bien de dominio público hidráulico, circunstancias que determinan la exención del IBI, y siendo el Ayuntamiento el competente para

reconocer dicha exención en fase de gestión tributaria, el mismo ha de proceder al reconocimiento de la exención que habrá de afectar en este caso a la totalidad del la presa.

IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS

Modificación censal. Gestión del impuesto

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia 351/2012, de 19 de mayo de 2012

En la sentencia objeto del presente comentario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del órgano jurisdiccional arriba mencionado se propone dilucidar si resulta o no competente el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia para conocer de un acto de aplicación y efectividad de tributo de la entidad local, si bien, el verdadera controversia suscitada es la modificación censal operada por el Ayuntamiento de Allariz, entendiendo la recurrente que la misma vulnera el derecho de defensa máxime cuando la actividad económica desarrollada por ésta última se encontraba exenta en virtud del artículo 82.1.c) de la Ley de las Haciendas Locales y, sin procedimiento alguno ni acto administrativo sobre situación censal, el Ayuntamiento mencionado le remite carta de pago del IAE, frente a la cual se reacciona impugnando la modificación censal.

Pues bien, con tal propósito la Sala adopta como punto de partida de su análisis el contenido del artículo 91 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de cuyo tenor literal se desprende, en relación con el Impuesto sobre Actividades Económicas, la gestión compartida entre la Administración Tributaria del Estado y la Local, atribuyendo a la primera la gestión censal y a la segunda la gestión tributaria como la liquidación y recaudación y, por ende, la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria. No resulta obvia el hecho de que la asignación de grupos o epígrafes, inclusión del sujeto pasivo en la matrícula y actos censales relativos a la calificación de actividades económicas y demás de gestión censal, son competencia de la Administración Tributaria Estatal pero lo que sucede es que, con independencia del motivo que funde la pretensión anulatoria de las cartas de pago de las liquidaciones emitidas por el Ayuntamiento, el acto que se recurre no es competencia del TEAR de Galicia pues no puede incardinarse en ninguno de los supuestos menciona.

TASA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 426/2011, de 2 de junio de 2011

El asunto trae causa en la interposición de un recurso contencioso-administrativo por varios interesados y una Comunidad de propietarios, que impugna el Acuerdo del Ayuntamiento de Cullera por el que se aprueba la Ordenanza Fiscal Reguladora de la Tasa por Prestación del Servicio de Residuos Urbanos o Municipales.

Los argumentos de la parte actora son: 1) falta de motivación por ausencia de memoria económico-financiera, en cuanto que el informe elaborado por el Ingeniero Industrial Municipal del expediente administrativo se limita a enumerar gastos alzados sin justificación de su origen y presenta carencias esenciales que provocan absoluta indefensión de los particulares (no se acompaña estudio de precios de mercado de los servicios a cubrir); y al incluir como costes indirectos la partida denominada “impagados, 20% sobre los costes directos” lo que supone un incremento arbitrario de los costes directos de la tasa; 2) superposición de tasas con vulneración del principio de doble imposición pues el Ayuntamiento de Cullera venía incluyendo en el IBI la tasa de basura y alcantarillado -desde 1991- sin que la instauración de la nueva tasa haya supuesto la disminución de aquél; y 3) arbitrariedad en la distribución de la tasa entre los ciudadanos, con vulneración del principio de igualdad, por establecer una diferenciación entre viviendas y locales y otros, y -dentro de estas categorías- entre Zona 1 y Zona 2. Ante ello, la Administración demandada solicita la confirmación de la Ordenanza impugnada, por considerarla acorde a derecho.

Interesa destacar que el art. 24.2 de la Ley de Haciendas Locales dispone que “en general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida. Además, el art. 25 TRLRHL, relativo al informe técnico-económico, establece que “los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquellos, respectivamente”.

Respecto al primer motivo alegado, ha de destacarse que como bien sostiene el TSJ en el FJ 3º el informe o memoria económica financiera justifica el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad para que no exceda, en su conjunto del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate, lo cual “supone la principal garantía del contribuyente en orden a la cuantificación de la tarifa de la tasa”. Dicho requisito del acompañamiento del informe-memoria, según el Tribunal Supremo merece la calificación de requisito sustantivo de principal importancia para la determinación directa de la cuantía de la deuda tributaria, como resultado de la valoración de la relación costes globales e ingresos referentes a la prestación del servicio de que se trate, y lo eleva a la categoría de elemento esencial determinante de la validez de la Ordenanza pues se encuentra protegido por el principio de reserva de ley.

Para reforzar el anterior argumento, el Tribunal precisa que se contabiliza la totalidad de los costes “medioambientales” de la “gestión integral” de los residuos urbanos municipales “actuales y previsibles”, y que dichos costes deberán ser soportados por los distintos contribuyentes “en función de la calidad y frecuencia del servicio prestado” y “de la mayor o menor estimación de la producción y variedad de los residuos generados en las viviendas emplazadas en cada una de las zonas en que objetivamente hemos dividido el municipio”. Y a continuación se identifican y detallan pormenorizadamente los costes directos y los costes indirectos. También la memoria explica las razones por las que se incluye la partida “previsión de fondos”, y, por último, desarrolla el cálculo de la tasa “individualizado” por viviendas, que se distribuyen en 2 Zonas, considerando que en la Zona 2 procede una reducción de la tasa por las siguientes razones: 1) ser zona que históricamente ha contribuido a costes muy inferiores respecto al resto de la ciudad; 2) menor calidad y frecuencia del servicio y menor grado de beneficio del servicio; 3) capacidad contributiva de la población mucho menor, como indicador de un menor consumo de productos y, por tanto, de generación de una menor producción de residuos.

Así, precisa que se calcula que el 90% de los costes totales de explotación del servicio son imputables a la generación de residuos domiciliarios; indica el número de viviendas y aplicándolo al coste concluye una tasa anual por vivienda de la zona 1 de 120 euros. A la zona 2 aplica una reducción del 50% para la totalidad de los capítulos

correspondientes a costes directos e indirectos - excepto previsión de fondos a la que aplica la reducción del 70,67 %- y concluye una tasa anual de 56 euros.

Por su parte la distribución de la tasa en relación a comercios, grandes superficies, industrias y talleres y actividades recreativas (restaurantes, bares, cafeterías, heladerías, pubs, discotecas, camping...) se hace por superficie; la de hoteles por número de habitaciones; y las oficinas de cualquier tipo pagan como los comercios e industrias y talleres de hasta 200 m² y las entidades financieras de más de 400 m².

Igualmente, el Tribunal rechaza también que exista falta de equivalencia entre el coste del servicio y el ingreso calculado, como pretende la actora, imputando al informe -transcrito anteriormente en parte- desviación o apartamiento de la dicha finalidad, ya que, en conexión con ello, la Ordenanza regula en su art. 4 la Cuota Tributaria y distingue la Tarifa Doméstica -viviendas- en el ap. 1.- A, con diferenciación entre Zona 1 y Zona 2; y Tarifas Actividades Comerciales e industriales.

En cuanto a la pretensión de una posible arbitrariedad y desigualdad infundada, al haber establecido dos zonas en el municipio, en una de las cuales (la 2) la tasa se reduce, el Tribunal también la rebate con los siguientes argumentos. Pues bien, en principio la propia LGT permite la diferenciación entre sujetos pasivos sobre la base de la distinta capacidad económica, la cual ha de quedar evidenciada y sustentada en datos objetivos que la propia norma de imposición del tributo ha de expresar o indicar y justificar en razones objetivas. De otro lado la desigualdad de trato por sí misma no está proscrita, siempre que se halle fundada en razones objetivas y no resulte arbitraria.

En este caso la diferenciación que resulta de la Ordenanza impugnada, al establecer una cuota reducida para la Zona 2 se razona y justifica en razones de menor capacidad económica de los habitantes de la dicha zona (coincidente con el casco histórico) evidenciada en el “menor grado de generación de residuos sólidos” motivado por razones socio-económicas, a lo que se une -y así lo expresa el informe del Técnico Municipal- la menor calidad técnica y frecuencia del servicio y el menor beneficio a dichos usuarios.

No en vano la zona 2 se halla, según el informe técnico-municipal, constituida por el conjunto de barrios, de difícil orografía, con calles de máxima pendiente, trama urbana tortuosa y estrecha; viales de acceso peatonales y pendientes prohibitivas para la ubicación de contenedores y para el tránsito de vehículos recolectores- compactadores y limpiadores de contenedores. Ello determina la obligación de desplazamiento de sus habitantes, con transporte de los residuos a las calles llanas existentes, habiéndose evidenciado ya de antiguo que el coste del servicio aquí era notoriamente inferior. Informa también el técnico municipal que la zona 1, llana por excelencia y con posibilidad incluso de instalación de técnicas más avanzadas (contenedores subterráneos de elevación hidráulica, por ej.), cuenta con numerosas urbanizaciones y, por tanto, concentra residuos de limpieza de zonas verdes e incluso de la playa, realizándose en la misma tareas de limpieza viaria casi diaria, mientras en la zona 2 solo hasta un máximo de 3 días por semana. Así las cosas no puede apreciarse que la diferenciación por zonas carezca de justificación objetiva y razonable, ni que carezca de motivación.

En definitiva, el Tribunal confirma la ordenanza reguladora de la tasa por prestación del servicio de residuos urbanos o municipales, ya que no puede desconocerse la existencia de motivación, pues se indican de forma pormenorizada las partidas, conceptos, costes y su distribución, en orden a permitir que el administrado posea información bastante para poder atacarlos y contradecirlos convenientemente. Tampoco se ha evidenciado la falta de equivalencia entre el coste del servicio y el ingreso calculado. Y no puede calificarse de arbitraria la diferenciación de cuota establecida entre los usuarios de la Zona 1 y los de la Zona 2 donde la cuota es menor, ya que dicha diferencia se basa en circunstancias objetivas como es el hecho de que los usuarios de la Zona 2, que coincide con el casco histórico, generan menos residuos, mientras que la Zona 1, llana por excelencia y con posibilidad incluso de instalación de técnicas más avanzadas (contenedores subterráneos de elevación hidráulica, por ej.), cuenta con numerosas urbanizaciones y, por tanto, concentra residuos de limpieza de zonas verdes e incluso de la playa.

Es más, en nuestra opinión, la postura totalmente razonada del TSJ revela que la Memoria de la tasa de basuras, ahora impugnada, recoge manifiestamente las particularidades de la población donde se exacciona la tasa, e incluso, de cada una de las zonas de la población, y atiende a los principios de justicia tributaria en la diversificación de tarifas en razón de la incidencia que distintas circunstancias tienen en la medida del gravamen.

NOTAS

1 Los Comentarios de Jurisprudencia Tributaria, dirigidos por Miguel Ángel Collado Yurrita y coordinados por M^a Esther Sánchez López, han sido elaborados por los Profesores de Derecho Financiero y Tributario e investigadores del Centro Internacional de Estudios Fiscales (<http://uclm.es/cief>), cada uno bajo su especialidad respecto de los tributos castellano manchegos, ya sea desde la esfera de tributo estatal cedidos, propios o local, a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales y administrativos, en su caso. De esta manera, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas será comentado por Francisco José Nocete Correa. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, así como El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados serán comentados por Saturnina Moreno González. El Impuesto sobre el Patrimonio, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles así como el Impuesto sobre Actividades Económicas será comentados por María Prado Montoya López. El apartado referente a los Impuestos medioambientales autonómicos será comentado por Gemma Patón García. Pedro José Carrasco Parrilla analizará el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Las Tasas y Precios Públicos (autonómicos y locales) por su amplísima variedad en cada una de sus esferas, serán abordados por Miguel Ángel Collado Yurrita, M^a Esther Sánchez López y Luis M^a Romero Flor. Y, finalmente, a José Alberto Sanz Díaz-Palacios le corresponderá la Jurisprudencia regional en materia de infracciones y delitos tributarios.

Ello no obsta, para que alguno de los referidos profesores, en un momento determinado y por la relevancia y/o interés del tema, puedan realizar comentarios fuera de las secciones en las que se encuentran encuadrados, como es el caso de la STC 122/2012, de 5 de junio de 2012 que ha sido comentada por M^a Esther Sánchez López.

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA LA MANCHA

Pilar Domínguez Martínez

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad de
Castilla La-Mancha.

CONTRATO DE MEDIACIÓN O CORRETAJE.

Derecho al percibo de la comisión por intermediación en contrato de arrendamiento con opción de compra. Consumación. Legitimación aunque se cedan los derechos. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 21 noviembre de 2011.**

La demandante impugna la Sentencia de Instancia que desestima sus pretensiones al considerar extinguido el crédito por pago y haberse agotado la intervención del mediador con ocasión de la única actuación, alegando error en la valoración de la prueba documental al entender que la factura que se aporta con la demanda solo incluye el concepto de los honorarios devengados por la mediación de su patrocinado en el arrendamiento del local, aunque se haga referencia a Arrendamiento con opción recompra. La demandada apelada, aunque carece de legitimación para recurrir por la absolución, mantiene la postura de primera instancia alegando no haber contratado los servicios de la demandante en la mediación y la falta de legitimación pasiva por el traspaso de los derechos de arrendamiento con opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad

La Audiencia estima el recurso, reconociendo el derecho de la demandante al percibo de la comisión por intermediación en contrato de arrendamiento con opción de compra declarando por un lado que no debe admitirse error en la valoración de la prueba practicada en la instancia que acredita que la mercantil demandada contrató los servicios de mediación, la ausencia de inmediatez del Tribunal de Apelación y ausencia de datos para cuestionar dicha convicción determina que haya de respetarse y darse por buena salvo que se alegue y acredite en éstos casos un error u omisión del proceso lógico patente o evidente del Juzgador en el proceso deductivo.

Acreditado el contrato de mediación, se estima la legitimación pasiva de la demandada, no obstante la cesión a los administradores de la mercantil demandada de los derechos del contrato de arrendamiento con opción de compra, pese a no comprar el inmueble, por un lado porque en los fundamentos de la sentencia de primera instancia se declara que las partes quedan vinculadas por el contrato litigioso con los litigantes, sin perjuicio de las relaciones internas entre cedente y cesionario. Por otro lado, la opción de compra que se ejercita, en la que la renta satisfecha se considera parte del precio, es la que se pactó con la arrendadora-vendedora por la demandada, precisamente por la mediación de la demandante. El traspaso de los derechos contenidos en el contrato de arrendamiento celebrado el mismo día del ejercicio de la opción de compra no se notificó a la demandante, que tiene conocimiento de ambas cosas en virtud de la publicidad registral.

De este modo, siguiendo la doctrina contenida en las SSTs de 26 de marzo de 1991 y 10 de marzo de 1992, la Sala aclara que el contrato de corretaje se encuentra sometido a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido y además a que el contrato tenga lugar como consecuencia de la actuación del mediador. Es por ello que en el caso objeto de recurso, argumenta la Audiencia que la obligación de pago nace del contrato de mediación que pactó con la demandante y surge una vez cumplida por la mediadora las obligaciones asumidas. La relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio, independientemente de que por voluntad de una de ellas se cedan tercero los derechos adquiridos.

P.D.

RESPONSABILIDAD DAÑOS DERIVADOS DE LA CONSTRUCCIÓN. Responsabilidad por defectos en aislamiento de medianería. Responsabilidad promotora. Responsabilidad de la subcontratista. Solidaridad. Aseguradora de la promotora. Franquicia: inoponible al perjudicado. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 25 octubre de 2011.**

La cuestión principal debatida en la alzada es si la responsabilidad del promotor/contratista y subcontratista por daños causados en una

vivienda asegurada es solidaria como se declara en primera instancia o bien es posible individualizar la causa de los daños.

Se interpone recurso por la aseguradora de la constructora y por su aseguradora. La aseguradora de la constructora que contrata a la empresa que ejecuta el trabajo de aislamiento alega que los daños causados en la vivienda asegurada por la demandante fueron debidos a la defectuosa impermeabilización de la medianería por cuanto de la pericial practicada por ambos peritos se asegura que la espuma de poliuretano se presenta como el sistema más sencillo y con la máxima exigencia de aislamiento térmico. Se argumenta por parte de la aseguradora la ausencia de nexo causal entre los daños causados y la actuación de la también demandante asegurada que adoptó todas las medidas a su alcance para el buen desarrollo de la obra y en consecuencia, a su aseguradora. Sin embargo la inadecuada proyección de poliuretano realizada por la subcontratista fue la causa que motivó el filtrado del agua que causó los daños al edificio colindante. Es por ello que se alega además en éste supuesto es susceptible de poder individualizarse la causa de los posibles daños pues se han causado por negligencia de la subcontratista y no por incumplimiento de las exigencias normativas de la promotora, por lo que no cabe hablar de responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la obra. Así mismo se alega, con carácter subsidiario se alega la existencia de una franquicia del 20% en la Póliza de Seguro con un mínimo de 1000 y un máximo de 10.000 € por lo que dicha cantidad se deducirá de la indemnización. La constructora contratista refuerza la argumentación alegando que el espesor del poliuretano destinado al aislamiento térmico es totalmente distinto a la impermeabilización.

A este respecto, la Audiencia desestima el recurso y mantiene la solidaridad. Por un lado, en contra del argumento dado por la constructora, declara quedar suficientemente acreditado, por la pericial practicada que el mejor sistema y más eficaz de aislamiento- térmico o para impermeabilizar- consiste en proyectar con espuma de poliuretano, de forma que a juicio de la Audiencia, la medianería fue tratada por la contratista de forma defectuosa, así mismo, aunque se ejecutó el trabajo de aislamiento para el que fue contratada la codemandada pero no quedó cubierta toda la medianería, pues se aisló pero de forma incompleta y por ende, defectuosa, no alcanzándose los niveles requeridos por el Código Técnico de la Edificación que según el artículo 3 Ap. 2 de Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación constituye el marco normativo que establece las exigencias básicas de calidad de los edificios y de sus instalaciones.

En relación con el recurso formulado por, la compañía aseguradora demandante, la Sala se refiere al necesario cumplimiento de las condiciones de habitabilidad en la construcción, en este caso con efectos sobre el ahorro de energía, aislamiento térmico e impermeabilización de acuerdo a la legislación sobre ordenación de la edificación que además especifica en el artículo 17.6ª.2 la responsabilidad directa del constructor por daños materiales por vicios o defectos causados por el subcontratista y por los causados por las deficiencias de los productos de construcción utilizados, sin perjuicio de la acción de repetición a que ello diese lugar. En el caso enjuiciado, es clara la responsabilidad de la constructora contratante por la supervisión y vigilancia de la obra y sus aledaños, para evitar daños en elementos externos a la obra, como son los edificios colindantes, quedando acreditada la existencia de una concurrencia de culpas que justifica la aplicación de la solidaridad, máxime en el caso debatido, en el que la constructora que subcontrata es también promotora y el promotor responde solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Por todo ello, la Sala insta a la aseguradora a su pretensión al amparo del artículo 43 LCS y en cuanto a la franquicia establecida entre aseguradora y constructora-promotora asegurada estima que es una limitación que se circunscribe a las partes contratantes de la indicada póliza siendo una cuestión que resulta totalmente ajena al tercero perjudicado.

P.D.

CONDENA EN COSTAS: Al demandado tras satisfacción de la pretensión actora de forma extrajudicial. Procedencia: Para acordar la terminación del proceso se precisa el dejar de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, concepto que no puede asimilarse a la propia satisfacción extraprocesal, puesto que en caso contrario no tendría que ser, el concepto de interés legítimo. Inexistencia de allanamiento tácito. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 20 julio de 2011.**

El objeto del recurso de apelación que formula el demandado se basa en la no imposición de las costas de la instancia por dos motivos: por un lado; la satisfacción extraprocesal de la pretensión ejercitada, alegando quiebra del artículo 22.1 de la Ley de Enjuiciamiento, y por otro, que estamos ante un allanamiento tácito, anterior a la constatación a la demanda, con aplicación del artículo 395 de la misma LEC.

La Audiencia desestima el recurso, declarando, en primer lugar que ambos alegatos, son nuevos en la alzada, dada su situación procesal de rebeldía en la instancia, aun cuando del segundo habla también la actora en aquella otra fase procesal.

En cuanto a la primera alegación, señala la Audiencia que el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige, como presupuestos básicos materiales para su aplicación: a) la satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto y b) la pérdida de intereses legítimos en obtener la tutela judicial pretendida. Y como presupuesto formal el acuerdo de las partes. Para acordar la terminación del proceso se precisa el dejar de tener interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, concepto que no puede asimilarse a la propia satisfacción extraprocésal, puesto que en caso contrario no tendría que ser, el concepto de interés legítimo.

Por último y en cuanto al segundo alegato, tampoco procede la no imposición de costas si se entendiera que estamos ante un allanamiento tácito, que no lo estamos, al amparo del artículo 395 de la LEC, por cuanto si bien lo sería antes de la contestación a la demanda habría que hablar de mala fe, pues antes de la presentación de la reclamación judicial se acudió a la vía de la reclamación extrajudicial de la Oficina Municipal de Información y Defensa del Consumidor y el hoy recurrente la ignora.

P.D.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO POR PRECARIO: ENERVACIÓN: Desahucio por impago de rentas debidas: Determinación de la eficacia de pretendida enervación de desahucio anterior a la reforma de la LEC que impide que éste pueda existir una segunda vez. Aplicación de la reforma a la situación actual e imposibilidad de nueva enervación mediante el pago de las rentas debidas, pues estamos ante una normativa procesal que no sustantiva y que solo ésta goza del carácter de irretroactividad y ello porque el precepto que impide la mera enervación no hace distinción alguna entre enervaciones anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. **Audiencia Provincial Albacete, Sentencia de 20 julio de 2011.**

La cuestión a resolver se centra en determinar si la enervación realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la actual LAU puede computarse a los efectos de impedir una mera enervación. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia, desestimando la pretensión, declarando que si es computable porque estamos ante una normativa procesal que no sustantiva y que solo tiene carácter de irretroactividad y ello porque el precepto que impide la mera enervación no hace distinción alguna entre enervaciones anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y por cuanto hay una mayor tutela del arrendador frente a incumplimiento contractuales y mas cuando no hablamos de vivienda.

P.D.

SEPARACIÓN CONTENCIOSA. PENSIÓN ALIMENTICIA ESPOSA: Sin límite temporal: Hasta que termine la necesidad de sustento. Parámetros de fijación para la pensión compensatoria: No supone alteración del concepto. Congruencia: Inexistencia: Corregir el concepto de pensión compensatoria por alimenticia. **PENSIÓN COMPENSATORIA.** Compatibilidad de ambas pensiones. **VIVIENDA FAMILIAR:** Atribución del uso con independencia de la titularidad del bien. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 21 noviembre de 2011.**

En esta sentencia se analiza la procedencia de una pensión de alimentos en favor de la esposa del recurrente y la fijación de un límite temporal, su compatibilidad con la pensión compensatoria y por último, la pretensión del esposo recurrente sobre el pronunciamiento de la cualidad o no de arrendataria de la esposa de la vivienda familiar.

Además del recurso interpuesto por el esposo sobre la improcedencia de la pensión y cuestionando la condición de arrendataria de la esposa, se interpone otro recurso de apelación por la propia esposa, a los efectos de corregir el concepto de pensión compensatoria y no alimenticia y revocarse el pronunciamiento de la Sentencia de instancia relativo al límite temporal de la pensión fijada.

En la alzada, la Audiencia revoca la sentencia de instancia en parte, en el sentido de dejar sin efecto la limitación temporal fijada sobre la pensión alimenticia, confirmando el resto de los pronunciamientos.

En cuanto a la procedencia de la pensión de alimentos, no obstante los argumentos en contra por el esposo recurrente, por resultar acreditada, según él, la obtención de ingresos, a través de una nómina, en cuanto es trabajadora de la empresa, no resultan convincentes a juicio de la Sala, al existir confusión, pues el propio recurrente reconoce la condición de accionista de la esposa, sin horario rígido y con libertad de actuación, desarrollando labores de representación. Todo ello viene a confirmar, según la Sala, que la esposa no realizaba una actividad laboral por cuenta ajena, sino que colaboraba, como accionista, en labores de representación. Ello justifica, según la Audiencia, la ratificación de la Sentencia de Instancia, en el sentido de mantener la fijación de una pensión alimenticia a favor de la esposa, no resultando admitida la primera pretensión del esposo recurrente.

La segunda pretensión del esposo sobre el pronunciamiento de la cualidad o no de arrendataria de la esposa de la vivienda familiar, también se desestima, argumentándose al respecto que en “el presente procedimiento se resuelve la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, aquí no esencialmente cuestionado, y dicha atribución lo es, sin perjuicio de la titularidad del bien- en principio y formalmente a nombre de la empresa- y de los derechos y acciones que se pudieran ejercitar al respecto, incluidos los relativos al arrendamiento, en las mismas condiciones contractuales”

En cuanto a las pretensiones de la esposa, la Audiencia admite la limitación temporal en la pensión alimenticia, revocando en parte la sentencia, sobre la base de que “la propia naturaleza de la pensión, orientada a sufragar necesidades de sustento, impide la fijación de un límite temporal; ya que su procedencia lo será siempre que exista dicha necesidad, y en todo caso, hasta el divorcio, ya que disuelto el vínculo matrimonial no procedería su mantenimiento ni fijación con cargo al esposo. Y ello sin perjuicio de que en la formulación de la demanda de divorcio pueda la demandante hacer uso de su derecho a solicitar una pensión compensatoria”. Sin embargo, la Audiencia no admite la pretensión de la esposa sobre la corrección del concepto de fijación de la pensión establecida a su favor, como compensatoria y no alimenticia, a pesar de que la Sentencia de Instancia fije la pensión alimenticia de acuerdo a parámetros más propios de la pensión compensatoria, por ejemplo, la referencia al desequilibrio producido con la ruptura del matrimonio. El principal argumento se encuentra en la incongruencia, en efecto, según la Sala, no hay en la demanda, ninguna referencia a elemento fáctico que pudiera permitir entender congruente la concesión de una pensión compensatoria no deducida en la demanda. Si bien es

cierto, que pensión alimenticia y compensatoria son compatibles, en cuanto la segunda es de naturaleza indemnizatoria del desequilibrio y no estrictamente alimenticia. Solicitada la fijación de una pensión, aunque se nomine de alimentos, y expuestos en la demanda los presupuestos fácticos en los que se fundamenta la pretensión, no concurriría incongruencia por la apreciación de la procedencia de la fijación de la pensión como compensatoria. Sin embargo, del texto de la demanda, no es posible determinar medie dicha pretensión, sino que se insta la fijación de una pensión alimenticia.

P.D.

NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL: Motivos referidos en el art. 41.1 a) y letra d) de la Ley de Arbitraje: No sujeción al convenio de Arbitraje por parte del reclamante, con infracción del art. 9.3 L.A: Inexistencia. Falta de trato igualitario previsto en el art. 24 de L.A , con indefensión: Inexistencia. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 10 noviembre de 2011.**

La cuestión a determinar es la nulidad de un laudo arbitral que condena a una Estación de Servicio a pagar al propietario de un vehículo averiado a los pocos kilómetros de haber repostado en la misma una cantidad como coste de la reparación del referido vehículo.

La empresa demandante basa su pretensión anulatoria en los motivos referidos en el art. 41.1 a) y letra d) de la Ley de Arbitraje al considerar que no había sujeción al convenio de Arbitraje por parte del reclamante, con infracción del art. 9.3 L.A . y, de otro lado, no se respetó el trato igualitario previsto en el art. 24 de L.A , con indefensión. Por la parte demandada se contestó la demanda contradiciendo, básicamente, las alegaciones de la demandante señalándose que la adhesión al sistema arbitral es indefinida y que las actuaciones seguidas por la demandante supusieron la adhesión.

La Audiencia desestima la demanda de nulidad, en primer lugar, en relación al primer motivo de anulación sobre la inexistencia del convenio arbitral o su invalidez, al amparo del art. 41.1 a) LA, no resulta admisible, a juicio de la Sala, a la luz de las pruebas ofrecidas, tanto en el propio interrogatorio, como desde el inicio del trámite de reclamación y posteriormente como arbitraje, el titular de la gasolinera, en ningún momento ha rechazado su sujeción al arbitraje. Tampoco se

admite el segundo motivo de anulación, fundado en el art. 41.1 d) Ley de Arbitraje, declarando que no se aprecia falta de respeto del trato igualitario de las partes, ni que se infringiera ningún otro principio del art. 24 Ley Arbitraje, ni se produjera indefensión. La incomparecencia de la parte reclamada, sin causa justificada, impidiéndola así deducir la contradicción y práctica de pruebas de que pudo valerse, no invalida la decisión arbitral que tomó en consideración las pruebas que se le ofrecieron en el acto y dictó laudo con arreglo a ello. Según la Audiencia, aunque es en dicho trámite, donde se debió articular la prueba de las alegaciones contradictorias deslizadas en este procedimiento, sobre si fue posible que se efectuara el suministro de gasóleo al automóvil que resultó averiado y/o que realmente tuviera agua o de si se trató de un servicio de gasolina efectuado a otro vehículo, se trata en definitiva de razones de fondo no revisables en el presente proceso.

P.D.

DIVORCIO. Procedimiento contencioso. Efectos: Atribución de la guarda y custodia sobre el hijo menor. Régimen de comunicaciones. Importe de la pensión alimenticia. Ausencia de pronunciamiento sobre diversas cargas del matrimonio. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 14 octubre de 2011.**

La sentencia que declara la disolución de un matrimonio por divorcio y regula los efectos es recurrida por los dos esposos. Por un lado el marido impugna los pronunciamientos referidos a la atribución de la guarda y custodia sobre el hijo menor, el régimen de comunicaciones establecido, el importe de la pensión alimenticia o la ausencia de pronunciamiento sobre diversas cargas del matrimonio, en concreto tres préstamos. Por otro lado, la esposa sólo impugna la cuantía de la prestación establecida. La Audiencia únicamente revoca la Sentencia de Instancia en lo referido al importe de la pensión de alimentos que se fija en 350 euros mensuales.

Antes de entrar en el objeto del litigio, la Sala como cuestión previa, rechaza la objeción sobre inobservancia *de las reglas del* artículo 458 y 461 de la L.E.C, basada en que no se expresan con claridad y precisión los extremos de la resolución recurrida, pues a juicio de la Sala, aunque no se especifiquen se deducen de una interpretación conjunta, sistemática e integradora del mismo, lo cual viene corroborado en el escrito de impugnación donde se constata como la parte contraria ha podido conocer y rebatir los argumentos y las peticiones de la contraria.

En cuanto a la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre, la Sala confirma la decisión de instancia, fundada en el interés del menor, pues a su juicio, no quebranta ni vulnera el artículo 14 de la CE, como sostiene el apelante. Es doctrina que la atribución debe otorgarse a aquel que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, personales, familiares, culturales y ambientales (STC de 1 abril de 1.982 y STS de 22 de mayo de 1.993). Es por ello que reconocida la capacidad de ambos progenitores, al no poder atribuirse el ejercicio compartido y ser un deseo común de los esposos no vivir juntos, a quien se confió inmediatamente después de la ruptura, la corta edad del hijo, así como ser una máxima de experiencia que salvo casos excepcionales, lo natural es la atribución a la misma.

Por lo que se refiere a la comunicación del menor con el progenitor no custodio no solo es un derecho de éste, sino fundamentalmente del menor en cuyo beneficio debe siempre actuarse y para cuyo desarrollo integral es fundamental la presencia de ambos progenitores como soportes o elementos esenciales de su identificación y que se debe llevar a cabo con un contacto fluido, permanente y estable, cuando las circunstancias lo permitan. En consecuencia, salvo que concurren circunstancias especiales como una falta de contacto previo o un alejamiento o se trate de menores de muy corta edad, lo que obliga a establecer medidas de prevención como un régimen de visitas progresivo, lo ordinario es establecer un régimen continuado que incluya la pernocta del menor con el progenitor no custodio. Tampoco puede aceptarse que sea necesario estipular o concretar cuestiones puntuales e imposibles de prever, el régimen opera a falta de acuerdo entre ellos y una interpretación lógica y razonable de lo establecido judicialmente, que no puede prever todas las situaciones posibles, necesariamente pasa por una interpretación consecuente con lo que resulte más conveniente para el interés del menor bajo la premisa esencial de que es prioritario un contacto fluido y permanente con su padre.

La cuantía de la pensión alimenticia al hijo fijada en la instancia (450 euros mensuales) resulta impugnada por ambos. La madre insta su incremento a 500 euros y el padre a la minoración en 300 euros. Precisamente esta cuestión resulta revocada por la Sala, estableciendo la cifra de 350 euros mensuales, la situación económica muy similar de ambos padres, con ingresos mensuales que superan ampliamente los 2.000 euros cuando menos, tratándose de un menor de dos años, cuyos gastos ciertamente, por ser los propios de su edad, son elevados y a los que únicamente se debe adicionar el del coste de la guardería (225 euros

mensuales), justifica la reducción de la cuantía fijada en la instancia. Por último, la Sala declara no efectuar ningún pronunciamiento en cuanto a los préstamos, pues disuelto el régimen matrimonial por divorcio, las deudas contraídas por aquellos vigente la sociedad de gananciales, deben ser satisfechas por partes iguales.

P.D.

IMPUGNACION ACUERDOS SOCIALES. Nulidad Junta General Extraordinaria y acuerdos adoptados en la misma por defecto legal en su constitución al no estar presente ni convocado el actor a dicha junta: Inexistencia. Contrato de Transmisión de participaciones sociales: Validez: No es necesario escritura pública. **Audiencia Provincial Ciudad Real, Sentencia de 14 octubre de 2011.**

El objeto del presente recurso consiste en dilucidar sobre la nulidad de la junta general extraordinaria de la Sociedad de Responsabilidad Limitada demandada y de los acuerdos adoptados en la misma, por defecto legal en su constitución al no estar presente ni convocado el actor a dicha junta, alegando la nulidad de la transmisión de sus participaciones a un tercero por no constar en escritura pública como exige el artículo 26 LSRL.

El actor, ahora apelante, alega contra la sentencia de instancia, por un lado, la invalidez del referido contrato de venta de las participaciones sociales, y por otro, la necesidad de que la referida transmisión se documente en escritura pública, defecto que priva de eficacia a la misma y determina la nulidad de pleno derecho de la compraventa, lo que se proyecta sobre la referida Junta y sus acuerdos al no haber sido convocados todos los socios de aquella por ausencia del recurrente. En contra, la sociedad demandada alega la inadmisibilidad del recurso por falta de consignación del depósito necesario para recurrir así como la innecesariedad de documentar la transmisión en escritura pública.

La Audiencia confirma la Sentencia de Instancia y después de declarar que el recurso cumple el requisito de constitución del depósito para recurrir, confirma íntegramente la Sentencia de Instancia, reconoce la validez de la transmisión de sus participaciones sociales, no siendo necesaria escritura pública, quedando acreditado que él reconoció la autenticidad de su firma y el precio recibido en su cuenta, constando acreditado además que la sociedad tenía conocimiento de ello y había

mostrado su conformidad por tanto el actor carecía de la condición de socio de la entidad demandada y por tanto carecía de legitimación activa para ejercitar la acción articulada en la litis. A este respecto, la Sala establece que aunque en la demanda no se solicita con carácter previo a la impugnación la nulidad del referido contrato de transmisión, de manera incidental ese es el punto central de la litis que condiciona su resultado y al que se ha dirigido la actividad probatoria; de ahí que, a los efectos de la legitimación activa del apelante, sea necesario examinar esta cuestión.

La Audiencia justifica la validez de la transmisión al amparo de la doctrina científica y de la jurisprudencia menor (entre otras sentencias cita las SSAAPP Toledo de 9 de mayo de 1994 , Las Palmas 10-1-2001 , Asturias de 2-3-2004 , AP de Barcelona 16-9-2009) según las cuales, la exigencia de escritura pública a que se refiere el artículo 26 LSRL no es un requisito “ad solennitatem”, sino que, en coherencia con el principio de libertad de forma de los negocios jurídicos que inspira nuestro tráfico económico (artículo 1.278 CC y 51 C. Co), han de reputarse válidos, con lo que la norma del artículo 26.1 LSRL no viene a establecer cosa distinta a la prevista en el artículo 1.280.6º CC, es decir, conferir a los contratantes el derecho a compelerse recíprocamente a rellenar aquella forma, una vez que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez tal como prescribe el artículo 1.279 CC. Por todo ello, la Sala declara que la legitimación para la actuación como socio frente a la sociedad no deriva de la forma del negocio traslativo, ni del mismo negocio traslativo, ni tampoco de la inscripción del adquirente en el libro registro de socios, sino del conocimiento de la transmisión por parte de la sociedad. El socio está legitimado para el ejercicio frente a la sociedad y podrá oponer su condición de socio a la misma desde que la sociedad tenga conocimiento de la transmisión. El conocimiento de dicha transmisión por la sociedad puede obtenerse por el reconocimiento de los demás socios.

P.D.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. Accidente de circulación en los que aparecen involucrados vehículos a motor susceptibles de generar igual y/o similar riesgo. Requisitos Responsabilidad: Culpa o negligencia: Circulación por el carril contrario al del sentido de la circulación. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 30 diciembre de 2011.**

El actor del recurso de apelación, condenado en la instancia a la suma de 686,59 euros correspondientes a los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del accidente de circulación por circular por el carril contrario al del sentido de la circulación, se alza contra la sentencia interesando la íntegra desestimación.

La Audiencia confirma la Sentencia, manteniendo la valoración de la prueba por el juzgador de instancia, máxime cuando la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que esta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable. Del mismo modo, se hace referencia a la distribución de la carga de la prueba cuyas reglas se contienen en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual, incumbe a la parte actora acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que a la parte demandada le incumbe, por el contrario, los hechos que impidan, extingan o enerven la ineficacia jurídica de los hechos alagados por el actor.

La Sala declara la responsabilidad del recurrente, tras enumerar los requisitos que deben acreditarse para lograr la imputación del daño en el específico ámbito de los accidentes de circulación en los que aparecen involucrados vehículos a motor susceptibles de generar igual y/o similar riesgo: la culpa y/o negligencia de la persona contra la que se dirige la acción, el daño personal y/o material sufrido por el perjudicado no obligado jurídicamente a soportarlo y el nexo causal entra la conducta negligente y el daño causado. En consecuencia, acreditado el lugar exacto donde se produjo la colisión de la prueba practicada y convenientemente valorada en la instancia, que la colisión se produjo como consecuencia de haber circulado la recurrente por el carril contrario al de su sentido de la circulación, confirma a juicio de la Sala que la actuación negligente se convierta en la causa eficiente y exclusiva del accidente de tráfico que justifica la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

P.D.

OBLIGACIONES

MERCANTILES.

Cooperativa.

Responsabilidad socios cooperativistas. Origen de las deudas: Falta de prueba que las pérdidas se hayan producido por específicas deudas de los socios con la sociedad: Deudas socios con la cooperativa o Deuda

de la Cooperativa. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 20 diciembre de 2011.**

El tema central que se debate es la responsabilidad de los socios cooperativistas por pérdidas en la contabilidad de la Sociedad Cooperativa, a consecuencia de ingresos inferiores a los gastos en los que ha incurrido la misma, máxime cuando tanto la Ley como los Estatutos establecen la imputación de las referidas pérdidas a los propios socios cooperativistas. A juicio de la Audiencia, la parte recurrente en su apelación no ha desvirtuado el postulado de la Sentencia de Instancia sobre la falta de prueba del específico y real origen de las deudas, es decir, no se ha probado que dichas pérdidas se hayan producido por específicas deudas de los socios con la sociedad.

Para justificar su decisión, la Sala expone su argumentación basada en jurisprudencia consolidada en la Sala 1ª del Tribunal Supremo, no obstante, la aislada y en términos de la Audiencia “irrelevante” SAP de Tarragona invocada por la parte apelante en su recurso. De este modo, se cita la en STS 14 abril 2009 que interpretando los artículos 5 de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, coincidente con lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, con el art 50.1 de los Estatutos de la Cooperativa demandante y artículo 15.3 de la Ley estatal de Cooperativas, que la Ley limita la responsabilidad de los socios por las deudas de la Cooperativa a sus aportaciones al capital social, sin extenderlas a las que tendrían que hacer para atender cada deuda social en caso de insolvencia de la Cooperativa, porque, de ser así, se estaría imponiendo a los socios una responsabilidad personal y limitada por las deudas sociales. En el mismo sentido, se cita la STS de 2 marzo 2011, también interpretando el artículo 5 de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas que “de la calificación que se haga como deudas de los socios con la Cooperativa, o deudas de la Cooperativa, depende la decisión a adoptar, toda vez que únicamente en el primer caso, (y ese no es, como ya se ha dicho, el del supuesto que nos ocupa), no resultaría aplicable la limitación de la responsabilidad del socio por las deudas de la Cooperativa a las aportaciones suscritas al capital social”. Más aún, según la Audiencia, queda reforzado este criterio Jurisprudencial en el artículo 7.4 de la actual Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, según el cual los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, limitándose su responsabilidad exclusivamente al importe de las participaciones sociales que hubieren suscrito, estuvieren o no desembolsadas.

P.D.

LIQUIDACION SOCIEDAD CONYUGAL. Formación de inventario. Activo. Falta de observancia en la instancia de pretensiones subsidiarias del esposo para el caso de incluirse en el activo de la Sociedad de Gananciales determinadas partidas pretendidas por la representación procesal de la esposa. **NULIDAD DE ACTUACIONES. Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 2 diciembre de 2011.**

La Sala declara de oficio la nulidad de actuaciones desde la Sentencia de primera instancia para que pueda dictarse otra nueva Sentencia que resuelva todas las cuestiones suscitadas por haberse omitido en aquélla cualquier pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias del apelante sobre la esposa para el caso de incluirse en el activo de la Sociedad de Gananciales determinadas partidas pretendidas por la representación procesal de la esposa.

Tales pretensiones subsidiarias se hicieron constar en la Diligencia de formación de inventario, así mismo la solicitud fue reiterada por la representación del apelante en el acto de la vista oral, sin que la Sentencia de instancia, se pronunciara sobre las mismas, después de incluir en el activo de la Sociedad de Gananciales determinadas partidas pretendidas por la esposa. La falta de pronunciamiento queda acreditada en el Auto que denegaba la aclaración de Sentencia solicitada por la representación procesal del apelante y que precisamente fue planteado ante tal omisión. A este respecto, la Audiencia declara de oficio la nulidad de actuaciones de la instancia y por ende justifica la falta de pronunciamiento en la alzada sobre las citadas pretensiones subsidiarias omitidas en la Sentencia de instancia, por falta de competencia funcional, de acuerdo con los arts. 240.2, párrafo segundo, de la L.O.P.J. y 227.2, párrafo segundo, de la L.E.C.

P.D.

LIQUIDACION SOCIEDAD CONYUGAL. PASIVO. Inclusión cuotas de amortización del préstamo hipotecario satisfechas desde la separación. **Audiencia Provincial Cuenca, Sentencia de 21 noviembre de 2011.**

El objeto del recurso de apelación versa sobre el pronunciamiento de la sentencia recurrida referente a la no inclusión como pasivo de la sociedad legal de gananciales las cuotas que han venido satisfaciéndose por el recurrente desde la separación, de amortización del préstamo

hipotecario concertado por la cantidad que quede pendiente de amortización a la fecha de la efectiva liquidación y adjudicación de los bienes integrantes de la sociedad, por entender el Juzgador a quo que los documentos acreditativos del pago de dichas cuotas por la parte recurrente se han presentado de forma extemporánea.

La Sala revoca parcialmente la Sentencia de Instancia, admite que la presentación de los documentos ha sido extemporánea pero declara que dichas partidas deben integrar el pasivo de la sociedad de gananciales a favor del recurrente. En efecto, como argumenta la Audiencia, la obligación de pago de la hipoteca, que grava la vivienda ganancial, a cargo de uno sólo de los cónyuges supone que, cuando se liquide la sociedad ganancial, se reintegren al cónyuge obligado al pago las cantidades abonadas por éste. En el caso enjuiciado dichas cantidades deben incluirse en el pasivo de la sociedad como crédito a favor del recurrente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad, máxime no manifestación en contra de la esposa. Si bien es cierto que la cuantificación de las cantidades abonadas deben determinarse en el periodo de ejecución de sentencia, precisamente porque efectivamente los documentos aportados junto con el escrito de solicitud de complemento de sentencia son totalmente extemporáneos.

P.D.

HERENCIA: INVENTARIO: BIENES: La discusión sobre la titularidad del causante de bien incluido en el activo del caudal relicto y pretendido por tercero ha de realizarse en juicio ordinario y no en el verbal de división de la herencia, pues no cabe por la estrecha vía del cauce procesal indicado, valorar y resolver cuestiones complejas sobre titularidades dominicales que pueden incluso afectar a terceros y que por su especiales características exceden del ámbito abarcado por este juicio incidental que se presume sencillo y ágil en cuanto a su tramitación. **Audiencia Provincial Guadalajara, Sentencia de 14 septiembre de 2011.**

El objeto del recurso de apelación consiste en obtener la exclusión de un bien hereditario por pertenecer al apelante incluido en el activo del caudal relicto a través del juicio verbal de división de la herencia. La Audiencia desestima el recurso por no considerar adecuado utilizar el proceso verbal, al tratarse de un juicio incidental que se presume sencillo y ágil en cuanto a su tramitación, para valorar y resolver cuestiones

complejas sobre titularidades dominicales que pueden incluso afectar a terceros y que por su especiales características exceden del ámbito abarcado por este.

Si bien el Tribunal de instancia rechaza la demanda por no haber acreditado el apelante de manera fehaciente e indubitada la titularidad dominical del bien cuya exclusión pretende, lo que no consigue realizar con la prueba aportada (hecho de que acredite su actividad laboral como carpintero, o que pague el recibo de contribución urbana del taller que reivindica como propio, o que esté catastrado a su nombre) y no obstante la imputación a la sentencia error en la valoración de la prueba, a juicio de la Sala, el bien controvertido se encuentra incluido en el testamento de la causante del recurrente formalizado por documento público notarial, por tanto, reconocido y aceptado excepto en lo referente a la titularidad de ese bien cuya exclusión del haber hereditario se pretende, si bien se utiliza impropriamente para esta impugnación el cauce del juicio verbal de división de la herencia, en lugar del juicio ordinario que en su caso correspondería.

Para llegar este resultado y en aras a determinar la fase hereditaria en la que se plantea la impugnación, después de hacer una exposición detallada sobre el contenido de la herencia conforme al artículo 659 CC y de la naturaleza de la institución de la comunidad hereditaria, romana o germánica (STS 23 diciembre 1992), la Audiencia se centra en la partición como actividad que pone fin a la situación de indivisión que consiste en transformar las cuotas hereditarias en bienes concretos, distinguiéndose en este proceso dos momentos distintos, uno preparticional que consistiría en el inventario, avalúo o tasación y liquidación, y el momento particional propiamente dicho. Precisamente este primer momento es en el que se encuentra la herencia, donde se describen los bienes y se procede a una adjudicación y es precisamente entonces, según la Audiencia, cuando cuestionada la titularidad por el interesado se debe hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes en el juicio ordinario que corresponda. En apoyo de esta declaración se cita un párrafo de una resolución dictada por la misma Sala (Sentencia de 1 de diciembre de 2010). Así mismo, las SSAAPP Álava de 27 de diciembre de 2006, Albacete de 20 de octubre de 2005, Guipúzcoa de 14 de abril de 2004, Las Palmas, de 14 de octubre de 2005, León 9 de julio de 2003, son citadas entre otras. Concretamente ésta última establece que "La sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a salvo los derechos de terceros; y el art. 787.5 que es en realidad el que regula la formación de inventario dentro de las operaciones divisorias en el procedimiento para

la división de la herencia, y para el caso de que exista disconformidad con cualquiera de dichas operaciones, señala que la sentencia que recaiga se llevará a efecto conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados, hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda.”

P.D.

COMPRAVENTA: INCUMPLIMIENTO: Por falta de pago del comprador. Improcedencia: existencia de facultad para el adquirente inserta en el contrato que le permite desistir del contrato con penalización al perder un porcentaje del dinero a cuenta entregado. Ausencia de consideración de tal facultad como cláusula penal, estando la misma pactada igualmente en el contrato. **Audiencia Provincial Guadalajara, Sentencia de 13 septiembre de 2011.**

El recurrente impugna la sentencia de Instancia que mantiene la resolución de un contrato de compraventa entre el comprador (recurrente) y vendedor, en aplicación de la cláusula sexta del contrato, según la cual “en el caso de que llegado el momento no se otorgara la Escritura Pública de compraventa por causa imputable a la parte compradora, el presente contrato quedara automáticamente resuelto y sin efecto, quedando en poder de la parte vendedora el 25% de las cantidades entregas a cuenta por la parte compradora, en concreto de dalos y perjuicios” y otorgando efecto resolutorio a una carta enviada por el vendedor al comprador. Son tres los motivos en los que el recurrente apoya la impugnación de la sentencia de instancia: que la interpretación de la cláusula vulnera el artículo 1258 y con ello el principio de conservación de eficacia de los contratos, error de hecho en la valoración de la prueba, al otorgar eficacia resolutoria a la carta enviada por el vendedor al comprador y por último, vulneración de los artículos 6.2 y 1.256 del Código Civil.

La Audiencia desestima íntegramente el recurso y confirma la sentencia de instancia, sobre la base de los siguientes argumentos. En cuanto al primer motivo y acorde con la STS de 3 de febrero del 2.003, la Sala refiere la argumentación contenida en una sentencia por ella dictada con fecha 21 de enero de 2010, se declara que la cláusula participa de la naturaleza de cláusula de sustitución o de arrepentimiento; “es decir, el incumplimiento del comprador en el particular referido al pago de la totalidad del precio y otorgamiento de la escritura de compraventa, no

supone incumplimiento alguno de sus obligaciones contractuales sino y por el contrario, la asunción de una obligación que facultativamente le fue concedida permitiéndole resolver el contrato y recuperar parte de la cantidad entregada”. Por otro lado, se niega que la sentencia de instancia incurra en error de hecho en la valoración de la prueba, pues del contenido literal de dicha carta se desprende que la parte apelante resolvió el contrato. Finalmente y en contra de la vulneración de los artículos 6.2 y 1.256 del Código Civil, se declara la ausencia de consideración de tal facultad como cláusula penal común, sino de sustitución o arrepentimiento.

P.D.

CONTRATO DE AGENCIA: EXTINCIÓN: DAÑOS Y PERJUICIOS: INDEMNIZACIÓN: Por extinción anticipada de la relación y en resarcimiento de los gastos realizados para realizar la actividad pactada. Precisión de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para su establecimiento. Improcedencia: falta de prueba del cumplimiento de tales requisitos y, en particular, de la existencia de los gastos necesarios para ello antes expuestos. **Audiencia Provincial Guadalajara, Sentencia de 19 julio de 2011.**

El tema central que se debate en esta alzada es el derecho a indemnización de daños y perjuicios por extinción anticipada en un contrato de agencia y en resarcimiento de los gastos realizados para realizar la actividad pactada, sosteniendo la parte recurrente que en la sentencia de instancia se confunde la no intervención en la venta para generar el derecho a la comisión, con la necesidad de aportar nuevas operaciones y la indemnización por clientela con la que corresponde en concepto de indemnización por la rescisión del contrato.

La Sala expone de forma detallada con apoyo jurisprudencial los requisitos necesarios para que tenga lugar la indemnización de daños y perjuicios causados al agente, en el caso de extinción anticipada del contrato, cuando esta extinción “no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato” (artículo 29 LCA). De este modo se alude a la doctrina sentada entre otras por las SSTs de 9 de febrero de 2006, 16 de mayo y 27 de junio de 2007, según la cual “han de concurrir, para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria a que nos referimos, los requisitos siguientes: a) Ha de tratarse de un contrato de agencia

de duración determinada; b) Que se denuncia por el empresario unilateralmente, salvo que ello obedezca al incumplimiento por parte del agente de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente (artículo 30 LCA); c) Que existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el agente, lo que ha de demostrarse cumplidamente (STS 30 de abril de 2004); d) Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario, aunque tales gastos han de entenderse producidos (STS 19 de noviembre de 2003) “no solo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue realizada para desarrollar convenientemente el encargo conferido; y e) Que la extinción anticipada no permita la amortización”.

La Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia declarando improcedente la indemnización por falta de prueba del cumplimiento los requisitos contenidos en el artículo 29 de la LCA y, en particular, falta de prueba de la existencia de los gastos necesarios para ello, máxime no tratándose de un contrato de duración determinada pues se trata de un acuerdo verbal según el cual la demandada continuaría desarrollando la labor de intermediación y promoción comercial. Añade que el recurrente confunde además en su recurso lo que sería la indemnización por clientela con la indemnización por perjuicios referida.

P.D.

DESAHUCIO POR PRECARIO: Planteada la acción por heredero frente a cónyuge de hecho del causante que residía en vivienda adjudicada al actor. Procedencia: falta de prueba de título que justifique la posesión por la demandada-recurrente. En estos casos pueda haber comodato, préstamo de uso o arrendamiento de vivienda, pero no se prueba de los hechos valorados dato alguno que justifique la posesión en tales títulos aptos para ello. **Audiencia Provincial Guadalajara, Sentencia de 13 julio de 2011.**

La actora del recurso de apelación condenada en la instancia a desahucio por precario promovido en virtud del ejercicio de la acción por heredero del titular de la vivienda, pareja de hecho de la recurrente con convivencia de hecho formalizada durante dos meses que residía en vivienda adjudicada al actor, se alza contra la sentencia sosteniendo la existencia de un arrendamiento verbal como título que le autoriza el uso

de la misma y que justifica con el pago de los gastos que le ocasiona la utilización de la vivienda.

La Audiencia, desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia, sosteniendo que acreditada la condición de propietario por parte del actor sobre la vivienda litigiosa, por herencia de su padre, no existe por su parte prueba alguna del pago de rentas de ese arrendamiento verbal que sostiene, no basta con aportar al procedimiento recibos de gastos de uso de la vivienda, que además de no acreditar que hayan sido abonados, lo que es más importante, en ningún caso acreditan el pago de renta que justifique el título de uso de la recurrente.

A este respecto, hubiera podido desvirtuarse la situación de precario probando la existencia de otro título, como sería la condición de comodatario de la recurrente, previa prueba de la existencia de un comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado, que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, y tratándose de situaciones familiares, por ejemplo la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, es necesario para probar la existencia del comodato, la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar- aparezcan con claridad, Por ello, cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, como en el caso enjuiciado y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista. Así mismo, incluso la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no haría desaparecer la situación de precario, ni serviría para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio, además ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial. (SSTS de 26 de diciembre de 2005, de 2 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2008).

El desahucio resulta justificado por la situación de precario de la recurrente, en este punto la Sala se refiere a una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no le corresponde por la falta de título que justifique el goce de la posesión.

(SSTS de 6 de noviembre de 2008 [RJ 2008\7255], (SSTS de 30 de octubre 1986 [RJ 1986\6017], 31 de enero de 1995 [RJ 1995\413], citadas entre otras).

P.D.

RESPONSABILIDAD POR DEFECTOS CONSTRUCTIVOS: PRESCRIPCIÓN. Reclamación extrajudicial contra la promotora: no afecta a los técnicos. **SOLIDARIDAD IMPROPIA:** se estima la prescripción respecto a estos. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 6 octubre de 2011.**

En primera instancia resultan condenados el promotor de la obra, su constructor, otra constructora, los arquitectos técnico y superior, a realizar las obras necesarias para la eliminación de los defectos constructivos por fisuras y humedades observadas en la vivienda del actor. La sentencia sólo resulta recurrida por el arquitecto técnico y el superior.

En primer lugar, el arquitecto técnico funda su oposición, sobre las consecuencias de la notificación de la pendencia del proceso a su principal y del alcance de la sentencia, con respecto al tipo de procedimiento y límite de la condena, resultando inadecuado el juicio verbal, el ejercicio de la acción fuera del plazo de garantía y su prescripción por su ejercicio fuera de plazo. Así mismo, no siendo de aplicación a supuestos de solidaridad impropia, como el presente, la interrupción de la prescripción operada en uno solo de los partícipes. Además alega que en el fallo no figura una condena solidaria. Por su parte, el arquitecto superior alegó, en primer lugar, que la acción solo se dirigía contra el promotor, terminando condenado el recurrente en una demanda que no se le dirige, lo que no resultaba procesalmente posible; para en segundo lugar, insistir en la procedente aplicación de la prescripción y en que las interrupciones frente a constructora o promotora no producía efectos frente a su representado, al estar en presencia de una solidaridad impropia, por lo que cuando se dirige la acción contra su principal, la misma ya había prescrito; para, en tercero lugar, aludir a los desperfectos por humedades y fisuras, teniendo las primeras su causa en el defectuoso montaje del canalón, que no le puede ser imputado, siendo las fisuras de escasa entidad, que sólo afectan a los paramentos superficiales -no a las fábricas-, y que se subsanan mediante su saneado y pintado, lo que no se puede responsabilizar al arquitecto superior.

En cuanto a la excepción procesal perentoria de prescripción y el plazo de ejercicio de la acción según el artículo 18 de la LOE, sostiene la Audiencia que no puede ser aceptada la tesis de los daños continuados que se sostiene en la sentencia, y ello por la propia dicción del precepto, que habla de “... a contar desde que se produjeron los daños”, es decir, que desde su nacimiento, lo que supone una negación de que el daño permanente o en continuado alarguen en el tiempo el plazo para accionar.

Por lo que respecta a la aplicación del artículo 1974 del CC a la solidaridad impropia existente en el caso enjuiciado, nacida de vicios constructivos, la Sala transcribe el Acuerdo adoptado por la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, celebrada el día 27 de marzo de 2003, según el cual “... el párrafo primero del artículo 1.974 del Código civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente”. En efecto, la prescripción solo juega individualmente respecto de cada uno de los demandados en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, y por tanto no es aplicable el artículo 1.974.1º del Código Civil, aunque luego en la resolución judicial se acuerde el abono de la indemnización con carácter solidario, porque ello viene imperado por la doctrina jurisprudencial no por la preexistencia de una obligación con tal carácter que siempre ha de constreñirse a las derivadas de las constituidas contractualmente, sino por la necesidad de establecer en la responsabilidad extracontractual, un mecanismo equilibrador en favor del tercero víctima del daño acaecido en aras de la Seguridad Social y Pública (SSTS. 21 de octubre de 2002 y de 23 de junio de 1993)

A este respecto, declara la Sala que tratándose de solidaridad impropia la que unía a los técnicos superiores con el demandante, debe ser declarada prescrita la acción, lo que lleva a su absolución respecto de los pedimentos efectuados en el proceso. Así mismo, sostiene que admitida la excepción de prescripción, que supone la absolución de los recurrentes, resulta procesalmente innecesario resolver el resto de las cuestiones opuestas. En consecuencia, la Audiencia recova parcialmente la sentencia de instancia y condena a la promotora y constructora a realizar las obras necesarias para la eliminación de los defectos constructivos por fisuras y humedades observadas en la vivienda del actor.

P.D.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: Por daños sufridos en supermercado. Improcedencia. Culpa exclusiva de la víctima al ser el daño causado por conducta imprudente por su parte que, por ello, debe asumir el riesgo derivado de su inadecuado comportamiento que, además, por imprevisible, exonera de responsabilidad a la entidad demandada. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 21 septiembre de 2011.**

El tema central que se debate es la responsabilidad extracontractual del titular de un supermercado por daños sufridos por la recurrente. La sentencia de instancia exonera de responsabilidad a la empresa, reconociéndose culpa exclusiva de la víctima.

La Audiencia desestima el recurso cuyos motivos alegados son error en la valoración de la prueba e incongruencia, se confirma la sentencia de instancia, pues a su juicio, ha efectuado una valoración ponderada, lógica y fundamentada de los hechos enjuiciados en este litigio, no existiendo incongruencia alegada, pues la Juez no niega que la demandante sufriera un “accidente” en el citado supermercado, en definitiva, la Juez lo que tiene en cuenta es que fue la actora quien con su conducta asumió un riesgo introduciendo la mano en el momento en que el rollo de papel estaba cayendo, de forma que no existió omisión culposa de la demandada, pese a no estar el rollo de papel en un portarrollos o soporte adecuado a tal fin. A juicio de la Sala, no era previsible para la empresa demandada que una de sus clientes actuara en los términos que lo hizo la demandante, siendo necesario ese requisito de previsibilidad para fundamentar la responsabilidad extracontractual que ejercita dicha parte con la acción interpuesta.

P.D.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: ANIMALES:
COTO DE CAZA: Daños en vehículo causado por animal de coto de caza. Procedencia: el coto de caza responderá cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. Ausencia de conducción negligente del conductor del vehículo. Valla de cerramiento bien conservada. Falta de prueba. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 8 septiembre de 2011.**

El recurrente, titular del coto de caza se alza alegando no considerar el Juez de la instancia su actuación diligente en la conservación de su coto de caza que esta ha cercado con vallado cinegético a tal fin, así como que el animal que causo el siniestro (corzo) debía pertenecer a otro coto cercano, que alega que solo esta cerrado con valla ganadera.

Tras una referencia a la Disposición Adicional Novena de la Ley de Trafico y Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial modificada por la Ley 17/2005 de 19 de Julio reguladora del permiso y licencia de conducción por puntos que establece una especifica regulación de la responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas, la Audiencia, expone las dos corrientes doctrinales en la doctrina de nuestras Audiencias Provinciales, a los efectos de determinar la naturaleza de la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos, una que considera que se ha pasado de un sistema de responsabilidad objetiva a otro de responsabilidad subjetiva sin más, con aplicación del principio general de la carga de la prueba del art. 217 de la LEC, y otra que es la defendida por la Sala que reconoce el paso de un sistema de responsabilidad objetiva a otro de responsabilidad por culpa pero dulcificado con una inversión en la carga de la prueba, de modo que correspondería a los titulares del coto demostrar que la irrupción de la pieza de caza en la calzada no tiene su origen en la acción de cazar y que se ha puesto toda la diligencia exigible en la conservación del terreno acotado. Para la Sala, esa segunda postura debe prevalecer sobre la primera (SSAAP Cantabria de 14 de Noviembre de 2007, Gerona de 9 de Julio, 18 de Abril y 21 de Enero de 2007, Badajoz de 21 de Junio de 2007, Guadalajara de 28 de Febrero de 2007, Álava de 1 de Febrero de 2007, Oviedo de 12 de Diciembre de 2006 y Segovia de 29 de Diciembre de 2006, entre otras).

La Sala desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia por no resultar probado que la valla de cerramiento del coto tuviera las características necesarias para impedir la salida inopinada de animales de caza mayor como un corzo y tampoco consta suficientemente probado que en las cercanías exista otro coto también de caza mayor y que esta cercado solo con valla ganadera del que procediera realmente el corzo, pero si fuera así no se vería excluida la responsabilidad pues es exigible solidariamente a todos y cada uno de los titulares de dichas fincas.

P.D.

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS: HIJAS MENORES:
GUARDA Y CUSTODIA: Procede la atribución al padre ante la imposibilidad actual de la madre para poder hacerse cargo de sus hijas con solvencia y estabilidad. **RÉGIMEN DE VISITAS Y ESTANCIAS:** No resulta alterado por la atribución de la guarda y custodia al padre. **Audiencia Provincial Toledo, Sentencia de 21 julio de 2011.**

Se recurre por la madre la sentencia que otorgaba al padre la guarda y custodia de los dos hijas menores (cuatro años y medio, y un año y medio), y en especial el régimen de visitas señalado por la recurrente que venía a ser el normal u ordinario en éste caso salvo en lo relativo a las vacaciones escolares que no se incluyen en dicho régimen de estancias. La parte recurrida se opone a la modificación de la sentencia argumentando las razones expuestas por la Juez a quo para otorgar la guarda y custodia al padre, y añade el hecho nuevo (ocurrido o conocido con posterioridad al pleito) de que la madre está nuevamente embarazada.

La Sala confirma la sentencia en la atribución de la guarda y custodia al padre pero revoca dicha resolución en el sentido de incluir en el régimen de estancias de las menores con la madre, la mitad de las vacaciones escolares, en la extensión y forma que, a falta de acuerdo entre los progenitores. A juicio de la Audiencia, el que proceda modificar la guarda y custodia conforme a lo expuesto, no motiva que en el régimen de visitas y estancias se excluyan los períodos vacacionales que correspondan, porque limitar las estancias de la madre con las dos hijas de corta edad a los fines de semana alternos, crea en las niñas una sensación de estar de visita, que no favorece el contacto más continuado con la madre, con la influencia que ello tiene en el desarrollo de los niños pequeños.

En cuanto a la guarda y custodia de las menores, la Sala, una vez mencionados los presupuestos normativos que conforman el favor el favor filii (la normativa del C.C. y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, entre otros) buscando lo que se entiende mejor para los hijos, “para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, etc..”, la Sala mantiene la decisión de instancia declarando que procede la atribución al padre ante la imposibilidad actual de la madre para poder hacerse cargo de sus hijas con solvencia y estabilidad.

P.D.

NOTAS DE ACTUALIDAD

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

NOTAS DE ACTUALIDAD PARA EL NÚMERO 52

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 7 al 24 de enero de 2013

PRESENTACIÓN:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la XIII Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS,

La XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 7 al 24 de enero de 2013, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, La Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

- *El derecho ambiental ante la globalización: instrumentos para la protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático*
- *Contratación internacional, comercial y financiera*
- *Fiscalidad Internacional y comunitaria: retos ante la crisis económica global*
- *Nuevas perspectivas en el derecho de las sociedades mercantiles*
- *Derecho penal económico y empresarial. Desafíos ante la crisis económica internacional*
- *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales en la justicia penal*
- *Derecho del trabajo y crisis económicas*
- *Prevención, análisis y gestión de conflictos: estrategias avanzadas de negociación y mediación*

